

**TREINTA AÑOS DE DOCENCIA UNIVERSITARIA
ACTAS DEL CONGRESO EN HOMENAJE A
MARIO CASTILLO FREYRE**

Volumen 93 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Treinta años de docencia universitaria Actas del Congreso en homenaje a Mario Castillo Freyre

Milo Ruiz González
Coordinador

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TREINTA AÑOS DE DOCENCIA UNIVERSITARIA
ACTAS DEL CONGRESO EN HOMENAJE A MARIO CASTILLO FREYRE

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, abril 2021
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-05120

ISBN: 978-612-4400-41-4
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
Presentación	13
Mesa n.º 1: ¿Por qué rendir homenaje a Mario Castillo Freyre?	17
<i>Roger Vidal Ramos</i>	
<i>Milo Ruiz González</i>	
<i>Carlos Humberto Montoya Ortega</i>	
<i>Javier Junceda Moreno</i>	
<i>Massiel Silva Santisteban Amésquita</i>	
<i>Mario Romero Antola</i>	
<i>Marco Silva Santisteban</i>	
<i>Alfredo Villavicencio Ríos</i>	
<i>Luis García-Corrochano Moyano</i>	
<i>Milagros Maraví Sumar</i>	
<i>Javier Caveró Egúsquiza Zariquiey</i>	
Mesa n.º 2: Derecho de las personas. «Derecho de las personas. “Novedades sobre el comienzo de la vida humana y su protección por el derecho”»	51
<i>Carlos Humberto Montoya Ortega</i>	
<i>Enrique Varsi Rospigliosi</i>	
<i>Marco Torres Maldonado</i>	
<i>Thiago Rodovalho dos Santos</i>	
<i>Juan Carlos Palmero</i>	
<i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i>	

Mesa n.º 3: Derecho de familia. «La familia en el siglo XXI»	89
<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	
<i>Zulema Wilde</i>	
<i>Carmen Julia Cabello Matamala</i>	
<i>Rafael Santa María D'Angelo</i>	
<i>María del Carmen Delgado Menéndez</i>	
<i>Eduardo Sambrizzi</i>	
<i>Francisco Segura</i>	
Mesa n.º 4: Derecho de sucesiones. «La responsabilidad civil en el derecho sucesorio»	133
<i>Emilio Balarezo Reyes</i>	
<i>Benjamín Aguilar Llanos</i>	
<i>Domingo Rivarola Reiz</i>	
<i>Julián Emil Jalil</i>	
<i>Federico Alejandro Ossola</i>	
Mesa n.º 5: Teoría general del derecho. «¿A dónde va el derecho civil?»	163
<i>Laura Gázquez Serrano</i>	
<i>Domingo Bello Janeiro</i>	
<i>Gustavo Ordoqui Castilla</i>	
<i>Ernesto Álvarez Miranda</i>	
<i>Gustavo Vallespinos</i>	
<i>Enrique Ferrando Gamarra</i>	
<i>Joel Melgarejo Allegretti</i>	
<i>Walter Krieger</i>	
Mesa n.º 6: Acto jurídico. «La prescripción de la pretensión de nulidad»	217
<i>Manuel Villa-García Noriega</i>	
<i>Fernando Vidal Ramírez</i>	
<i>Arturo Aza Riva</i>	
<i>María Isabel Vásquez Villacorta</i>	
<i>Gilberto Mendoza del Maestro</i>	
<i>Juan Miguel Rojas</i>	

Mesa n.º 7: Derechos reales. «Análisis del pacto de no enajenar» 243

Gunther González Barrón

Martín Mejorada Chauca

Federico Torrealba

Mario Solís Córdova

José Beraún Barrantes

José Aguado López

Mesa n.º 8: Derecho de las obligaciones. «La cláusula penal y el artículo 1346 del código civil peruano» 269

Elvira Martínez Coco

Luciano Barchi Velaochaga

Olga Alcántara Francia

Mario Luis Vivas

Laura Castro Zapata

Guillermo Chang Hernández

Mesa n.º 9: Derecho de los contratos-teoría general. «Alcances de la buena fe en la contratación» 301

Gustavo Ordoqui Castilla

Lidia Garrido Cordobera

Manuel Cornet (ARG)

Eduardo Barboza Beraún

Milo Ruiz González

Mesa n.º 10: Contratos típicos. «Problemas que ocasiona la atipicidad en la contratación» 347

Víctor Madrid Horna

Alfonso Rebaza González

Jorge Vega Soyer

Roger Vidal Ramos

Miguel Ramos Miraval

Jorge Beltrán Pacheco

Alfredo Soria Aguilar

Mesa n.º 11: Responsabilidad civil. «Los daños punitivos»	387
<i>José Fernando Márquez</i>	
<i>Pascual Alferillo</i>	
<i>Ramón Daniel Pizarro</i>	
<i>Guillermo Pedro Tinti</i>	
<i>Sandra Ramírez</i>	
<i>Roxana Sotomarino Cáceres</i>	
 Mesa n.º 12: Derecho internacional privado. «Nuevas tendencias en el derecho internacional privado»	 423
<i>César Candela Sánchez</i>	
<i>María Antonieta Delgado Menéndez</i>	
<i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	
<i>Alonso Bedoya Denegri</i>	
<i>Carmen Parra Rodríguez</i>	
 Clausura	 453
<i>Roger Vidal Ramos</i>	
<i>Milo Ruiz González</i>	
<i>Carlos Humberto Montoya Ortega</i>	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	

NOTA DEL EDITOR

Muy emocionado, procedo a incluir como el Volumen 93 de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, el libro de actas del Congreso que en agosto del 2020 tuvo lugar por iniciativa de un grupo de discípulos y amigos, encabezados por el doctor Milo Ruiz González, en cuya persona agradezco de todo corazón al comité organizador.

No voy a explayarme, pues no me corresponde como editor de la colección bibliográfica que publica la obra. Sólo quiero agradecer profundamente las intervenciones de todos y cada uno de quienes participaron en él.

Comencé en la docencia el 20 de agosto de 1990, por la enorme gentileza que tuvo la doctora Gabriela Aranibar Fernández Dávila, Presidenta de la Comisión Organizadora de la Facultad de Derecho, en aceptarme como profesor en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón; luego, en agosto de 1993, el entonces decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, me abrió las puertas de mi casa de estudios para el dictado de un curso.

También he dictado en la Universidad de Lima, por la gentil convocatoria de su entonces decano, doctor José León Barandiarán Hart y su Jefe de Departamento de Derecho, doctor Oswaldo Hundskopf Exebio. Lo hice entre 1998 y el 2013.

Adicionalmente, agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, cuyo decano, el doctor Ernesto Álvarez Miranda, siempre me convocó a sus filas, y es así como en el año 2020 me incorporé para el dictado de un curso en la Maestría de Derecho Civil de esa casa de estudios.

Y, los años 2017 y 2018, completos, fui decano en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, por la muy honrosa convocatoria que me hicieron su Rector, doctor Germán Chávez Contreras y su Vicerrector, doctor Alonso Quintanilla Pérez-Wicht, junto al entonces Decano de la Facultad de Derecho, doctor Rafael Santa María D'Angelo.

A todos ellos agradezco la oportunidad que me dieron para dictar y para servir a la comunidad jurídica y al país.

Y, en todos estos años, he tenido más de cinco mil alumnos regulares, a quienes me debo y me deberé siempre.

Lima, abril del 2021

Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

PRESENTACIÓN

Resultará una tarea muy complicada (intentar) reseñar en las próximas líneas los aportes académicos, profesionales y personales de los treinta años de docencia universitaria del profesor y maestro Mario Castillo Freyre; y con seguridad incurriremos involuntariamente en olvidar varios proyectos ejecutados por la magistral y quirúrgica pluma de Mario. Afortunadamente los diversos profesores que han participado en este emotivo homenaje nos ayudaran a completar esta brillante trayectoria en el libro de Actas del Congreso en Homenaje al maestro de muchas generaciones.

Como decíamos en el párrafo anterior, cualquier intento de explicación siempre será corto o inexacto para determinar, o intentar determinar, el porqué del homenaje a un jurista como el profesor Castillo. Seguramente la respuesta la encontraremos en cada una de las clases dictadas con la misma pasión que la primera, solo que, durante tres largas décadas, y en los miles de alumnos, hoy abogados, que pese al transcurso de los años recuerdan cada uno de los ejemplos y enseñanzas de su querido maestro. Es emocionante encontrarse con alumnos de Mario y escuchar cómo se refieren a él, como persona y como jurista; sin lugar a duda conmueve y, de una u otra manera, nos indica que seguir los pasos de Mario y sus enseñanzas, es ir por el camino correcto; no solo en el derecho, sino en la vida misma. Y es que, en nuestra modesta opinión, ningún profesor ha logrado, como lo ha logrado el doctor Castillo Freyre, conectar de una manera tan genuina y verdadera con sus alumnos y, al mismo tiempo, explicar de forma tan magistral y didáctica lo que realmente significa el derecho civil.

En los días previos de la organización del proyecto “congreso homenaje” junto con los doctores que conformaron la Comisión Consultiva para este evento, no habíamos logrado avizorar las importantes expresiones de alegría, agradecimiento, reconocimiento y emoción de los diferentes profesores peruanos y extranjeros que formarían parte de la plana de ex-

positores del congreso, pues todos deseaban ansiosamente participar del reconocimiento de la brillante trayectoria docente, profesional y personal del profesor Mario Castillo Freyre.

En medio de un contexto sanitario mundial muy complicado, las jornadas académicas del congreso se extendieron por tres días; lo cual no tiene precedente alguno en el Perú, en la magnitud, calidad y número de expositores, pues nadie se atrevió a perderse de la transmisión en Zoom de tan icónico evento académico, desde las diversas plataformas virtuales y con el apoyo de una cobertura nacional del portal jurídico LP Pasión por el Derecho. Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que fueron miles las personas conectadas al evento desde muchas partes del mundo (incluso algunos participando desde la madrugada en sus países) y, teniendo en cuenta esa receptividad, para alegría de la comunidad jurídica peruana y extranjera, presentamos este libro con el contenido de las diferentes ponencias y las palabras del reconocimiento de los más connotados académicos a nivel mundial en referencia a la prolija trayectoria del profesor Castillo Freyre.

Respecto al contenido académico del presente libro, consideramos que resultaría una descortesía con los lectores, ejercer alguna tentación de adelanto del contenido de las diversas ponencias, las cuales mantienen un elevado contenido académico y jurídico; absolutamente vigentes en tiempos donde el derecho civil y el arbitraje están adecuándose a las nuevas circunstancias generadas por la terrible pandemia de la covid-19, por lo que solo a manera de referencia mencionaremos los paneles temáticos en el orden de participación:

La Mesa n.º 1: “¿Por qué rendir homenaje a Mario Castillo Freyre?”, que fuera integrada por los profesores: Carlos Humberto Montoya Ortega, Javier Junceda Moreno, Massiel Silva Santisteban Amésquita, Mario Romero Antola, Marco Silva Santisteban Valdivia, Alfredo Villavicencio Ríos, Luis García-Corrochano Moyano, Milagros Maraví Sumar, Javier Cavero Egúsquiza Zariquiey y el suscrito.

La Mesa n.º 2: Derecho de las personas. “Derecho de las personas. Novedades sobre el comienzo de la vida humana y su protección por el derecho”, que estuvo conformada por los profesores: Carlos Humber-

to Montoya Ortega, Enrique Varsi Rospigliosi, Marco Torres Maldonado, Thiago Rodovalho dos Santos, Juan Carlos Palmero y Oswaldo Hundskopf Exebio.

Mesa n.º 3: Derecho de familia. “La familia en el siglo xxi”, conformada por la presidenta del Tribunal Constitucional, doctora Marianella Ledesma Narváez y otros destacados profesores: Zulema Wilde, Carmen Julia Cabello Matamala, Rafael Santa María D’Angelo, María del Carmen Delgado Menéndez, Eduardo Sambrizzi y Francisco Segura.

Mesa n.º 4: Derecho de sucesiones. “La responsabilidad civil en el derecho sucesorio”, que fuera integrada por los destacados profesores: Emilio Balarezo Reyes, Benjamín Aguilar Llanos, Domingo Rivarola Reiz, Julián Emil Jalil y Federico Alejandro Ossola.

Mesa n.º 5: Teoría general del derecho. “¿A dónde va el derecho civil?” Temática que fue abordada por los profesores: Laura Gázquez Serrano, Domingo Bello Janeiro, Gustavo Ordoqui Castilla, Ernesto Álvarez Miranda, Gustavo Vallespinos, Enrique Ferrando Gamarra, Joel Melgarejo Allegrett y Walter Krieger.

Mesa n.º 6: Acto jurídico. “La prescripción de la pretensión de nulidad”. Este panel tuvo la destacada presencia de los profesores: Manuel Villa-García Noriega, Fernando Vidal Ramírez, Arturo Aza Riva, María Isabel Vásquez Villacorta, Gilberto Mendoza del Maestro y Juan Miguel Rojas Ascón.

Mesa n.º 7: Derechos reales. “Análisis del pacto de no enajenar”, mesa conformada por los profesores: Martín Mejorada Chauca, Federico Torrealba, Mario Solís Córdova, José Beraún Barrantes y José Aguado López.

Mesa n.º 8: Derecho de las obligaciones. “La cláusula penal y el artículo 1346 del código civil peruano”. Este panel estuvo conformado por los profesores Elvira Martínez Coco, Luciano Barchi Velaochaga, Olga Alcántara Francia, Mario Luis Vivas, Laura Castro Zapata y Guillermo Chang Hernández.

Mesa n.º 9: Derecho de los contratos-teoría general. “Alcances de la buena fe en la contratación”, panel que contó con la participación de los profesores Gustavo Ordoqui Castilla, Lidia Garrido Cordobera, Manuel Cornet, Eduardo Barboza Beraún y del suscrito.

Mesa n.º 10: Contratos típicos. “Problemas que ocasiona la atipicidad en la contratación”, panel que contó con la participación de los profesores Víctor Madrid Horna, Alfonso Rebaza González, Jorge Vega Soyer, Roger Vidal Ramos, Miguel Ramos Miraval, Jorge Beltrán Pacheco y Alfredo Soria Aguilar.

Mesa n.º 11: Responsabilidad civil. “Los daños punitivos”, que contó con la presencia de diversos profesores argentinos como José Fernando Márquez, Pascual Alferillo, Ramón Daniel Pizarro, Guillermo Pedro Tinti, la profesora boliviana Sandra Ramírez y la profesora peruana Roxana Sotomayor Cáceres.

Mesa n.º 12: Derecho internacional privado. “Nuevas tendencias en el derecho internacional privado”, último panel del congreso, en el que participaron los doctores César Candela Sánchez, María Antonieta Delgado Menéndez, Gonzalo García-Calderón Moreyra, Alonso Bedoya Denegri y Carmen Parra Rodríguez.

Como fuera advertido al inicio de estas palabras, la trayectoria académica, profesional y personal del profesor Mario Castillo Freyre, solo podrá ser reseñada colectivamente por el testimonio de profesores, académicos, abogados, discípulos y amigos que forman parte integrante del libro “Actas del Congreso en Homenaje a Mario Castillo Freyre por sus treinta años de docencia universitaria”.

Lima, 7 de abril del 2021.
Milo Ruiz González*

* Abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio de Abogados Aguado y Ruiz. Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Martín de Porres. Miembro del Club Español de Arbitraje. Autor de diversos artículos y ponencias sobre derecho civil, derecho procesal y arbitraje.

MESA N.º 1: ¿POR QUÉ RENDIR HOMENAJE A MARIO CASTILLO FREYRE?

Roger Vidal Ramos
Milo Ruiz González
Carlos Humberto Montoya Ortega
Javier Junceda Moreno
Massiel Silva Santisteban Amésquita
Mario Romero Antola
Marco Silva Santisteban
Alfredo Villavicencio Ríos
Luis García-Corrochano Moyano
Milagros Maraví Sumar
Javier Caveró Egúsqüiza Zariquiey

Roger Vidal Ramos: Buenas tardes, si nos permiten que ya estamos en horario, para poder empezar con la transmisión.

Bien, tengan todos muy buenas tardes. En representación del Instituto Peruano de Derecho Civil, la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y para la comunidad jurídica peruana e internacional, es un honor estar presentes en este congreso en homenaje al profesor Mario Castillo Freyre en sus treinta años de docencia universitaria.

Tenemos que iniciar comentando que ésta es una iniciativa en conjunto de muchos profesores peruanos que radican en la ciudad de Lima, en provincias, de magistrados, profesores universitarios, abogados de todas las edades; y, asimismo, de otros profesores y profesoras del extranjero.

En esta oportunidad, durante estos tres días, desde las tres de la tarde hasta las nueve de la noche, y quizás nos pasemos algo más del tiempo,

vamos a estar participando brindando conferencias respecto al derecho civil, que viene a ser la pasión del profesor Mario Castillo, pero también resaltando a la persona, al jurista, al hombre de derecho, que durante todos estos años y estamos muy seguros de que en los próximos años venideros, don Mario Castillo Freyre, seguirá aportando al derecho civil peruano.

Lo comenté en una exposición anterior. Considero que el profesor Mario Castillo Freyre tiene aportes muy importantes en toda la comunidad jurídica peruana.

Confiamos que en los próximos años y quizás sean otros treinta años que podamos estar celebrando otro homenaje muy merecido.

Les pediría, por favor, a cada expositor y expositora que tengan en cuenta el tiempo asignado de ocho minutos. Voy a proceder a dar lectura, de manera muy breve, a la mención de cada uno y el turno que van a tener para que puedan brindar su posición.

Bueno, seguidamente tenemos a Milo Ruiz González, quien es profesor adjunto de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio del Estudio Aguado y Ruiz Abogados.

Después, tenemos la participación del profesor Carlos Humberto Montoya, quien es el presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Seguidamente, tenemos la presencia desde España, del doctor Javier Junceda Moreno, abogado en el Estudio que lleva su nombre y académico de número de la Academia Asturiana de Jurisprudencia.

Seguidamente, nos acompaña la doctora Massiel Silva Santisteban, que pertenece al Estudio Mario Castillo Freyre.

Después, tenemos la participación del doctor Mario Romero Antola, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé), donde, curiosamente, el profesor Mario Castillo Freyre inició sus primeras cátedras.

Tenemos la presencia del doctor Marcos Silva Santisteban, quien es asesor de las Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Tenemos la presencia del doctor Alfredo Villavicencio Ríos, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y después tenemos la presencia del doctor Luis García-Corrochano, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y concluyendo con broche de oro, tenemos la presencia de la doctora Milagros Maraví Sumar, experta en derecho administrativo y socia del Estudio Rubio Leguía Normand y Asociados.

Bien, voy a dar pase a Milo Ruiz para que inicie con su exposición.

Adelante, Milo.

Milo Ruiz González: Apreciado profesor Mario Castillo Freyre, distinguidos profesores y amigos que integran la mesa inaugural de este emotivo y significativo encuentro académico, con motivo de celebrar los nada menos que treinta años dedicados a la docencia por parte de nuestro querido maestro Castillo Freyre.

Es un verdadero e impensado honor estar aquí frente a ustedes colaborando con la inauguración de este congreso. Y es que los treinta años de docencia del maestro, no podían celebrarse de otra manera, que no sea mediante un encuentro académico de primer nivel que, pese a la pandemia, reúne a los más destacados exponentes del derecho civil iberoamericano.

No puedo dejar de mencionar que ha sido emocionante ver la recepción que ha tenido este evento en los profesores convocados, así como en el público en general.

La disposición de cada uno de los invitados, llegando, incluso, aceptando exponer en la madrugada en sus respectivos países, con el único objetivo de no dejar de homenajear a un maestro y querido amigo. Cuando tantas personas te quieren y te admiran, algo bien debes haber hecho en la vida y en tu profesión.

Trataré de ser muy breve, pues considero que los testimonios de los ilustres profesores que conforman esta mesa, son, sin lugar a dudas, mucho más interesantes, dada su altísima calidad académica y profesional.

Cualquier tiempo asignado siempre será corto para explicar o intentar explicar el porqué del homenaje a un jurista como el profesor Castillo.

Seguramente la respuesta la encontraremos en cada una de las clases dictadas con la misma pasión que la primera, sólo que, durante tres largas décadas, y en los miles de alumnos, hoy abogados, que, pese al transcurso de los años, recuerdan cada uno de los ejemplos y enseñanzas de su querido maestro.

Y es que Mario, no solamente se ha dedicado por tres largas décadas a la docencia, sino que ha escrito más de setenta libros, más de cien artículos; su producción académica es notable y digna de admirar.

Y cuando me refiero al cariño de sus alumnos, es imposible no encontrarse con un alumno y hablar sobre los ejemplos del ilustre Devorador, o tal vez de las obligaciones indivisibles, o cómo es que el profesor Castillo tenía esa facilidad para hacernos entender el derecho de obligaciones y el derecho civil, en general.

Sin lugar a dudas, conmueve y, de una u otra manera, nos indica que seguir los pasos de Mario y sus enseñanzas, es ir por el camino correcto, no sólo en el derecho, sino en la vida misma.

Y es que en mi modesta opinión, ningún profesor ha logrado, como lo ha logrado el doctor Castillo, conectar de una manera tan genuina y verdadera con sus alumnos, como lo decía, y al mismo tiempo explicar de forma tan magistral y didáctica, lo que realmente significa el derecho civil.

Así, estas tres décadas representan el inquebrantable compromiso del doctor Castillo con el derecho.

Personalmente, me considero un afortunado en el derecho y en la vida, ya que acompañé al profesor Castillo en el dictado del curso de obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú, desde el ciclo de verano del año 2011.

He sido alumno, he sido asistente y hoy soy profesor adjunto.

Cuando empecé como asistente tenía veinte años. Hoy tengo treinta, los mismos que tiene dedicados el profesor Castillo a la docencia. Han pasado, aproximadamente, novecientos alumnos durante este tiempo que yo he acompañado al profesor Castillo, siendo cada clase al costado del doctor, un aprendizaje de vida y una lección sobre cómo ser un excelente abogado y un excelente profesor. Cualidades casi imposibles de encontrar juntas en una misma persona el día de hoy.

Ver durante diez años el respeto, cariño, reconocimiento y agradecimiento que le tienen los alumnos al profesor Castillo, sólo es una comprobación irrefutable de su calidad como académico, pero, sobre todo como ser humano.

Hace poco, hace un ratito, la profesora Delgado nos recordaba la paciencia que tiene Mario para enseñar, y eso es algo que lo hace único, porque difícilmente se reúnen las cualidades de ser, probablemente, el abogado más exitoso en su rama, junto con el profesor más didáctico y apasionado en su rama.

La admiración crece cuando puedo comprobar que cada ciclo lo inicia y lo termina con mayor emoción que el anterior. Como decía, son casi diez años viendo esto. Casi veinte ciclos, tal vez más, porque también él dicta en verano. La mayoría de profesores no dictan en verano, pero Mario tiene tanta pasión por el dictado, que también muchos veranos está presto a ayudar a la Pontificia Universidad Católica, a su facultad de derecho, con el dictado del curso de obligaciones.

Así, Mario está constantemente buscando qué mejorar; buscando cómo hacer mejor su clase, en una muestra absoluta de humildad, pues para él siempre su prioridad son y serán sus queridos alumnos.

Como señala William Ward, «el maestro mediocre cuenta, el maestro corriente explica, el maestro bueno demuestra, pero el maestro excelente inspira». Y Mario eso es lo que es: un maestro excelente porque eso es lo que él ha hecho, hace y seguirá haciendo como profesor: inspirar a cientos de jóvenes para ser abogados honestos y siempre dispuestos a luchar a partir de sus conocimientos por una sociedad mejor.

Sin duda, siento que hoy las palabras no han sido suficientes o lo suficientemente exactas, y es que nunca lo serán para una trayectoria como la de Mario, con un incomparable conocimiento del derecho, pero también con la humildad y humanidad que sólo pueden alcanzar las personas que logran trascender por sus obras y sus acciones.

Por muchos años más docencia, querido maestro.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias, Milo.

Bueno, quiero aclarar que, en esta mesa, quien nos va a dar el honor de poder culminar esta mesa es el doctor Javier Caveró Egúsquiza, quien se encuentra presente y le pido disculpas porque no lo he podido mencionar. Tanta emoción, muchas veces, hace que se nos traspapelen los archivos.

Bien, en este momento voy a dar pase desde el hermano país de España, al doctor Javier Junceda Moreno.

Adelante, Javier.

Javier Junceda Moreno: Bueno, muy buenas noches desde España.

Me veis en la parte de atrás, en la ventana, que ya es de noche aquí. Estoy en La Toja, Galicia. Estoy pasando unos días de vacaciones y me da un gusto.

Y me da gusto estar en esta cita tan generosa y, no sé, tan justificada que hacéis a Mario Castillo Freyre.

Yo a Mario Castillo Freyre, yo diría, Mario es un *scholar* británico. Él se dedica y tiene un Estudio fantástico, pero por sus venas lo que circula es la docencia y la pasión por la universidad.

En todos los contactos que he tenido con él, antiguos, siempre me he dado cuenta de esa circunstancia.

Él, aunque haya tenido y tiene un éxito profesional extraordinario, siempre ha tendido, como aquí decimos, «la cabra tira al monte», él ha sido la cabra que ha tirado al monte de la docencia; al monte de la investigación; al monte de la academia.

Me impactó, y yo con esto, con Mario nunca creo que lo haya compartido con él, pero me impactó en su conferencia de ingreso a la Academia Asturiana de Jurisprudencia, la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, me impactó una diferenciación que hizo. Desde entonces, ha habido dos cosas que he tomado muy en cuenta de las enseñanzas del profesor Castillo Freyre.

La primera es ésta. Él planteaba la diferencia entre un tramitador y un jurista. Aquello me pareció sumamente sugerente porque me he encontrado en la vida con mucha comunidad jurídica meramente tramitadora. Que eso te da una gran comodidad: es el tema del formulario, cortar el *copy* y *paste*, copiar y pegar, pero eso no es una persona de derecho. Eso no tiene nada que ver con el derecho. Eso es, hoy en día, además, con el tema que vamos ahora mismo a conocer del derecho 5.0, lo vamos a tener ya en las máquinas, pero lo que no es de acceso a las máquinas, a la inteligencia artificial jurídica, es tener un coco jurídico como el que Mario Castillo Freyre, en aquella conferencia insistió.

Es así: ver las hierbas crecer. Establecer la estrategia procesal y una estrategia de carácter, de derecho material para conseguir determinado asunto a un cliente.

Ésa es la primera lección que yo, desde entonces, suelo recordar mucho, incluso, hasta en el ámbito propio mío profesional. En mi estudio siempre suelo decir esto y suelo decir a mis compañeros: «Mira, vamos a ver. Eso lo podría hacer un buen tramitador, pero yo no quiero estar con buenos tramitadores, sino quiero estar, aunque sea con un peor jurista que un buen tramitador».

La segunda cuestión que quisiera yo insistir, de las enseñanzas del profesor Castillo Freyre, esta... bueno, yo he estado en distintas oportunidades con él en la docencia. Yo he estado en alguna ocasión he llegado a Lima, pues, él me decía: «Oye, acompáñame que voy a dictar clase a la Católica».

Recuerdo en una ocasión, Mario, te acordarás que me llevaste a un simposio de derecho civil, donde ahí conocí a gente interesante del mundo jurídico peruano; Avendaño, que recientemente falleció, que había estado... además, yo me dedico al derecho público, no me dedico al derecho privado; y, sin embargo, me pareció verdaderamente extraordinaria aquella conferencia, que como digo, la segunda idea o la segunda cuestión que a mí me llamó la atención de la enseñanza de Castillo Freyre, es la vinculada —y también yo la tomé prestada— es la importancia que le da él a lo que podríamos denominar una visión holística del derecho.

Es decir, en un libro que cayó en mis manos, que fue de las primeras cosas que yo le leí a Mario, fuera del derecho civil porque yo leer derecho civil, me vais a entender que, por mi formación, derecho civil es como leer sánscrito; no tanto, pero vamos, en principio, no es la materia que yo cultivo.

Pero, aunque sea la madre de todo el derecho, como ya sabéis, el derecho administrativo, el derecho público está teniendo cada vez más un desarrollo mucho más especializado, ya es el derecho común casi un derecho común propio de las administraciones públicas, sin tener que acceder al derecho civil.

Pero, recuerdo que cayó en mis manos una obra que él editó junto con un compañero que había tenido él en el Estudio, Vásquez Kunze, sobre,

creo que se titulaba *Analizando el análisis*, creo recordar. Era un análisis económico del derecho.

Yo he sido decano de dos facultades de derecho en dos universidades diferentes, y en la universidad en la que estuve dos mandatos seguidos, llevé esa idea y en seguida me llegó a la idea de ponerla en práctica, en el sentido de decir, vamos a ver, es que un cliente cuando llega al despacho de un abogado, no sólo quiere una gran solución desde el punto de vista del derecho civil, del derecho hipotecario, del derecho registral, sino también la consecuencia económica de tal decisión muy bien armada jurídicamente desde el punto de vista civil, desde el punto de vista fiscal.

Es decir, era, de alguna manera, ver cuáles son los efectos económicos que pudiera tener esta decisión de carácter civil.

Y esto dio lugar a una modificación del plan de estudios, Mario no lo sabe, pero yo ahora mismo se lo estoy diciendo públicamente, que se debió a esa obra de él. Y esa asignatura se titulaba «Consecuencias económicas de las decisiones jurídicas», Mario, se llamaba la asignatura.

Y esa asignatura, básicamente, tenía, entre otros, había un economista que te estaba indicando cuáles eran las consecuencias económicas de esa decisión jurídica, y la segunda era un fiscalista que dijera: «Oiga, esa decisión de derecho tiene unos efectos, puede tener unos efectos que no son los adecuados o los deseados».

¿Con esto qué quiero decir? Que estas dos enseñanzas que son enseñanzas genuinas de maestros...

Entonces, estos escenarios son el resultado de la magnífica obra de Mario Castillo Freyre. A esto se une que con él mantengo una relación personal. Mario es mi pata en el Perú. Él lo sabe. Tengo con él una relación familiar. Él forma parte ya de mi entorno principal, tanto él como Laura, como su hijo Mario Eduardo, y como la madre de Laura, como el padre de Mario, son la familia peruana que tenemos Eva y yo y mis hijos, y de

hecho, del derecho ha surgido esta relación tan fraterna de amistad que a mí me encanta desarrollar y potenciar.

Ahora, por esta situación estamos cada uno en nuestra casa, pero dentro de muy poco tiempo, pues volveremos, volveré por allí o ellos volverán por acá.

Y, además, quiero decirles una cosa, el nombre de Castillo Freyre en España; el nombre del derecho peruano es un nombre muy importante, pero quiero significar que, dentro de la comunidad jurídica hispanoamericana, el nombre de Mario Castillo Freyre, yo a mis compañeros civilistas siempre se los comento, y me dicen: «No, no. Castillo Freyre es cosa seria».

Quiero con esto decirles que estoy sumamente agradecido de que hayáis contado conmigo para esto.

Yo podría hablar largo y tendido de Mario, pero me he tenido que ceñir; estoy todavía en el minuto ocho, segundo veintiséis, pero quiero apurar, por lo menos, me permitiréis que termine hasta el minuto nueve para decir que este homenaje a Mario, no sólo es merecido, sino que es obligado o exigido.

Mario ha pasado por lo que ha pasado, de forma injusta, y Mario necesitaría tener este tipo de demostraciones; ahora las tenemos, pero también antes, cuando estaba en la situación que él tenía.

Por lo tanto, lo que tenemos que hacer es darnos cuenta de lo que tenemos y tratar de defender la verdad, que ésa es la cuestión clave que hay en muchas de estas materias.

Hablo en clave porque hay mucha gente escuchándonos, pero ya sabéis todos a qué me refiero.

Todos que somos de la comunidad jurídica, sabemos perfectamente cuándo nos encontramos con un delincuente o un sinvergüenza delante. Todos los que nos dedicamos al derecho y todo hombre de derecho lo

detecta; lo huele. Cuando eso no ocurre, estamos ante la mayor ignominia que pueda existir. ¿De acuerdo? El derecho no sirve para todo. Sirve para lo que sirve.

Pero, desde luego, la utilización desviada del derecho con brocha gorda para hacer algo que no tiene nada que ver, con lo que es el derecho, vamos, lo que decía Celso, es decir, la idea del derecho justo y equitativo, eso es una desviación. Y a eso tenemos que comedir todo el derecho jurídico como si fuéramos una persona.

Un placer y ahora os dejo porque tengo a la familia tomándose algo. Mario, se están tomando un oporto y ahora me voy a sumar a ellos, me voy a quitar la corbata y el saco y me voy a tomar un oporto con ellos.

¿De acuerdo? Un fuerte abrazo y os dejo.

Me vais a perdonar que son las diez y media y estoy con la familia, y me vais a perdonar que aquí os deje.

Muchísimas gracias y que Dios os bendiga a todos, y, especialmente, al doctor Castillo Freyre.

Mario Castillo Freyre: Gracias.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias.

Agradecemos las palabras muy importantes del doctor Javier Junceda.

Bueno, les pedimos, por favor, a todos los participantes en el panel, que tengan su micrófono apagado para no estar generando algunas interrupciones.

Seguidamente, vamos a dar pase a la señora Massiel Silva Santisteban.

Massiel Silva Santisteban: Muchas gracias, Roger.

Buenas tardes. Como han dicho, este evento es para rendir homenaje al doctor Mario Castillo Freyre por sus treinta años de docencia universitaria.

Como docente, él nos ha enseñado infinidad de cosas, pero hoy quiero resaltar un aspecto que considero no debería dejarse de lado, y es la enseñanza de la gratitud.

He sabido que no hay mejor forma de enseñar que a través del ejemplo.

Pues bien, la gratitud hacia la enseñanza, hacia los profesores, pude verla en diversas clases del curso de derecho de obligaciones que llevé con el doctor Mario, y durante mis prácticas preprofesionales.

Durante sus clases él bien podría haberse limitado a citar libros suyos, decir ejemplos que se restringieran únicamente a él, pero no. La soberbia no es una de sus características. El doctor Mario agradecía las enseñanzas de sus profesores, como los doctores Osterling, Olaechea, y De la Puente. Contaba anécdotas, citaba ejemplos, reconocía sus aportes al derecho. Incluso, el doctor Mario, aún conserva los cuadernos de todos sus profesores. ¿Cómo lo sé? Pues, para la preparación de una audiencia, el doctor decidió ilustrar a un tribunal arbitral con un extracto de los apuntes tomados durante la clase del doctor De la Puente.

Para ello, buscó un cuaderno que consideró importante llevar a la audiencia. Es más, recuerdo que la doctora Maraví era la abogada de la contraparte, y ambos coincidieron en el bonito recuerdo que les causaba las clases del doctor De la Puente, fuera de la interpretación que cada uno pudiera tener sobre el tema, claro está.

Esta gratitud, este reconocimiento, es algo que los alumnos no debemos dejar de lado. Es bonito que se nos reconozca como alumnos, claro, pero eso no excluye el que podamos ser agradecidos con nuestros profesores.

Creo que la gratitud hacia la enseñanza es indispensable y es algo que no debe perderse de vista. Es importante este tipo de homenajes que han

organizado diversos profesores como los que están aquí presentes en este panel, y que se ha organizado por alumnos que ahora son profesores y que sirven de ejemplo a sus propios alumnos, pues han entendido el valor de la gratitud, y es mejor que se practique cuando la vida del homenajeado es plena, pues no debe esperarse a la enfermedad, ni a la vejez, ni a la muerte para homenajear a alguien.

Es justo y necesario aprender a rendir homenajes en vida y a tiempo. Cuando la cosecha está lista.

El doctor Mario sólo está cosechando todo aquello que ha venido sembrando a lo largo de estos treinta años de enseñanzas.

Finalmente, quiero resaltar el amor que el doctor Castillo ha tenido a la cátedra, pues, hasta la fecha sigue dictando. Y, como he dicho ya en otra ocasión, él no lo hace por CV, ni porque tenga nada que demostrar, sino lo hace por la pasión por el derecho y a los alumnos, lo que lo ha llevado a tomar la decisión de permanecer en la cátedra, compartiendo conocimientos y experiencias con sus alumnos y alumnas.

Además, sus enseñanzas no se han restringido solamente a las aulas de la Católica o de la Unifé o de la de Lima, sino que se han extendido a diversas universidades, gracias a su pasión por escribir, pues sus libros son leídos por muchos alumnos en otras universidades. Y como señaló Camus en *La peste*, «nadie felicita a un maestro por enseñar que dos y dos son cuatro, se le felicita acaso, por haber elegido tan bella profesión».

Felicitaciones, querido doctor.

Gracias.

Roger Vidal Ramos: Gracias, Massiel Silva Santisteban.

Ahora damos pase al doctor Marco Silva Santisteban, para que pueda brindar sus palabras en este importante homenaje al profesor Mario Castillo.

Marco Silva Santisteban: ¿Qué tal? ¿Cómo les va? Muy buenas tardes. Un gran saludo a las personas que me han antecedido. Un saludo muy especial, muy importante y cariñoso al profesor Mario Castillo Freyre, personalidad sobre la cual es motivo este congreso, y que ha reunido a diversidad de juristas. Leía el panel, el afiche, y hay una cantidad impresionante de abogados; una diversidad de profesionales. Sin embargo, todos nos encontramos unidos, ligados por el gran cariño y aprecio que tenemos al profesor Mario Castillo. Cosa que no es gratis; él se lo ha sabido ganar durante todo este transcurso de tiempo.

También estoy plenamente convencido de que, si hubiéramos invitado a todas las personas que estimamos al profesor Castillo, en realidad, hubiera sido un evento de un poco más de unas semanas, seguramente, cosa que era bastante difícil.

Por eso es que en este momento le quiero dar un agradecimiento importante a Milo y a Roger por haberme convocado. En verdad, estoy muy honrado.

Cuando me llega la invitación, tomo conocimiento, además de alegrarme por ella, veo que vamos a ser un grupo de personas los encargados de desarrollar por qué el homenaje. Yo rápidamente dije esto es una obviedad, ¿no? ¿Alguien podría decir que no corresponde un homenaje al profesor Mario? Por los treinta años de carrera universitaria, por su labor de profesor, de árbitro, de jurista, en realidad.

Sin embargo, vi que rápidamente esta respuesta nacía de mi corazón, de mi subconsciente, y como hombres de derecho, tenemos que sustentar nuestras posiciones, ¿cierto?

En el tema jurisdiccional hay que sustentar las decisiones. Por un lado o por el otro, justificar.

Y, en base a eso, traté de hacer una pequeña reseña; me permití hacer una pequeña reseña porque, en base a ella, daré la justificación de por qué merece este homenaje y muchísimos más el profesor Mario Castillo Freyre.

Entonces, analicé en la web porque es lo único que nos queda, no podemos revisar muchos libros; es más, hasta mi ficha Reniec del trabajo, y pude advertir que el profesor Mario Eduardo Juan Martín Castillo Freyre nació el 30 de abril de 1964, hijo de don Juan y doña Ana.

Y a decir de don Luis Bedoya Vivanco, desde sus primeros años, ya vislumbraba ser un académico destellante.

Fue el primero en todo. Desde el colegio La Recoleta hasta la universidad. Siempre fue un gran estudiante.

En la universidad tuvo grandes maestros. Yo me acuerdo que él me lo comentaba en una entrevista que le realizara, entre ellos, claro está, don Felipe Osterling Parodi, con el cual más adelante llegó a ser su amigo y después compañero y socio de grandes investigaciones, muchas de ellas que todos ya conocemos.

Sin embargo, una peculiaridad; el profesor Mario Castillo, en una conversación que realizaba justamente en Facebook, acabo de recordar que fue hace cinco años, me señalaba que su primera intervención en el mundo académico o su primer artículo que trató de publicar, fue uno por invitación de la Revista *Thémis*.

No obstante, el profesor Castillo siempre tan acucioso; este artículo se extendía y se extendía, nunca lo pudo terminar porque habría encontrado el tema de su título, digo, el tema de su tesis posterior, que fue *Los contratos sobre bienes ajenos*.

Posteriormente, el profesor Castillo, dado este ánimo investigador de jurista, al cual todos hemos coincidido hasta este momento y seguramente vamos a seguir coincidiendo por las demás exposiciones, hizo que alterne su labor de abogado con la docencia universitaria.

Precisamente, en el año 1990, treinta años, a sus cortos veintiséis años ya se iniciaba su carrera en la cátedra de obligaciones y derecho civil en la

Universidad Católica. Y después en la Universidad del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

Sin embargo, yo considero que su labor de docente, no solamente se reduce a las salas universitarias, sino que ha llegado a muchas personas con los congresos, seminarios y a través de su legado.

Ahora sí, pasando a contestar la pregunta para poder cumplir con el término, ¿por qué el homenaje?

Lo contestaré, porque es lo que corresponde. Es un justo y merecido reconocimiento que debemos realizar en vida a un profesional que ha hecho tanto por la academia peruana. De la pequeña reseña que he podido detallar podemos entender que hablar de Mario Castillo es hablar de derecho; hablar de investigación; hablar de apasionamiento por su profesión y de las diversas actividades que realiza. De defensa férrea y sustentada de sus convicciones.

Recordemos la posición que asumió, a veces, inclusive, solo ante las mayoritarias voces que buscaban la reforma del Código Civil. Por encima de que algunos puedan compartir o no su posición jurídica, lo que es totalmente perfecto, nadie va a poder negar la valentía y la consecuencia que tuvo.

Y, justamente, acá trato de decir lo que dijo el profesor Emilio Betti: «siempre un profesor universitario tiene la obligación de decir su verdad, a pesar de que pueda creer que adelante, mucha gente se oponga a ella».

Hablar de Mario Castillo es hablar de un jurista reconocido a nivel nacional y a nivel internacional; el profesor que me antecedió dijo que hablar de Mario Castillo es hablar de cosa seria en el derecho civil.

Y al ser un jurista, tiene una gran responsabilidad sobre sus hombros. Como lo señala el profesor Henri Mazeaud, los juristas son consejeros y dirigentes que, gracias a las doctrinas que postulan, ahora tienen real ascendencia sobre las demás.

Y el profesor Mario Castillo ha cumplido esa responsabilidad con grandes creces. Es un gran ejemplo para nosotros.

Sabemos que el derecho nos puede sostener, a veces, sobre situaciones no tan simpáticas.

Finalmente, hablar de Mario Castillo es referirnos al gran hombre que siempre pretende compartir sus conocimientos. Una persona noble, dispuesta a dar oportunidades a quienes lo buscan con interés.

Desde el primer día que lo visité, y me acuerdo, allá en su Estudio en la Avenida Arequipa, pude comprobar rápidamente que sus cualidades personales eran idénticas a las cualidades académicas que tanta fama tenía.

Siempre él nos ayuda a poder mejorar, él con el solo interés mío, de buscar material y conociéndome poco, fue a mí y me abrió las puertas de su biblioteca.

Eso dice mucho de él y de este gran ánimo de maestro que lleva por sus venas.

Finalmente, hablar de Mario es hablar del gran maestro del derecho, que muchos tenemos como referente, y que soñamos algún día ser como él.

Por eso y muchísimas cosas más no voy a decir como suele decir «vengan a mi casa», sino por eso y muchísimas cosas más, el doctor Mario Castillo Freyre merece muchísimos homenajes, así que muchísimas gracias y hasta una próxima oportunidad.

Roger Vidal Ramos: Buenas tardes. Muchas gracias al doctor Marco Silva.

En estos momentos vamos a dar pase al doctor Alfredo Villavicencio. Adelante, doctor Villavicencio.

Alfredo Villavicencio Ríos: Muchas gracias, muy buenas tardes con cada uno de ustedes.

Quiero que se encuentren bien, al igual que sus familiares en esta dramática emergencia sanitaria que estamos viviendo, con particular impacto doloroso en nuestro país, pero que, a su vez, ha tenido la capacidad de generar una reacción tecnológica en muchos terrenos, entre ellos, en el que nos encontramos ahora.

Es decir, que nos ha impulsado a dar un salto tecnológico significativo, de manera que esta tarde podemos encontrarnos, queridos amigos, que están en Perú, que están en Colombia, que están en España, que están en diversos lugares y que gracia a estas tecnologías, pues estamos todos convocados y muy contentos de participar en este homenaje al profesor Mario Castillo.

Me voy a referir a él siempre como el profesor Mario Castillo porque, siendo un hombre tan versátil y poliédrico, como todos sabemos, creo que, como ya se ha mencionado, si hay una definición transversal de su vida, tiene que ver con su vocación por la investigación y la enseñanza, que son los dos componentes centrales del espíritu universitario y aunados a la búsqueda de solución de los problemas más de nuestra sociedad completa el elenco de valores que hay que manejar en el ámbito universitario.

Yo quiero dar un testimonio, más o menos, personal, porque siendo mayor que Mario, por supuesto, como las canas lo acreditan, nosotros hemos coincidido en la universidad y hemos tenido la oportunidad, no sólo de estudiar con los mismos maestros, sino de hacer política universitaria, habiendo tenido ambos la responsabilidad de ser presidentes del Centro Federado de Derecho, en su momento, porque Mario, además de las cosas que se han dicho, también es una persona muy preocupada por la política, en mayúsculas, por la búsqueda del bien en común.

Y en eso quiero yo comenzar. Desde hace cuarenta años, más o menos, cuarenta años que conocí a Mario y el primer rasgo que yo identifico en el profesor Mario Castillo Freyre, es un profundo amor por su universidad y por su facultad. Lo tuvo como estudiante, lo tuvo como dirigente universitario, lo ha tenido como profesor, lo ha tenido como estudiante de maestría y doctorado, y como profesor también en pregrado, en maestría y en doctorado; en una actividad constante, en una actividad desinteresada,

en una actividad en la que, como se ha dicho, es de los pocos profesores principales que imparte clases en verano. Les debo confesar que yo no.

Yo el verano digo: «Bueno, ya tengo que poner en orden un poco mis materiales de enseñanza, etc., pero verano es verano, y me cuesta quitarme las bermudas, y mucho menos, ir a clase. Pues, Mario lo ha hecho; lo ha hecho cada vez que se lo ha convocado, y lo ha hecho siempre con mucho gusto y con muy buena disposición, y ésta es una línea que vertebra su vida, no sólo respecto de la Universidad Católica, porque ha impartido clases en otras facultades, pero en lo que a mí toca, es reconocer a este profesor universitario completamente identificado con su universidad, que, incluso, ha tenido, como corresponde a un académico, la entereza de discutir el ADN que muchos propugnábamos de la enseñanza del derecho en la Universidad.

Las polémicas de Mario respecto del método antiguo de enseñanza, y la clase magistral y todos estos temas vinculados, novedades pedagógicas y lo hacía con la honestidad que siempre lo ha caracterizado.

Porque el segundo rasgo que quiero resaltar, además de su amor y compromiso por la universidad, entendiendo por la universidad, lo pedagógico, la investigación de alta calidad, y el compromiso social es su honestidad. Su honestidad como abogado, como profesor, como docente, como investigador, como árbitro, como editor, en el ámbito en el que hemos tenido posibilidad de cruzar nuestra vida con Mario, hemos tenido siempre un ejemplo de una conducta éticamente irreprochable.

Por esto es que este homenaje es, digamos, no sólo un reconocimiento a sus calidades académicas. Es, en buena medida, eso, pero también es un respaldo de todos los que estamos acá, a este hombre público que en algún momento ha tenido que pasar por aciagas circunstancias, absolutamente inmerecidas.

No sólo es un apasionado docente y un profesional honesto, Mario a mí no ha dejado de sorprenderme en el buen sentido de la palabra, porque,

además, es una persona muy generosa. Muy generosa con su tiempo, pero muy generosa económicamente también.

Creo que las dos colecciones de la *Biblioteca de Derecho* y la *Biblioteca de Arbitraje*, creo que esta segunda colección va a batir una de los récords nacionales en títulos, si no lo batió ya, yo voy a competir con él, porque en la colección *Lo esencial en el derecho*, le estamos siguiendo los pasos con su ayuda, porque él es uno de los autores del título dirigido a derecho de las obligaciones, pero de una generosidad realmente recalable.

A mí me tocó dirigir la revista *Derecho PUCP* y tenía que hacer gestiones para conseguir auspicios. Ésa es una tarea incua, salvo cuando uno se encontraba con profesores como el profesor Mario Castillo, porque allí la tarea difícil se convertía en muy placentera. Porque uno encontraba de inmediato una respuesta positiva, una preocupación por el número de la revista, por el que a qué se iba a dedicar, cuál era la reflexión central.

Y, entonces, ya uno estaba esperando. Para el próximo número, comienza la lista de llamadas por el profesor Mario Castillo Freyre. Sabiendo que esto iba a conducir siempre a una amena conversación y, además, a un resultado positivo.

Lo ha hecho también cuando hemos celebrado el centenario de la universidad. Fue de los primeros en decir, por supuesto, con mucho gusto y merecidamente participo yo como auspiciador de las actividades que se llevaron a cabo por el centenario.

El tiempo es corto y, realmente, en mi testimonio quería poner sobre la mesa algunas de las cualidades que me ha tocado vivir directamente en mi relación con Mario, que no ha sido tan intensa como yo hubiera querido porque la vida nos lleva y nos trae por muchos caminos, y nuestras especialidades han coincidido un poco. Pero sí quisiera decir que cuando me he puesto a pensar y digo, uno puede resaltar dos o tres valores. Julio Ramón Ribeyro decía con que una persona pueda tener un valor, ya era, más o menos, suficiente; dos o tres puede salir fácil, y cuando me he puesto a pensar en Mario, digo, calidad, compromiso, generosidad, responsabili-

dad, creatividad, honestidad, sencillez, nobleza, humildad, y se me acabaron los dedos de una mano, y comencé con la otra.

Y, entonces, que se entienda esto como un reconocimiento sincero de un amigo que aprecia y respeta a Mario, que ha tenido la oportunidad de compartir con él estos cuarenta años, de cerca o de lejos, pero siempre con la mira y el norte puesto en la misma línea; en la línea del esfuerzo personal, en la línea de la rigurosidad académica; en la línea del ejercicio profesional éticamente irreprochable siempre.

Un abrazo muy grande, Mario, y este homenaje más que merecido.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, Alfredo. Muchísimas gracias.

Roger Vidal Ramos: Agradecemos al doctor Alfredo Villavicencio. Qué importantes sus palabras, considerando que el doctor Castillo es abogado egresado de la Universidad Católica, siendo esta casa de estudio su alma máter.

Muy agradecidos.

Bien, siguiendo con el orden, vamos a dar pase al doctor Luis García Corrochano, para que pueda dar el uso de la palabra.

Adelante, doctor García-Corrochano.

Luis García-Corrochano: Muchas gracias, profesor Vidal, buenas tardes con todos y buenas noches, incluso, porque hay gente al otro lado del charco que está haciendo el esfuerzo de acompañarnos y seguirnos.

Querido Mario, para mí es un honor y un orgullo poder participar en un homenaje.

Tantos años de amistad paseada por el mundo; está Domingo Bello acompañándonos, hemos coincidido hasta en La Coruña; en alguna oportunidad, en algunas noches después de clases, y en realidad, como ya han

comentado muchos, a mí también me parece muy preciso y muy oportuno el homenaje.

Cuando me invitan a un homenaje, generalmente, me causa preocupación porque somos tremendamente mezquinos, y no digo sólo los peruanos, sino que culturalmente con los homenajes.

Entonces, un homenaje o es ya muy tardío o está por serlo. Felizmente, como tengo contacto frecuente con Mario y sé que está muy bien y goza de buena salud, no me preocupó en esta ocasión; más bien, me alegró muchísimo.

Me alegra la iniciativa, Mario y queridos profesores, que tienen tus discípulos y tantísima gente que te estima y que te valora.

Se ha dicho mucho sobre ti y podríamos seguir porque, en realidad, no se ha agotado todo lo que se puede decir sobre el profesor Mario Castillo.

Quiero resaltar algunas de las palabras que ha dicho recientemente Alfredo Villavicencio, con quien también nos une una buena amistad, no tan larga.

Mario es una persona que ha sido siempre atento a las novedades, pero añadiría yo, ajeno a la moda, lejano de esa tan limeña novelería que nos lleva a entusiasrnos para perdernos lejos del camino del derecho, donde hoy día tantos se pretenden, pues, economistas, filósofos, historiadores, y no saben llevar a bien lo honrosísima que es nuestra hermosa profesión. Muy sacrificada también cuando se ejerce como se debe ejercer, con limpieza, con transparencia, con honor. Con todas esas cualidades que adornan la forma en la que Mario ha sabido ejercer una docencia en las aulas y más allá de las aulas.

En las aulas creo que puedo decir poco, porque quienes han sido sus alumnos tendrán mucho más que yo que comentar, pero sí he seguido siempre la carrera de Mario; nos conocemos desde jóvenes.

Destacó, efectivamente, desde muy temprano. En su pasión por el derecho civil o como dice Domingo Bello: «el derecho propiamente dicho».

Y no solamente destacó en la enseñanza, porque también recordaremos todos los que hemos pasado por las aulas, que hemos tenido magníficos profesores, insignes maestros que nunca pasaron más allá de las clases y no han dejado ni una investigación, ni un testimonio, ni un trabajo. Y ése ha sido un mal bastante frecuente en nuestra academia, en general. Digo la academia peruana y no sólo la jurídica. Pero, encontrar a alguien que además de haberse prodigado en la enseñanza, como lo ha hecho Mario, se haya volcado a la investigación y al aporte del derecho de la manera que él lo ha hecho, es absolutamente excepcional.

Nunca le he preguntado si duerme, sospecho que muy poco, porque yo no entiendo en qué momento puede hacer todo lo que hace, y además hacerlo bien, porque hacer y escribir, vaya, hay gente que ha llenado estantes completos, y luego habría que preguntarse de qué tanta calidad o qué tanta originalidad puede haber en ello. En este caso, no. No hay sombra de duda, es un trabajo serio, riguroso y original el que ha realizado Mario en su investigación.

También en esta importantísima promoción editorial, como ya se ha destacado.

La *Biblioteca de Arbitraje* que auspicia su Estudio es, probablemente, una de las colecciones más importantes del derecho del Perú contemporáneo, indudablemente. Prácticamente, ha tocado todos los matices y todos los vínculos que puede tener la labor arbitral en el derecho, y, en general, como actividad de solución de controversias. Es tremendamente importante y que, felizmente, en el Perú ha desarrollado muchísimas, pese a la mezquindad de algunos, creo que todavía cumplirá, seguirá cumpliendo papeles muy importantes porque es necesario que una sociedad aprenda a resolver sus problemas dentro del derecho y pacíficamente, y si los medios que el Estado brinda son insuficientes o no son oportunos, tiene todo el derecho el ciudadano de recurrir a medios alternativos, a gente fiable, a procedimientos seguros, y poder realizar esta labor.

Mario, en la difusión de este trabajo ha hecho un aporte importantísimo, y, además, su ejecutoria personal. Nunca, ninguno de nosotros, ha tenido la menor sombra de duda sobre su honorabilidad y su respetabilidad.

En ese sentido, Mario es un absoluto ejemplo. No voy a abordar ya los temas más personales del amigo que ha estado siempre listo y dispuesto para ayudar; en quien he encontrado siempre un consejo oportuno, práctico, el apoyo necesario en cualquier gestión o en cualquier situación, y por muchas de estas razones la amistad que nos une es muy grande, y para mí, haber participado en este homenaje, aunque sea con unas pocas palabras, es una cosa de lo más sentida y emotiva.

Querido Mario, felices primeros treinta años de vida profesional y académica. Vienen muchísimos más y espero que nos sigamos encontrando y acompañando contigo y con todos los queridos amigos que hoy día estamos participando en este sentido homenaje.

Un fortísimo abrazo.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias. Agradecemos las palabras del doctor Luis García-Corrochano. Muy importantes, muy emotivas.

Siguiendo con nuestro programa y agradeciendo a todos por el cumplimiento del tiempo asignado, damos pase a la doctora Milagros Maraví Sumar.

Adelante, Milagros.

Milagros Maraví Sumar: Buenas tardes. Bueno, soy la penúltima, yo no soy el broche de oro.

¿Por qué un homenaje al doctor Mario Castillo Freyre? Uno podría pensar que ya no queda más que decir, pero, en realidad, podrían ustedes poner cien, doscientas personas que hablen y van a poder seguir encontrando razones para el homenaje, porque estamos antes una persona excepcional.

Yo creo que lo primero que quisiera resaltar es que Mario tiene treinta años de docencia ininterrumpida, como dicen, hasta en verano, en las mejores universidades del país, lo cual tiene que entenderse en el marco de su vida que es, además, ser un exitoso abogado a tiempo completo; cabeza de un estudio, cosa que no es cosa menor, en el sentido de que el esfuerzo que eso significa, y además es uno de los mejores árbitros del país, con un reconocimiento nacional e internacional.

Y yo no conozco, puede ser por ignorancia, pero yo creo que no, nadie que tenga la proficuidad de investigación editorial que tiene Mario, y privilegiar la docencia en ese escenario, ya sin mencionar la familia, es un acto de generosidad diario que Mario nos da.

Entonces, para mí lo principal que yo relevaría respecto de la trayectoria de Mario, es esa generosidad. Generosidad que también se expresa en su biblioteca virtual y física, que gracias a su generosidad es también nuestra. Tiene una biblioteca a disposición de todos; disposición libre de todos, y eso no solamente es una biblioteca suya, es una biblioteca de todos nosotros, no solamente porque tengamos acceso, sino porque él ha dado en su biblioteca, sobre todo, la más famosa que conocemos, que es la de arbitraje, espacio para que escriban los mejores profesores, los mejores investigadores, independientemente de que sean sus amigos o no, o de que sean o piensen totalmente contrario a él, ha tenido la generosidad de dar ese espacio, y así permitirnos a abogados, alumnos, que podamos acceder a ese importante material.

Además, Mario ha tenido la generosidad de trabajar con sus maestros, como mencionaron con el caso de Felipe Osterling, y obtener lo mejor de él. Yo sí creo que no hubiera sido posible, si no fuera con el trabajo de Mario. Y gracias a él hemos tenido lo mejor de Felipe Osterling, y gracias a él tenemos lo mejor de mucha gente que ha trabajado con él, pero, obviamente, lo más evidente para mí ha sido ese conmovedor trabajo con Felipe Osterling.

Yo nunca he conversado con Mario, respecto de por qué él, no solamente, digamos, se ha enfocado en exponer su obra en hacer visible su

trabajo, sino que siempre ha sido tan generoso en convocar y dar espacio a todos.

Alguna vez lo comparé con Gastón Acurio y él se rio porque, por supuesto, que estamos en otra rama, pero para mí es eso, ¿no?, tener esa generosidad de dar el espacio a todos, y así, además, permitirnos a quienes estamos también del otro lado, a tener acceso a lo más importante que hay en derecho civil y arbitraje, que es lo que él nos da gracias a su biblioteca.

Por eso, obviamente, Mario ha tenido muchos reconocimientos: su incorporación a la Academia Peruana de Derecho, a la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia y Legislación, que ha sido mencionada; ha tenido un reconocimiento del CAL; tiene un reconocimiento como líder en los *rankings* más importantes de abogados, y esa generosidad, para mí, por supuesto, se explica en la indudable vocación y amor por el derecho.

Mario es una de las personas que yo conozco que más ama el derecho. Y eso es bien importante, inspirador para los jóvenes estudiantes de derecho, y abogados, entonces, yo lo pongo de ejemplo; él sabe.

Yo tengo un hijo que estudia derecho y que quiere mucho a Mario, pero, además, es inspirador para cualquier alumno de derecho.

Hace un tiempo, Mario me honró, y convocándome a presentar el número 50 de su *Biblioteca de Arbitraje*, y ahí recordé, como ha recordado Alfredo Villavicencio, que una de las razones para que Mario merezca también un homenaje, es porque desde muy joven siempre tuvo la generosidad de convocar a todos, pensarán como él o no, tanto a participar en política estudiantil, que es tan importante, como para participar en lo que era la reforma del plan de estudios de la universidad. Y su generosidad llegaba al punto, que su casa era uno de los lugares preferidos para la reunión donde todos nos encontrábamos, y discutíamos y podíamos tener opiniones distintas, pero el hogar donde nos recibía con su mamá.

Siempre ha sido muy generoso en el aporte a la política estudiantil y a la política educativa universitaria, en general.

Otro tema que creo que es muy importante repetir porque ha sido mencionado acá, es que busca la excelencia y no busca la moda; no busca estar a tono con los tiempos, y, efectivamente, una de las cosas más memorables que he leído de él, es su respuesta una a una, a cada una de las propuestas de reforma del Código Civil, donde él respondía cómo el Código Civil sí respondía, sí podía solucionar todos esos problemas por los cuales, supuestamente, el Código Civil debía ser modificado.

Y aborda, como abordó en ese número cincuenta que yo tuve el honor, digamos, de presentar, temas de los más diversos, como el concepto de familia, como la poligamia, la adopción de niños por personas del mismo sexo; o sea, pero con una solvencia... Uno podrá coincidir o no, pero poner, definitivamente, en cualquiera de esos temas que él decide abordar, es un referente jurídico obligado.

Entonces, yo creo que de algunas posiciones que uno puede pensar, Mario, además no es conservador. Uno podría decir, Mario, saco y corbata, uno podría pensar: Mario es conservador. Mario no es conservador porque en todos los temas que trata siempre plantea innovación.

Alguien decía: «Mario siempre busca la innovación». Y, efectivamente, Mario busca la innovación. En ese tomo cincuenta que me lo devoré así en unas horas, él planteaba temas como en el matrimonio y la unión de hecho debería ser la regla la separación de patrimonios. O que el cónyuge debería poder renunciar a heredar a su cónyuge o a su conviviente.

Entonces, esa búsqueda siempre por la innovación por excelencia, también es una razón para el homenaje.

Para finalizar, yo quisiera, alguien preguntó cómo hace Mario si no duerme. Yo les diría que yo no sé cómo hace. Yo, realmente, no sé cómo hace, pero él tiene vida personal; nosotros que estamos acá somos sus amigos; él tiene vida personal. Él se ríe con cada uno de nosotros; nos da su tiempo, y ahora a mí lo que más me conmueve es verlo en su faceta de papá.

Y es fantástico; es, realmente, un padre amoroso, generoso, divertido, entonces, yo quisiera agradecerle por su generosidad. Ésa es la palabra que resume para mí este merecimiento de homenaje es esa generosidad.

Muchas gracias, Mario.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias. Muchísimas gracias.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias, Milagros.

Siguiendo con el programa, al Javier Caveró Egúsquiza, a quien lo saludamos a efectos de que pueda brindar su mensaje.

Quiero comentarles que el presente Zoom está siendo transmitido por esta página muy importante, LP, y que están brindando muchos saludos al doctor Mario Castillo, que seguramente creo que al final va a poder expresar algún agradecimiento.

Les quería comentar que estamos conectados casi 150 personas, para ser cuatro de la tarde, y, en general, hay muchos saludos de diferentes partes del país y del extranjero, profesor Mario.

Adelante, doctor Caveró, lo escuchamos.

Javier Caveró Egúsquiza: Bien, miren, cuando uno dice «homenaje», se trata de homenajear y hablar del homenajeado, entonces, lo sacamos de su esquema cotidiano de la hurga cotidiana en que está, y lo llevamos al campo del honor.

Cuando llevamos a alguien al campo del honor, el diccionario nos dice que es la cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto de sí mismo y respecto de los demás.

Eso es lo que yo veo en Mario Castillo Freyre en este momento. Le estamos rindiendo homenaje, es decir, lo estamos colocando en el campo al que él verdaderamente pertenece.

Y no en un honor fatuo, sino en el honor que viene del alma, del corazón mismo. Mario ha demostrado en su vida constantemente su presencia de hombre de honor ante su familia, sus padres, Laurita, su mujer, su hijito, Mario Eduardo, ante sus amigos que tanto lo queremos, y ante, principalmente, lo que es materia de este homenaje, ante la comunidad jurídica, ante la comunidad universitaria. Él es el hombre, el profesor, el que profesa, el que nos da el campo del derecho, no como una mera enseñanza de papel, como dijo el colega español, es un hombre a quien realmente hay que tomarlo en serio porque no lleva solamente el conocimiento de la letra, sino el hacer que la letra profundice y entre sus alumnos, y entre sus colegas y en la comunidad jurídica del país.

Para Mario, que no solamente su carrera extensa lo lleva a ser ya, con tantos años de profesor, imagínense de abogado, que a mí me hace pensar que, cuando hablo del honor, ya Mario es lo que los griegos llamaban «la persona».

«Persona» era en el teatro griego lo más noble; encarnaba lo más noble del ser humano. Cuando en las actuaciones teatrales del teatro griego de hace, pues, miles de años, la persona, la faz de la persona encarnaba esa nobleza inmensa.

Eso es lo que yo veo en Mario Castillo Freyre; es lo que siento en él; sus actitudes son las de persona; persona de *personae*, como decían los griegos. Hacía resonar a todos en ese teatro lo más noble del ser humano. Y esa nobleza que Mario tiene y lleva adelante, solamente en su obra jurídica, el haber actuado con insignes juristas, con el doctor Felipe Osterling y lo que él ha hecho por el arbitraje, no lo ha hecho nadie. Es un árbitro de una calidad y de una hondura tal; un placer actuar al lado de él en arbitrajes.

Mario no da un paso sin saber que está haciendo el bien. Por eso recuerdo al evangelista Mateo, en Mateo 7, que cita al Señor cuando dice: «Por sus obras, por sus frutos los conoceréis». Es que Mario es ese fruto, ese árbol que da frutos buenos y que los recibimos, los aprendemos quienes actuamos con él; quienes lo conocemos; quienes lo queremos, y aun aqué-

llos que no son sus amigos y lo conocen, le dicen siempre: «¡Qué persona tan interesante!».

Qué persona: él. Él es como la persona del teatro griego; lo más noble del ser humano.

Yo quisiera decirles, finalmente, y volviendo a disculparme, que no he agradecido a los organizadores porque mi efusión por hablar por Mario era tal, que no le he agradecido a él, no le he agradecido a los organizadores, cosa que hago ahora, pero más que agradecerles, creo que esto es un acto de justicia verdadera que a él le hacen y que yo me honro en participar.

Mario, sigue siendo siempre como eres, Mario, querido. No solamente te necesita tu familia; te necesita tu medio social; te necesita la profesión de abogado; los árbitros te necesitan, pero, sobre todo, te necesita tu patria; tu país, a quien tanto amas tú.

Por eso te doy, siempre tú con la mano abierta para estrecharla y ayudar y poner el hombre a tus amigos, yo también de esa manera te retorno ahora con gran cariño.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Javier. Un gran abrazo.

Javier Caveró Egúsqüiza: No, a ti, a ti. Muy amable.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias al doctor Caveró.

Creo que en estos minutos todos han podido responder esta pregunta del primer panel, en el sentido del porqué, la razón de este homenaje.

Creo que todos han sido bastante puntuales en resaltar la calidad personal, académica, profesional del profesor Mario Castillo Freyre, y estoy muy seguro de que en estos tres días, todos nosotros tomaremos algunos

minutos o buena parte de este breve tiempo para resaltar estas cualidades del profesor Mario Castillo Freyre.

Seguidamente, voy a dar pase a Milo Ruiz, para que pueda presidir el segundo panel en el cual también va a estar participando el doctor Carlos Montoya.

Adelante, Milo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Roger.

Vamos a dar inicio a la segunda mesa. No sé si es que antes de iniciar la segunda mesa, el profesor Carlos Humberto Montoya ya tiene el tema de la conectividad para poder culminar esta mesa o iniciamos la segunda.

Profesor.

Con usted cerramos la primera mesa, doctor.

Carlos Humberto Montoya: ¿E inician la segunda también conmigo, ¿no?

Bueno, de todos modos, saludos a todos.

Quiero presentar disculpas por los inconvenientes técnicos. Estoy conectado desde las cuatro de la tarde, pero no me veían; entonces, Roger y Milo me consideraban ausente, lo mismo que Mario, pero he escuchado todas las intervenciones.

Ahora cambié de equipo, entonces, ya no me escuchaban, y aquí volví otra vez al equipo anterior, y ya, por fortuna, se restableció tanto el video como el audio.

Un placer estar aquí en este homenaje merecido y obligatorio para mi querido amigo Mario Castillo Freyre.

Es un gusto en nombre de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado colaborar en este evento, en este homenaje, en calidad de coorganizador; y, brevemente, quiero referirme a Mario como el amigo, más que el jurista.

Tuve la fortuna de conocerlo en el año 2010 con ocasión del XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Privado que realizamos en la ciudad de Montería, Colombia, con la organización de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Antes de celebrar el evento, a principios del año 2010, comentábamos con nuestros amigos, especialmente, los de Argentina, donde la Asociación tenía su sede, quién era el referente, quién iba a ser la punta de lanza, quién iba a ser el jurista que nos iba a apoyar para abrir las operaciones del Perú, y todos coincidieron en un nombre: Mario Castillo Freyre.

Yo no tenía el gusto de conocer a Mario. En marzo del año 2010 nos encontramos en la calurosa ciudad de Montería, con la compañía de Laura, su esposa, y allí en este evento en homenaje al querido maestro, compañero y amigo, ya fallecido, Fernando Reglero Campos, tuve la oportunidad de iniciar una maravillosa amistad con Mario y con Laura.

Allí, Mario intervino en una magistral conferencia. La recuerdo como si fuera hoy, sobre la responsabilidad civil en el divorcio, inclusive, esto me motivó a entrar un poco más en el tema del derecho de familia, que no es mi especialidad, para estudiar un poco más las relaciones, sobre todo, la responsabilidad civil en esas relaciones de familia.

Y de ahí nació esta amistad, que también ha tenido un gran beneficio para la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Mario, desde ese mismo año 2010 tomó las riendas de la Asociación desde el Perú y ha tenido una participación activa en muchos congresos, seminarios, jornadas académicas.

Hemos tenido la oportunidad en Lima de celebrar algunos eventos: dos congresos en la Universidad Católica del Perú.

Después, en el año 2017, con su iniciativa y todo su apoyo, celebramos el tercer congreso en la ciudad de Arequipa, y de ahí para acá Mario se ha distinguido siempre por su iniciativa por toda su actividad en el beneficio de la Asociación Iberoamericana.

En el año 2014, en una asamblea que celebramos en la ciudad de Buenos Aires, Mario fue elegido vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, cargo que conserva hoy.

Ha sido un honor, un placer, un orgullo tener esta amistad y esta participación de Mario en nuestra Asociación. Llegamos ya, y debo decirlo también como una cuña publicitaria, a dos mil afiliados a nuestra Asociación, donde Mario apoya la labor de Roger y de Milo para que más del 10% de estos afiliados se encuentren en el Perú.

Ha sido, pues, una labor que debemos resaltar acá, pero, como les decía en un principio, antes que el jurista, estamos ante un gran amigo, una persona honesta, una persona cabal, una persona de principios; y, sobre todo, muy franca. Una sinceridad, que es la sinceridad que se necesita del amigo.

Lo he dicho en dos o tres oportunidades; me lo ha dicho, me lo ha reconocido a mí, cosas que debemos modificar algo que no podemos seguir llevando a cabo, y a él yo le agradezco que tenga ese gesto de persona honesta para que podamos nosotros llevar nuestra Asociación y, sobre todo, nuestra amistad por el curso que se debe.

De este homenaje también debemos resaltar la presencia y el acompañamiento de Laura Castro, la esposa de Mario y de su hijo Mario Eduardo. Es una gran familia.

Como decía ahora el jurista español, yo, pues, tengo un poco de celo porque él lo considera de la familia de ustedes, pero yo también los consi-

dero a ustedes como mi familia. En esta querida Colombia tienen Mario, Laura, Mario Eduardo, un amigo y una casa por siempre.

Muchas gracias y bienvenidos, pues, a este homenaje merecido y obligatorio a nuestro querido amigo Castillo Freyre.

Mario Castillo Freyre: Gracias, querido Carlos Humberto. Un abrazo.

Carlos Humberto Montoya: Un gusto, Mario.

Milo Ruiz González: Creo que Roger está teniendo problemas de conectividad, así que lo suplanto un ratito para cerrar la mesa.

Profesor Castillo, sus palabras para poder dar por concluida esta mesa 1, del porqué del homenaje.

Mario Castillo Freyre: Gracias, Milo, por el pase.

No, yo, simplemente, quería agradecer enormemente las palabras que han dicho mis amigos que han intervenido. Realmente, me han abrumado. Cada vez que los escuchaba estaba absolutamente atento y abrumado por el contenido de todo lo que han dicho y por el enorme cariño que han expresado, que es recíproco, además.

Un gran abrazo para todos y mi agradecimiento y el agradecimiento también de toda mi familia.

Gracias.

Milo Ruiz González: Muchas gracias. Muchas gracias a todos los presentes, y vamos a dar inicio en unos minutos a la mesa 2.

Profesor, empezamos la mesa 2.

MESA N.º 2: DERECHO DE LAS PERSONAS. NOVEDADES SOBRE EL COMIENZO DE VIDA HUMANA Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO

Carlos Humberto Montoya Ortega
Enrique Varsi Rospigliosi
Marco Torres Maldonado
Thiago Rodovalho dos Santos
Juan Carlos Palmero
Oswaldo Hundskopf Exebio

Carlos Humberto Montoya: Bueno, buenas tardes, de nuevo.

La mesa n.º 2 corresponde al tema del derecho de las personas, novedades sobre el comienzo de vida humana y su protección por el derecho.

Pues, me han encargado que modere esta mesa, pero les voy a pedir el favor de que me disculpen. Voy a hacer la presentación de todas las personas que van a exponer y después voy a dirigir unas breves palabras en el tema de esta mesa, que no es mi especialidad, lo debo confesar, y después debo retirarme porque nosotros tenemos, la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, nuestro Seminario sobre Justicia Digital, que estamos llevando aquí a cabo en Colombia, y entonces debo atender este otro compromiso.

Por favor, reitero mis disculpas.

Nos acompañan en la mesa n.º 2, Enrique Varsi. Es profesor de la Universidad de Lima y socio del bufete Rodríguez Angobaldo; Mario Torres, abogado que también está vinculado al bufete Rodríguez Angobaldo; Thiago Rodovalho do Santos, profesor de la Universidad Católica de Campiñas en Brasil; Juan Carlos Palmero, un gusto, Juan Carlos, de volvernos a ver;

también estuvo con nosotros en el congreso en Montería, hace diez años exactamente. Juan Carlos, quien ha sido presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y Oswaldo Hundskopf Exebio, que es exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y socio del Estudio Sparrow Hundskopf y Villanueva Asociados Abogados.

Bueno, en cuanto al tema que nos agrupa en esta mesa, debo mencionar, refiriéndome al derecho colombiano, que la situación en relación con el comienzo de la existencia humana, pues, ha sido un tema supremamente polémico muy controvertido en la Corte Constitucional y que ha tenido muchas demandas de inconstitucionalidad, sobre todo en lo que tiene que ver con el artículo 90 de nuestro Código Civil; Código Civil que data del año 1873, en su artículo 90 dice que la existencia legal de las personas principia al nacer. Esto es, al separarse completamente de su madre. Y agrega que la criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

En cuanto a la Corte, ha tenido en los últimos veinte años numerosas demandas, y la última sentencia es ahora del 2 de marzo del año 2020, donde declara cosa juzgada y ratifica la constitucionalidad de esta disposición legal.

O sea, en nuestro país, creo que tiene similitud con el derecho peruano, en su artículo primero, «la vida humana, si bien empieza con la concepción, para el derecho es con el nacimiento».

Ha tenido la Corte ciertas consideraciones para ello, inclusive, acude a tratadistas, como es el caso de Kelsen, para decir que una cosa es el hombre como una noción natural, biológica, fisiológica y psicológica, y otra cosa es la persona para el derecho.

Entonces, llega a concluir que para la concepción biológica, ya en los términos naturales, sí, el ser humano tiene su comienzo en el vientre, a partir del momento de la concepción. Pero, para el derecho, solamente, a partir del nacimiento.

Y esto nos ha llevado a un tema mucho más profundo y es el tema del aborto.

Desde el año 2006, nuestra Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la vida no es un derecho absoluto y que hay otros derechos fundamentales que también deben ser tenidos en cuenta.

Y llega, entonces, a concluir para declarar una inexequibilidad del artículo 122 de nuestro Código Penal que sancionaba penalmente, perdón por la redundancia, la práctica del aborto en todos los casos, y establece como excepción tres situaciones. La primera, cuando el embarazo es resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o un acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulos fecundados no consentidas o de incesto. Primera causal donde se acepta el aborto en nuestro país.

La segunda es cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud de la mujer certificada por un médico.

Y en tercer lugar, cuando existe una grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

También han sido muchas las demandas posteriores al año 2006, pero la Corte Constitucional se ha sostenido en esta posición, y vuelve y ratifica en pronunciamientos posteriores al año 2006, en que ya es una cosa juzgada; es un hecho irreversible para el derecho que se acepte el aborto en nuestro medio, bajo esas tres situaciones específicas.

Simplemente, quería referirme a esto para una ilustración de ustedes y darle paso, entonces, a los siguientes expositores en el orden que lo hemos enunciado.

Muchas gracias.

Viene Enrique Varsi.

Enrique Varsi Rospigliosi: Buenas tardes. Muy buenas tardes.

Bueno, muy agradecido en participar en esta gran jornada académica de tres días en honor y homenaje de mi gran amigo Mario Castillo, a quien el aprecio y la amistad que nos tenemos desde tanto tiempo hace, pues, insoslayable que dejemos de participar en el mismo.

Quiero hacer mención de que la gran producción jurídica que tiene Mario, realmente, envidiable. Envidiable desde el punto de vista sano, ha llevado, pues, a una recomposición y a una reestructuración, básicamente, de todo lo que es el derecho civil contemporáneo.

Y, realmente, hay que seguir los pasos de toda esta gran temática de Mario, y sobre todo valorar este esfuerzo que viene haciendo constante a través de su *Biblioteca de Arbitraje*.

Y agradecer esta oportunidad para tratar este tema acerca del inicio de la vida, del cual hay una enorme polémica. Polémica de la cual creo que nunca vamos a llegar a un acuerdo; vamos a llegar a un entendimiento, pero, finalmente, siempre está presente.

Debemos recordar que nuestro Código Civil nos dice o se refiere a este tema de una manera, pues, muy genérica.

No sé si debiera ser así, o si debiera ser más preciso o más técnico. El Código Civil nos dice: «la vida humana se inicia con la concepción», ¿no? Y así deja planteado el tema. Entonces, la pregunta es ¿cuándo se inicia la vida humana? Y, en todo caso, llegar a entender cuándo se produce la concepción.

Y ahí viene, pues, la diversidad de teorías, de posiciones bioéticas, pro-vida, materialistas, económicas, industrialistas, que tratan cada cual y cada quién de justificar su posición; total, y absolutamente legítima, pero ahí está el planteamiento.

El análisis que nosotros debiéramos hacer, a mi modesto entender, es un análisis transversal; es decir, no sólo entender el sentido del Código Civil, sino también lo que manda nuestra Constitución, la Ley General de Salud y también los Tratados Internacionales. Esto dentro de una óptica amplia para poder comprender este tema tan crítico.

Ahora, esta fórmula genérica que utiliza el Código Civil acerca de cuándo se inicia la vida, también la utiliza a cuándo se produce el fin de la vida.

El artículo 61 del Código Civil, si no me equivoco, nos dice que la muerte pone fin a la persona. Y ahí viene también, pues, toda una enorme discusión acerca de cuándo se produce la muerte. Si con la cesación respiratoria, si con la cesación de la actividad cardíaca o si es con la cesación de la actividad cerebral, entendiendo el cerebro, pues, como el órgano más complejo del cuerpo humano y no llegar a entender, pues, finalmente, cuándo se produce la muerte.

Entonces, ahí tenemos, digamos, los dos puntos, si bien totalmente antagónicos, el inicio de la vida y el fin de la vida, el Código Civil las trata de una manera tremendamente amplia. Yo creo que debiera ser así porque para eso está la casuística, la doctrina, la jurisprudencia, para que llegue a plantear soluciones técnicas sobre el particular.

Todo esto, hacer que el inicio de la vida se ha complejizado aún más con la aparición de la procreática; de las técnicas de reproducción humana asistida, sobre todo las exútero.

¿Qué hacer con los embriones bioconservados y en qué momento podemos decir que se ha producido esta nueva existencia? Y si acaso la concepción termina siendo el único medio para poder crear vida humana. Porque la procreática y la embriología ha llegado ya técnicamente a crear vida humana sin la presencia necesaria de estos ingredientes tradicionales o estos elementos tradicionales básicos para crear, lo que son el espermatozoide y el óvulo, porque hoy día podemos decir que se puede crear vida humana sin que exista una concepción.

Entonces, ahí ha entrado todo este gran tema de que, obviamente, los romanos, ni siquiera juristas, ni los médicos, ni mucho menos, los juristas romanos, pudieron prever, y que hoy en día nosotros nos enfrentamos a esta situación.

La pregunta que yo me haría, sin entrar al tema técnico, que lo van a tratar los demás expositores, es si la vida se inicia en un momento exacto, preciso, cronológico. O si la vida es un proceso, es un devenir, y que no podemos nosotros establecer cuánticamente un momento exacto.

Ya un genetista, Jérôme Lejeune, dijo justamente eso, que desde el punto de vista del sentido prohumano y un sentido de bioética natural, debemos entender que la vida humana es un proceso biológico que se va a entender que se produce cuando están presentes todos los ingredientes necesarios para poder considerarla.

Pero, también, ahí tenemos, pues, un criterio tremendamente técnico, tremendamente amplio, más que técnico en sí.

Pero, frente a esta situación, que es el aspecto biológico, a nosotros nos interesa saber, pues, el aspecto jurídico.

Sabemos nosotros que la vida no es necesaria, fundamentalmente, para la existencia de una relación jurídica, porque sabemos que hay derechos que no necesitan vida para existir. Que, basta que hayan tenido un titular en su momento para que, luego, puedan seguir siendo protegidos estos beneficiarios de estos derechos.

Por ejemplo, estamos hablando de los derechos de quien en vida fue, el *de cuius*, que van a ser ejercidos, respetados, asegurados por los herederos. Es lo que se conoce como la protección pretérita de los derechos de aquél que fue persona.

Entonces, por ejemplo, el derecho a la voz, el derecho a la imagen, el derecho a las memorias, el derecho a la intimidad, son derechos perpetuos, que no dependen de esa condición básica y esencial que requieren otros

derechos que es la vida. Porque, claro, desde el punto de vista jurídico, siempre entendemos que la vida es la *conditio sine qua non* para las relaciones jurídicas y para las situaciones jurídicas.

Pero, siendo, digamos, realistas, podemos ir mucho más allá de eso.

Ahora, somos conscientes también de que, desde el punto de vista de instituciones jurídicas, por ejemplo, el derecho de sucesiones, se construye justamente como consecuencia de la finiquitación de la vida, para determinar la transmisión natural o la posesión natural de los bienes del *de cujus* a los herederos.

Entonces, finalmente, el tema del inicio de la vida, o de la vida, no debemos nosotros tratarlo, básicamente, como esta situación básica o fundamental o específica, porque siempre la hemos considerado así.

Hoy en día se ha tendido, básicamente, a referirse, más que a la vida, a la existencia. Se ha tratado de dar una nueva terminología a esta cualidad biológica del ser humano, y además de eso, hoy en día no sólo se habla de la vida como inicio, sino como el derecho a la vida como inicio, sino que hoy se habla, por ejemplo, del derecho a sobrevivir que tienen los embriones criopreservados, que se les ha limitado su existencia, a través de proceso de criopreservación para, en su momento, activársele nuevamente la vida para poder, en su momento, ser trasplantados al seno materno para que concluyan con una gestación.

Entonces, para concluir y dar pase a los demás expositores, vamos nosotros a entender que el Código Civil hace bien de tratar de manera genérica esta situación acerca del inicio de la vida, y dejar a la doctrina y dejar a la jurisprudencia, y dejar a la casuística lo mejor de ella para poder dar una respuesta clara y sincera a este tema.

Nuevamente, agradecerles la invitación y un fuerte abrazo, mi querido Mario.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Enrique. Un gran abrazo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, profesor Enrique Varsi.

Ahora vamos a darle la palabra al profesor Marco Torres Maldonado, que, como ya dijo el profesor Humberto Montoya, es abogado asociado de Rodríguez Angobaldo Abogados.

Marco Torres Maldonado: Bien, buenas tardes con todos.

¿Qué tal? ¿Cómo están todos? En principio, quiero empezar agradeciendo a Milo y a Roger por la invitación y la iniciativa que han tenido para realizar este congreso en homenaje a una de las personas que más admiro y ha sido muy importante, finalmente, quien ha sido muy importante en mi formación como joven profesor e investigador en materia civil y en derecho civil, que es el profesor Mario Castillo Freyre, quien allá por el año 2013, recuerdo que me dio la oportunidad, básicamente, de ser parte de su estudio de abogados. Fui su practicante en el Estudio en materia civil y en arbitrajes, y desde ese momento, como que fue surgiendo mi vocación; se fue consolidando mi vocación, tanto en la investigación del derecho civil, porque el profesor Mario Castillo, y eso quienes lo conocemos muy bien, saben que él da la oportunidad o brinda la posibilidad de que las personas allegadas vamos a escribir e investigar juntos, y a veces había domingos o sábados que nos íbamos al Estudio a buscar en la biblioteca de varios pisos, para hacer una investigación seria, sólida, rigurosa.

Y aparte, en eso yo le estoy siempre muy agradecido, y siempre se lo digo, lo valor mucho porque fue mi primer guía en mi formación preprofesional.

Es decir, ahora, como abogado litigante en un estudio que se dedica a eso, tanto en procesos judiciales y arbitrales, la formación del profesor Mario ha sido fundamental en todo eso.

Entonces, cuando Milo me comenta y me da la invitación hace como dos semanas, creo que el correo lo respondí en menos de cinco minutos,

porque además de que tenía la *laptop* por el trabajo, sabía que era una buena oportunidad para eso.

Y aparte, también está aquí, y esto es muy emotivo, porque está presente también Enrique Varsi que, como saben todos, es mi guía, tanto en la formación académica y también profesional.

Creo que en mi formación son las dos personas a las cuales yo admiro, reconozco y siempre me han inspirado en mi formación como civilista.

Entonces, y nada, ahora, cuando me convocaron para esta mesa, me dijeron que el tema tenía que ver con derecho de las personas, el derecho a la vida, estaba interesante la problemática, ya Enrique ha planteado muy bien la cuestión que existe.

Y, claro, efectivamente, como dice, la discusión en torno al derecho a la vida, que el profesor Carlos Fernández Sessarego, siempre lo ha reconocido como un derecho fundante; es un derecho madre se dice porque justamente es el derecho que permite que un sujeto pueda conferirse los otros derechos que existen.

No se puede hablar, como siempre digo, de imagen, no se puede hablar de privacidad, de derecho al honor que tiene una persona, si previamente no estamos ante un reconocimiento existencial.

Y ese reconocimiento existencial te da el derecho a la vida. Es como el presupuesto, la esencia por la cual, luego se fundan otros derechos.

Y, claro, aquí tenemos el gran artículo 1 del Código Civil que establece que esto inicia con la concepción.

Al respecto, no quiero incidir tanto en sí mismo en el derecho a la vida, porque eso daría para hablar de más cuestiones, y de repente algunos de los ponentes quieren entrar a este tema.

Sí tenemos, como todos saben, una sentencia del Tribunal Constitucional que, con ocasión del caso de la píldora del día siguiente, que analiza, básicamente, las teorías que ha mencionado Enrique, en torno al inicio de la vida, desde la teoría de la fecundación, la teoría de la anidación, la implantación, y, finalmente, la teoría, incluso, que se plantea en otros ordenamientos, de la denominada formación del sistema nervioso central.

Hay personas que consideran que esto, incluso, ahí recién se podría afirmar que estamos frente a un sujeto digno de tutela del derecho a la vida.

Hacen un argumento un poco *contrario sensu* del fallecimiento, de la pérdida de la vida, que es con la muerte cerebral y, por ende, dicen un argumento en contrario, el inicio debería ser... no es tan sólido, creo; hay premisas para cuestionar esto. Pero, finalmente, son teorías. Son planteamientos que se dan en torno al inicio de la vida.

Y mi comentario rápidamente va a estar más orientado, y a propósito, justamente, de este homenaje al profesor Mario Castillo, algo que en su momento tuve la oportunidad de investigar junto con él, y escribir, incluso, un artículo que tiene que ver con la problemática de la maternidad subrogada en el Perú, y cómo la vinculación que tiene el tratamiento del concebido con el derecho a la vida.

Y lo voy a plantear a partir de un caso para hacerlo un poco más dinámico y para tampoco no desarrollar tantas cuestiones teóricas en este espacio. Y todos conocemos que existe dentro del conjunto de técnicas de reproducción asistida, esto que se denomina como la «maternidad subrogada» o «útero subrogado». Algunos más lo denominan «vientre de alquiler». No es exacto eso.

El Informe Warnock define a esto, básicamente, como la situación en la que una persona gesta por encargo de otro, y ésta se compromete a que al momento del término de la gestación y del nacimiento del niño, se entregue a éste.

Entonces, claro, en el Perú hay autores clásicos que han cuestionado siempre que este acuerdo de maternidad subrogada sea válido.

Cuando escribimos con Mario esto, hace varios años, 2013, aproximadamente, 2014, fuimos de las personas que defendimos que estos acuerdos en sí mismos, son válidos. Es decir, nosotros, el análisis que hicimos a partir del Libro II de Acto jurídico, no debería estar afectado por ningún vicio de nulidad o de anulabilidad, sino que en sí mismo el acuerdo era válido.

Y lo cierto es que, finalmente, cuando hace más allá de las cuestiones teóricas, el traslado al aspecto práctico, lo cierto es que, en el Perú y en cualquier lado del mundo, se realiza ese tipo de temas.

Y uno de los casos que quiero plantear y hacer el análisis con el derecho de vida muy rápido, es este caso del 2006.

No voy a decir ni el nombre ni el apellido de la persona para no identificarla, vamos a denominar a la señora como la «señora Juana» y esta señora Juana, en algún momento tuvo un tema de una insuficiencia renal, tuvo un problema con una hipertensión arterial que le impedía, siempre, médicamente, poder gestar.

Y nuestra amiga Juana estaba casada con el señor, supongamos, Luis. Entonces, Juana casada con Luis, y Juana tenía ese diagnóstico médico que siempre le impedía gestar en sí misma, y por ende, más allá de que pueda producir sus propios óvulos, no podía llevar a cabo una gestación.

Y en ese contexto, con su médico de cabecera, en una clínica de Lima, le sugiere el propio médico ver una posibilidad de que exista una persona que pueda gestar por encargo de ella y su pareja, su esposo Luis.

Entonces, finalmente, aparece y este caso en la Academia, lo conocemos en el Perú como el caso de «la madre abuela», porque, claro, quien se ofrece de manera voluntaria y altruista y responsable, es la mamá de Juana, y claro, y va a gestar el hijo de su hija; y, por ende, va a ser al mismo tiempo, tanto, madre gestante, pero también iba a ser la abuela del menor.

Finalmente, se lleva a cabo el proceso de gestación, da a luz y el tema se judicializa en su momento, porque, claro, cuando da a luz, la enfermera, al momento de consignar los datos de identificación en la partida de nacimiento de la menor, se consigna como madre a quien está dando a luz, y quien estaba dando a luz era la abuela de la menor, y se consigna como padre a nuestro amigo Luis.

Entonces, eso generó todo un proceso judicial y la impugnación de maternidad. Y en ese proceso es que, justamente, no se analiza, pero como que sí hay una cuestión de hacer que, de estos acuerdos de maternidad subrogada, porque lo que el juez advierte por un fin estrictamente altruista y solidario, la abuela había gestado por encargo de su hija y sin ningún problema.

Pero, el tema yo lo quiero vincular con el derecho a la vida, que es la temática del panel, porque en este proceso judicial, el juez toma conocimiento de que existían tres embriones que estaban crío conservados en la clínica en Lima, y al momento de resolver este caso y al decir que corresponde que se rectifique el apellido de la menor, también se pronuncia sobre la situación de esos tres embriones crío conservados y expresamente dice que esos embriones, lo ha dicho Enrique en su exposición, indistintamente, se trate de embriones que están en el útero de la mujer o fuera del útero, sean exútero, finalmente, son titulares del derecho a la vida, y tienen que realizarse mecanismos para que se garantice ese derecho a la vida.

Y lo que dice el juez es que, respecto a esos tres embriones que están crío conservados, expresamente señala y les otorga un plazo, incluso, de dos años para que, en este caso, la pareja, tanto Juana como Luis, en nuestro caso abstracto, hagan efectivo el derecho a la vida de esos tres embriones que estaban crío conservados y que están con una fecundación *in vitro*. Y, claro, que están vivos, pero que están congelados en esta clínica en Lima. Incluso, le da posibilidades la sentencia, porque le dice puede ser mediante una implantación en el vientre materno y esa posibilidad siempre se va a descartar por el propio diagnóstico médico que tenía Juana; o la sentencia, incluso, dice o por subrogación de vientre de tercera persona sin fines de lucro.

Entonces, de esa manera, claro, dicen si es que no se utiliza dentro del plazo de dos años, se podría dar en adopción.

Y es, finalmente, algo que también existe, que es la adopción de embriones crío conservados.

Entonces, de esa manera, se busca un poco a partir de esta sentencia, luego han venido las sentencias, ya que analizan más la problemática de la maternidad subrogada, y se trata de garantizar el derecho a la vida, y como sujeto de derecho especial, ostenta el concebido.

Entonces, es una sentencia muy interesante; es una sentencia de las primeras que tenemos en el Perú, de maternidad subrogada, y fue, justamente, analizada con ocasión de este trabajo que ahora lo traigo a colación, a propósito de este congreso en homenaje al profesor Mario Castillo, porque investigamos, justamente, sobre este tema, la maternidad subrogada, y la validez que deberían tener estos acuerdos en el Perú.

Entonces, la temática da para más, no quiero tampoco, de todas maneras, tomarme más tiempo, por tanto, les abro yo el panel. Luego, han venido otras sentencias, hace un par de años hemos tenido más sobre maternidad subrogada y esos acuerdos, los cuales, incluso, implícitamente, reconocen su validez a nivel negocial, pero están.

Entonces, nuevamente, quiero cerrar agradeciendo a Milo y a Roger, y en especial, al profesor Mario Castillo Freyre, a la doctora Laura Castro, que está conectada, a Marito, su hijito, por las enseñanzas, en sí, en mi formación, y como siempre le digo cuando tengo oportunidad de escribirle algún mensaje, le agradezco y eso lo voy a hacer hasta cuando esté presente por haber despertado y consolidado mi vocación y mi formación como civilista.

Finalmente, yo creo que, y esto pasa mucho y con esto cierro, a veces las personas nos ponemos máscaras, o se ponen máscaras, y muchos deben identificar al profesor Mario Castillo Freyre como investigador, como aca-

démico, y se quedan ahí. Yo digo, las personas que no tienen un trato tan directo con él, no llegan a conocer a la persona que está detrás.

Y, cuando uno empieza a quitar los títulos y los grados académicos, y se queda realmente con la persona que es Mario, uno realmente termina sorprendiéndose más por esta calidad humana que tiene, por la actitud que siempre nos planteaba en el Estudio cuando trabajábamos con él y por ser siempre y, sobre todo, una buena persona, que es lo más importante que creo todos tenemos que buscar y aprender.

Entonces, nada. Muchas gracias, profesor Mario Castillo Freyre, a todo el panel, y conmigo será hasta otra oportunidad. Estaré aquí conectado escuchando las demás ponencias.

Gracias, Milo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Marco, por tu excelente exposición.

Ahora vamos a darle el uso de la palabra al profesor Thiago Rodovalho dos Santos. Como se dijo, es profesor en la Universidad Católica de Campinas, además de un destacado exponente del derecho civil brasileño.

Adelante, Thiago, muchas gracias.

Thiago Rodovalho dos Santos: Muchas gracias a todos.

Comienzo agradeciendo mucho al profesor Milo y al profesor Roger Vidal por la organización y por la gentil invitación.

Esto es para mí una participación muy especial. Éste es, seguramente, uno de los congresos más especiales en los que puedo participar porque es un justo homenaje a un gran maestro de todos nosotros, que es el profesor Mario Castillo Freyre.

Entonces, acá me gustaría mucho aprovechar el momento para decir algunas palabras al profesor Mario Castillo.

La vida, muchas veces, en su valor y su tiempo, con trabajo y con las distancias, nos roba muchas veces las oportunidades de brindar un justo homenaje en vida, de las oportunidades de decirle a una persona de nuestra admiración. Entonces, este justo homenaje, este justo tributo que se hace al profesor Mario Castillo, que es una oportunidad de decirle a él de mi muy profunda admiración, no sólo profesional, sino también mi admiración personal.

Entonces, es un gran honor y un gran placer estar aquí y participar de este congreso. Estoy con una de sus obras; una obra que me gusta mucho porque tiene su aporte que es el *Tratado de derecho de las obligaciones*, con el profesor Osterling, y que lo uso mucho acá en Brasil, que es un norte, una fuente muy segura de consulta y de aplicación en la legislación brasileña.

Todo esto es un congreso para mí muy especial. Entonces, profesor Mario Castillo, reciba mi fraterno abrazo de Brasil. Un abrazo que me gustaría mucho dárselo en persona, pero, en estas circunstancias del Covid, no es posible.

Ahora bien, con relación al tema del congreso, el tema que nosotros estamos tratando, me gustaría enderezar algunas problemáticas, algunos temarios, muy corto. No voy a tomar mucho tiempo, especialmente, con mi portuñol, que está un tanto terrible.

En el derecho brasileño nosotros tenemos una posición en gran medida muy cerca con el derecho argentino, con el derecho de muchos países de América Latina y de Europa.

Lo que dice el derecho brasileño: «que la personalidad civil, o sea, la adquisición de la personalidad se recoge con el nacimiento con vida, con el desprendimiento de la madre», pero la ley eso y los decires de nuestro Código, pone a salvo; protege todos los derechos del no nacido desde la concepción.

Entonces, esto es un punto que me gustaría enderezar, porque esto está claro, como dice el profesor Enrique Varsi, en un debate muy singular y, probablemente, un debate que no se va a terminar, que es sobre el derecho de la vida.

Acá en Brasil esto es un debate siempre muy polémico y siempre muy presente que lo tenemos, pues siempre pasa, por ejemplo, por el problema del aborto acá en Brasil.

Y como en el derecho argentino, nosotros tenemos tres posibilidades de aborto acá legalmente autorizados por el ordenamiento jurídico de Brasil, que es uno es cuando no hay consentimiento en un acto de degeneración, un acto de violencia y en estos casos se permitiría el aborto.

Un segundo caso es, en la circunstancia cuando hay un riesgo en la vida de la madre. Entonces, en estos casos tenemos una persona en riesgo, y en estos casos se le ha permitido el derecho al aborto.

Y un tercer caso es cuando no hay probabilidad de vida del no nacido. Hay una malformación que impide que ese no nacido pueda nacer con vida, como es el caso de no tener una masa encefálica; no hay cerebro.

Entonces, estos son los tres casos, pero lo que me gustaría decir aquí es otro punto que dialoga con eso, que es el ámbito de protección del no nacido.

Acá, en Brasil, por ejemplo, nosotros reconocemos; la ley reconoce el derecho a existir del no nacido; el derecho a nacer del no nacido. Esto para, por ejemplo, con los alimentos que son debidos a la madre embarazada. Por ejemplo, ¿por qué los padres tienen que pagar alimentos para la madre embarazada? Porque hay un derecho del no nacido que va a existir; va a nacer. Esto es una demostración de la protección jurídica, y eso que no hay una completa adquisición de la personalidad jurídica.

En este segundo aspecto, un caso muy interesante que tenemos, uno que ha pasado en Brasil, en un pasado muy reciente en Brasil, que era en un caso en que una broma; una muy mala broma con una madre y su hijo; ahí se ha discutido si su hijo podría demandar lo de la morada, lo que hay en la hoja objetiva del hijo que no había nacido, y el juez brasileño ha admitido la posibilidad.

Y este caso lo que demuestra es que los nacimientos con vida, con el desprendimiento de la madre hay una adquisición completa, plena de la personalidad jurídica. Pero esto no significa que no haya una adquisición parcial de la personalidad jurídica de los no nacidos durante la gestación.

Algunos aspectos de la personalidad jurídica son tutelados, son protegidos en el ordenamiento jurídico y de los conceptos; y esto incluye el derecho a existir, puede ser con los alimentos y alguna protección también a algunos aspectos del derecho de personalidad o la honra del no nacido. Esto, muchas veces, puede ser atacado injustamente como fue en el caso de una broma, sin adentrar aquí en la discusión en torno de la libertad de expresión o de otra libertad.

Estos son dos aspectos que me gustaría tratar acá que para ley de la discusión en torno de la adquisición de la personalidad jurídica o dentro de la protección puede ser algo diferente, pero hay un momento de protección muy diferente durante la gestación.

Y esto parece un poco incompatible con la defensa de que no hay ninguna personalidad jurídica para los no nacidos, algunos de los aspectos parciales de la personalidad jurídica sólo adquiridos desde la concepción. Y esto impacta toda la discusión que tenemos en torno del aborto y en torno del derecho del no nacido.

A ver, éstas eran las palabras que me gustaría hablar sobre el tema, y más de una vez agradecer mucho al profesor Milo, al profesor Roger Vidal por la iniciativa, por la oportunidad, por el *convite*, y me interesa a mí dar un fraterno abrazo al profesor Mario Castillo Freyre, manifestar más de una vez mi gran honor y gran placer de participar de un congreso que le presta este justo homenaje que me gustaría hacer a esta persona.

Reciba mi abrazo fraterno desde Brasil, a usted maestro de todos nosotros.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Gracias a ti, querido Thiago. Un abrazo. Gracias.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, apreciado Thiago. Esperamos pronto tenerte por Lima.

Ahora vamos a escuchar las palabras del profesor Juan Carlos Palmero, quien es expresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Adelante, profesor Palmero. Muchas gracias.

Juan Carlos Palmero: Antes que nada, quiero agradecer, fundamentalmente, la invitación que se me ha formulado para participar en este importante evento científico, y sobre todas las cosas, empezar mis palabras rindiendo un justiciero homenaje a Mario Castillo Freyre.

Quiero expresar esta explicación porque creo que nada ha sido más justo que este homenaje a Mario Castillo Freyre porque, evidentemente, que escuché todos los elogios que le hicieron con anterioridad, pero la palabra que me quedó siempre presente fue la palabra «generosidad», porque realmente, solamente la generosidad de Mario puede explicar su vocación por la docencia cuando está requerido por tantas exigencias de tipo profesional, de tipo científico y de tipo de investigación y de publicaciones, todavía dedicar un tiempo a formar la juventud, es realmente destacable. Y por eso creo que este homenaje es justiciero y me sumo con el mejor de los placeres.

Quisiera decir también que para tratar este tema, quisiera recordar, de alguna manera, a un gran jurista peruano que fue Carlos Fernández Sessarego. Escribió mucho sobre estas cuestiones y fue el que, en definitiva, en muchas oportunidades, marcó rumbo, sobre todo en un tema tan cambiante, que yo diría que tiene una evolución historiográfica, porque según el momento en que se encuentra la evolución de las ciencias naturales, es como va a ir respondiendo el derecho en sus distintos institutos que pueda construir al respecto.

Y me llama especialmente la atención, y quiero, en ese sentido, elogiar, de alguna manera, el título que congrega a este panel. Y sé que no dice «distintos conceptos sobre el comienzo de la vida humana y su protección por el derecho», sino que dice: «Novedades sobre el comienzo de la vida humana y su protección por el derecho». Es decir, plantea esta dicotomía, que es el gran problema actual entre vida humana y derecho. Es decir, si la vida humana *per se* importa la adquisición de la personalidad como sujeto de persona física, persona humana, o si puede escindirse este concepto, y que primero exista la vida humana, y después como un hecho posterior, aparezca, diríamos, la persona.

Esto... acá lo citaron a Kelsen, no es novedad, hace muchísimo tiempo hay gente que quiere establecer; por ejemplo, nosotros tuvimos un gran jurista de Argentina, que se llamaba Alfredo Orgaz, que ya en la década del cuarenta decía que el concepto de persona es un concepto técnico, esencialmente, técnico, y que, por lo tanto, es independiente de un supuesto físico que lo sustenta, y ponía de ejemplo el caso de la esclavitud, de gente que era plena desde el punto de vista psicofísico, y, sin embargo, no era persona. Tenía totalmente vedada la posibilidad de ser considerada persona. Entonces, no hay una correlación necesaria de vida humana y persona.

El problema es que en la evolución de los tiempos hay dos posiciones que son claras y muy precisas. Para unos la vida humana empieza con la vida humana, automáticamente, empieza el concepto de persona. No puede escindirse la vida humana del reconocimiento de la personalidad; están íntimamente unidos como un hecho psicofísico jurídico que da lugar al sujeto de derecho capaz de entablar relaciones jurídicas.

La otra posición, en cambio, es la que sostiene una diferenciación entre vida humana y persona. Primero empieza la vida humana en varios aspectos, o progresiva o en distintas manifestaciones, y después recién aparece la persona, al finalizar en un estadio de este proceso.

Y esto ha dado lugar a múltiples problemas, y yo diría que por qué me refería a que se trata de un problema historiográfico, según la etapa en que uno se encuentra, van dándose soluciones diferentes.

Y voy a hacer un breve recuento en el derecho comparado de cómo se fue resolviendo este problema de la contradicción entre vida humana y persona.

Fíjense, en el derecho romano el *nasciturus* era confundido con una parte del vientre de la madre, con las entrañas maternas; es decir, no había diferenciación entre la persona y el *nasciturus*. Por eso, es que la única manera de concebir el concepto de persona era con el nacimiento con vida.

Pero, esto empezó a tener una cantidad de objeciones, fundamentalmente, en el caso de las ejecuciones que se suspendían cuando la que era el sujeto pasivo de la pena debía estar embarazada, se empezó a reconocer que había algo antes del nacimiento. Y así, en la evolución de los tiempos, aparecía aquella hermosa teoría del monstruo y del prodigio que dio lugar a establecer estas consideraciones que estamos hablando de estas teorías que hay sobre la vida.

Pero, fue fundamentalmente a partir de los estudios de Teixeira de Freitas, cuando fue el primer jurista latinoamericano capaz de crear una teoría general de la persona jurídica, que elaboró esta concepción ya, ciertamente, clara, en la cual la persona humana empieza al momento de la concepción.

Es decir, cuando nosotros advertimos nuestro viejo Código Civil, que había tomado al pie de la letra las enseñanzas de Freitas, dice que la persona humana no es un hecho potencial, sino que ya existe al momento de la concepción.

Si la concepción pasa a ser ahora el otro centro capaz de generar esta circunstancia del nacimiento de la persona humana.

Es decir, el concebido es persona, no persona futura, sino persona presente. No es potencial, sino ya es una realidad, y ahí se produce una simbiosis entre vida y personalidad; entre vida y sujeto de derecho.

Lo que pasa, andamos en el tiempo y aparecen dos hechos fundamentales, uno es el caso famoso de *Robert vs. White*; el famoso fallo que habilitó el aborto en los Estados Unidos.

Si ustedes leen los considerandos del juez Blackmun en el fallo, donde establece el principio de los intereses relativos, según estos conflictos de intereses entre la libertad de la mujer para llevar adelante su embarazo y el derecho del nasciturus de nacer con vida, tanto es así que él dice que «Yo he buscado en el derecho norteamericano alguien que me defina qué es lo que es «persona», y no lo he encontrado en ningún lado. Entonces, como no le he encontrado en ninguna disposición legal dónde comienza la persona, yo como juez de la Corte digo que la persona empieza cuando tiene viabilidad. ¿Y cuándo tiene viabilidad? Tiene viabilidad cuando ha llegado al sexto mes de embarazo y el sexto mes de embarazo se genera la posibilidad de una vida autónoma. ¿Por qué? Porque trasladado a un pulmón; trasladado a una incubadora, puede tener vida propia.

Entonces, dice que hasta el mes sexto no es persona. A partir del mes sexto, como ya tiene autonomía a partir de esa oportunidad, ya tenemos que reconocerle como persona.

Fíjense que el fallo se dicta mucho antes que una serie de investigaciones que han venido con posterioridad.

Después, el último concepto de persona es la persona empieza con la implantación; es decir, con la inseminación en el útero. ¿Por qué? Porque vino el famoso tema de Louise Brown, es decir, el bebé probeta, donde se vio la posibilidad de que la concepción se disociara del hecho natural y apareciera en probetas.

Entonces, ahí no más surgió la primera duda: ¿cuál es la naturaleza jurídica de este embrión extracorpóreo? ¿Qué hacemos con esta vida humana potencial que está afuera del seno materno, y que, por lo tanto, una vez que está implantado, pasa a ser el proceso biológico del crecimiento, pero antes es una célula que tiene en sí misma toda la potencialidad del crecimiento, pero, evidentemente, está disociado?

Este hecho plantea, entonces, la necesidad de una serie de posiciones. Fue el intento que quiso hacer nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación, antes de la modificación del artículo 19 del comienzo de la vida, que establecía una diferencia en el comienzo de la vida para, en los casos comunes, la concepción. Cuando se trataba de un caso de reproducción humana asistida, entonces, la vida comenzaba desde la implantación. Es decir, desde el momento en que ese embrión hubiese sido aceptado por el útero materno, y hubiera iniciado el proceso de gestación.

Pues, fíjense, ahí tenemos claramente las cuatro posiciones. La personalidad empieza con el nacimiento; la personalidad empieza al sexto mes de embarazo; la personalidad empieza con la concepción; o la personalidad empieza con la implantación. Los cuatro criterios que van respondiendo a situaciones de la evolución de la ciencia médica de cada momento.

En el caso del Código Civil argentino que había tomado a la letra al artículo 35 del esbozo de Freitas, tenía una definición de persona física; decía: «aquella que presentase signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades accidentales». Y la doctrina argentina había sido muy crítica con esta definición, diciéndole que, en realidad, importaba una tautología, porque definía la persona humana repitiendo el concepto de humanidad. Es decir, definía el predicado, se confundía con el sustantivo, por lo tanto, era una definición que no respondía, ni siquiera al momento actual en que se vivía, y al mismo tiempo, era deficiente desde del punto de vista técnico.

Por eso es que el nuevo Código deroga al artículo 51. Sin embargo, yo creo que este tema fue un error, porque se olvidaron de lo que pasó con la evolución en el estudio de la definición científica del género humano.

Acá hay un estudio de Craig Venter y de James Watson que se llama *El mapa de la vida*, que llega a lograr determinar con total precisión los 26,345 genes que tiene el género humano.

El género humano hoy tiene una definición científica, a diferencia de lo que pasaba antes de esta situación, cuando el género humano tenía una

definición cultural, o si se quiere, filosófica, pero no tenía una definición científica.

Por eso que los que hemos defendido la vieja definición de Vélez, que era, en realidad, la definición de Freitas, que la habían tomado al pie de la letra. Freitas, en la Argentina sirvió mucho.

Esa definición permitió que los Down fueran respetados; esa definición permitió que los indios fueran tratados como seres humanos, porque tenía una connotación de igualdad.

Las enfermedades que podían existir en ese momento, podían generar este tipo de situaciones. Entonces, no había molestia de que, en realidad, se sacara esa definición. Sin embargo, se entendió que era una antigua ya, y que había que había que sacarla.

Pero, ¿qué pasa? Le llaman persona humana. Al decirle persona humana, vuelve nuevamente a plantearse lo que hemos dicho. Hoy, el concepto de humanidad es un concepto cultural; es un concepto científico.

El género humano es perfectamente definible desde el punto de vista científico. Tanto es así que acá viene lo importante del tema. Es que, si yo tomo un embrión, me va a dar exactamente el ADN en su calidad, en su cantidad, por los genes, va a decidir su origen, incluso, porque hasta hay genes que le permiten identificar sus antepasados; le va a definir el sexo también.

Y, además, en el estado de blastocitos, que es capaz de pasar hacia el útero materno, es decir, al momento de la implantación tiene dos tipos de células: trofoblastos y embrioblastos. Y el embrioblasto tiene todos los órganos del ser humano en potencia, a punto tal que la medicina está trabajando, fundamentalmente, sobre esa parte del blastocito, en el embrioblasto, porque ahí puede entrar a lograr la regeneración de partes del cuerpo humano que pueda el día de mañana sustituir un órgano que esté enfermo.

Entonces, fíjense ustedes cómo fue variando de situación. Hoy, el comienzo de la vida es un hecho científico. Después vendrán otras consideraciones si esa identificación absoluta de la vida con la persona es correcta o no, a la luz de la contraposición de dos principios que pueden estar contrapuestos.

El principio vida humana, que algunos lo consideramos como el principio superior y a otros que dicen que hay que cotejarlo este principio que no es absoluto con el principio de libertad, por ejemplo, el principio de libertad de la mujer para poder decidir su vida y de disponer si realmente va a seguir adelante el embarazo, y hacer una contraposición, y esto es según el interés; los intereses contrapuestos del proceso de la evolución de la gestación.

Pero, básicamente, hoy no hay más discusión de cuándo es que empieza la vida, porque cualquier científico que le dice: «haga un ADN de este tema», se resolvió. Y la prueba es evidente que ha sucedido en la jurisprudencia.

No tengo el dato preciso de la cita, pero sí tengo la referencia completa de un ginecólogo inglés que le pasó a uno de estos médicos que guardan embriones, que la secretaria le había generado una confusión en el tubo que conserva los embriones crío conservados, y tenía que ponerle un segundo embrión a una pareja y no sabía cuál era, y le hicieron el ADN, y con el ADN supieron perfectamente bien cuál era el que correspondía.

Es decir, ya el embrión tiene una identificación absolutamente clara.

Ahora, de ahí a reconocerle o no como sujeto, es un segundo problema que se plantea; y, por lo tanto, yo creo que las novedades que van a existir en materia de protección y de manejo, son, precisamente, en este grupo de vida humana con autonomía suficiente para poder desenvolverse, pero que está fuera del ámbito materno. Y, por lo tanto, ahí pueden empezar.

La ingeniería genética de modificación de embriones, agregarle genes ajenos, agregarle genes que vengan, incluso, del reino animal, que puede

ser. No se olviden que con el chimpancé tenemos, apenas, un 2,6% de diferencia en número de genes. Es menos de lo que hay entre dos especies animales, como pueden ser los burros con los caballos.

Es decir, estamos ahí en el límite. Ya se están estudiando, por ejemplo, en el corazón válvulas que pueden venir de los cerdos. Es decir, el género humano tiene una definición científica que lo diferencia de otros, en serio, los diferencia de los chimpancés; lo diferencia de los gorilas; lo diferencia de todos los animales que hay, incluso, de las plantas. Cada uno tiene su ADN; tiene su código genético.

Entonces, eso ya no está en discusión. Lo que sí está en discusión es en qué momento se le reconoce el concepto de persona. Y ahí viene el tema.

Pero, ¿quién es el que va a tener el problema? Porque si yo le reconozco el concepto de persona, los que pensamos que en la vida humana de por sí está este derecho, esta dignidad con el solo hecho de nacer; este soporte psicofísico le da la dignidad suficiente de tener este derecho esencial, que es el derecho a nacer, que no se lo puede quitar nadie. Es el primer derecho que puede tener el hombre: derecho a nacer.

No tenemos necesidad de seguir viendo qué medidas de protección; quiénes son los que van a tener problemas de la protección de la vida humana.

Van a ser, primero, los que tienen embriones extracorpóreos y van a ver si aceptan o no el tema de la ingeniería genética o de la modificación que pueda haber de los exámenes preimplantados.

Van a tener problemas de identidad cuando existen donaciones anónimas que es todo este tema de la maternidad subrogada que lo han tratado precedentemente, que nosotros, se incorporó, pero fue sacado a último momento del Código, y se vedaba la posibilidad del que nace por las técnicas de la fertilización asistida pueda conocer su origen genético.

Eso, además de violar principios generales de los tratados internacionales, si ustedes ingresan dentro de la jurisprudencia que ha recogido el senado francés, respecto de las éticas que giran en torno a estas modificaciones, ha descubierto que hay más de ochenta testigos que han tenido graves problemas por ignorar quién ha sido su origen genético. Porque, fíjense que el adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos y el que nace de una donación anónima, no tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos.

Ése es un problema muy grave que no está resuelto, porque si se va a aceptar la maternidad subrogada como fórmula de superar la infertilidad social; es decir, la consecuencia de los matrimonios homosexuales o del mismo sexo, que necesariamente van a tener que hacer alguna de estas cosas, entonces, acá viene un problema muy serio, que es el de la identidad de esta persona.

¿Qué hacer con todos estos embriones que quedan conservados y que están sometidos a congelamiento? Esos embriones van a pasar a investigación; se van a destruir.

Se descubrió en Inglaterra, por ejemplo, que un ginecólogo tenía más de cien embriones de los que él era el dador, y después, bueno, ¿qué?, ¿está bien eso?, ¿está mal? ¿La ética puede participar de esto? ¿Habrá que sancionar una ley de protección de la vida antes de ser persona? Porque una vez que es persona ya está protegido por todo el sistema de derechos humanos. Pero, antes de ser persona, la vida humana tiene que tener un sistema de protección que yo creo que es el gran problema.

Por eso es que me parece muy atinado el título de este panel que, en realidad, coloca el tema en su lugar justo. No es los que identificamos personas con vida humana, porque, al ser personas ya están protegidos por todo el sistema.

Los que van a tener que proteger la vida humana son los que creen que hay una disociación entre la vida humana y la persona, y hay muchos; yo apenas he enumerado unos cuantos. Fíjense que en la maternidad subrogada acaban de salir estudios en Estados Unidos, de que las madres sustitutas, aun

sabiendo claramente que están cumpliendo un contrato a título oneroso, y por el cual saben que exactamente ese hijo no va a pertenecer a ellas, sino que tienen que entregarlo como consecuencia de los contratos que han firmado; sin embargo, han tenido serios problemas psicológicos después, que les queda como un remanente. Es un tema nuevo que habría que analizar.

Entonces, tienen la identidad, tienen la ingeniería genética, tiene este tipo de cuestiones, tiene una serie de situaciones que se plantean donde hay necesidad de conocer la relación que pueda existir con una persona que llegue a tener un parentesco o que pueda hablarse del incesto, eventualmente.

Es decir, hay muchos temas de protección de la vida humana, si es que no lo identificamos con la persona. Y, entonces, yo creo que esto va a ir variando cada día; todos los días va a ir variando, y si ustedes estudian los estudios que hace el senado francés, que va nombrando una comisión investigadora que analiza cada avance que hace la bioética; cada avance que hace lo estudia después: ¿qué?, ¿cuáles han sido los resultados de la realidad?

Hoy han encontrado, por ejemplo, que esta situación de las donaciones anónimas para hacer la maternidad subrogada, está teniendo graves perturbaciones sociales. ¿Por qué? Porque cuando llegan a cierta edad, se presentan al juez y le dicen: «Mire, tengo una depresión porque no sé quién es mi padre». El juez le autoriza a conocer quién es el padre. Está bien, no tendrá derechos hereditarios, no tendrá ninguna vinculación de los otros derechos que sí surgen de la paternidad, pero se le presenta a una familia que está constituida y organizada con otros hijos, este personaje que viene dice: «yo también soy hijo», y crea graves perturbaciones que están generando la aparición de estos hijos de donaciones anónimas, y no digamos cuándo es el propio óvulo el que es materia de donación, y, por lo tanto, la madre se presta a entregar un hijo propio, que sucede en algunos casos.

Y, por último, hay un problema central también en todo este tema: ¿cómo vamos a mantener la gratuidad frente a un sistema abierto de fertilización asistida? ¿Cómo se va a mantener la gratuidad?

Yo pienso que, supongamos, y lo estoy viendo ya en las clínicas, porque en la Argentina, si bien se suprimió, la jurisprudencia lo ha abierto claramente.

O sea, que está funcionando claramente. El ginecólogo, ¿qué ofrece? Ofrece una calidad de persona; ofrece un manejo, en cierta manera, diríamos, de no muy correcto porque va eligiendo color de tipo social o un tipo de situaciones.

Pero, supongamos que esto se generalice a un nivel tal. Creo que va a haber gente que va a vender semen, y esto se va a transformar, indudablemente, en un negocio que no va a poder mantenerse el propósito de la ley de que sea gratuito.

Todos estos problemas son los que creo que giran en torno a estas interrogantes de hoy.

Yo creo que al participar del criterio de que vida humana es igual a persona, estoy bastante protegido por esta situación, la persona va a tener todas las garantías que tienen de los derechos humanos y los tantos antes de nacer.

El problema le surge a quienes ven esta disociación y quieren ver qué hacen con la vida humana antes de llegar a ser persona, y esto es lo que yo he tratado de quedar así en quince minutos pequeños que tenemos, algunos de los problemas que pueden preocuparnos, y no quiero decir el último que ya es el peor de todos, que está vinculado con la clonación, y está vinculado con la posibilidad, incluso, de la fecundación de células sin necesidad de que esté la contraposición de óvulos y espermatozoides.

Por eso es que digo que éste es un problema de tipo historiográfico, porque va a ir variando, según como vaya evolucionando la ciencia médica.

Nada más. Muchas gracias.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, profesor Palmero, por sus brillantes reflexiones desde Córdoba, Argentina.

Ahora, para terminar la mesa n.º 2, vamos a darle pase al profesor Oswaldo Hundskopf, quien es exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y socio del Estudio Sparrow Hundskopf Villanueva Abogados. Adelante, profesor. Muchas gracias.

Oswaldo Hundskopf Exebio: Gracias, doctor Milo Ruiz. Gracias.

En primer lugar, deseo transmitir mi especial agradecimiento por haber sido invitado a participar en el homenaje al doctor Mario Castillo Freyre, por sus treinta años de docencia universitaria.

Asimismo, deseo expresar una especial felicitación a la junta directiva del Instituto Peruano de Derecho Civil y al Capítulo Peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, por la iniciativa de organizar tan merecido homenaje al doctor Mario Castillo Freyre.

Para quien les habla, es sumamente grato compartir el plantel de expositores convocados, con catorce profesores argentinos, tres profesores españoles, dos profesores del Paraguay y con profesores de Colombia, Brasil, Uruguay, Costa Rica y Bolivia.

Es también sumamente grato compartir el presente homenaje con destacados colegas nacionales, entre ellos, con cuatro decanos de importantes facultades de derecho de nuestra ciudad, con exdecanos, tanto de facultades de derecho, como del Colegio de Abogados de Lima, con la actual presidenta del Tribunal Constitucional, y con muchísimos destacados profesores y académicos peruanos, vinculados tanto a la facultad de derecho como a los principales estudios de abogados del país.

Como todos lo habrán podido apreciar, el congreso de homenaje al doctor Mario Castillo Freyre, está organizado para que sea desarrollado en tres tardes de doce mesas, adecuada y ordenadamente distribuidas, y salvo la primera mesa que tiene que ver con las razones y motivaciones del homenaje; las once siguientes se ocupan de los principales temas que se desarrollan y regulan en el Código Civil peruano de 1984, obviamente, aún vigente. Y concluir con la ceremonia de clausura que hará a cargo de los

principales organizadores y con las palabras finales del homenajeado que, seguramente, todos escucharemos.

En mi caso personal, originalmente, estuve invitado y programado en la primera mesa, y, lamentablemente, justo en la tarde de hoy miércoles 19, entre las tres de la tarde y las cinco de la tarde, he tenido que participar como vocal en la sesión virtual de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

Lamentablemente, es una Sala con muchísimo trabajo y los temas que se veían hoy día eran, particularmente, importantes, y los cuatro vocales somos irremplazables, salvo que, con razones justificadas, uno consiga que de otra Sala algún vocal te reemplace, lo cual no me fue posible. Razón por la cual, como una deferencia especial hacia mi persona, y como una excepción, si bien estoy programado al final de la mesa n.º 2, el propósito es que yo continúe con el tema de la mesa n.º 1 y comente algunos detalles relacionados con la persona del doctor Mario Castillo Freyre.

Siempre es bueno recordar que en el mes de octubre de 1980, estamos próximos a cumplir cuarenta años, se aprobó la creación de la facultad de derecho de la Universidad de Lima, y en el mes de marzo de 1981 se iniciaron sus actividades académicas.

Ello sucedió luego de una intensa gestión de varios años, logrando, finalmente, que se incorpore una facultad de derecho en una universidad esencialmente vinculada a las actividades empresariales.

La Universidad de Lima nace el año 1962, pero, básicamente, con carreras vinculadas a la administración, y tuvo, realmente, mucho éxito.

Sin embargo, los profesores que ya estaban vinculados a la universidad, querían demostrar y justificar lo necesario y oportuno que, conjuntamente con la Universidad Católica, que es, por supuesto, una magnífica universidad en la que, tanto el doctor Castillo como yo nos hemos formado, exista una facultad de derecho en la Universidad de Lima como una alternativa.

Ello sucedió, evidentemente, después de numerosas gestiones que fueron al final exitosas.

Ahora bien, uno de los propósitos de las primeras autoridades de la facultad, fue captar a los mejores profesores de las diversas especialidades del derecho, para lo cual, tanto la ubicación física de la universidad en ese momento, el campus estaba en una zona muy fácil de acceso, lo cual no es igual ahora, como la infraestructura que se les ofrecía a los profesores, en general, facilidades de estacionamiento, etc., y otra biblioteca, y todo lo demás, así como los alumnos eran adecuados y muy apropiados.

En ese sentido, se tuvo mucho éxito, pues, se incorporaron profesores de la talla del doctor José León Barandiarán, el doctor Ulises Montoya Manfredi, el doctor Carlos Rodríguez Pastor, el doctor Jorge Ramírez Díaz, el doctor César Fernández Arce, el doctor Valentín Paniagua Corazao, que fue el presidente del país durante nueve meses, el doctor Felipe Osterling Parodi y el doctor Max Arias-Schreiber, entre otros.

En el caso de estos dos últimos, es decir, del doctor Osterling y el doctor Arias-Schreiber, aparte de formar parte en esos años, del 1980 al 1985, del partido de gobierno dirigido por el arquitecto Fernando Belaunde Terry, quien entre los años 1980 y 1985, repito, condujo a nuestro país, habiendo ambos juramentado como ministros de justicia, con una labor, gestión realmente buena para el año en el que estuvieron cada uno, participaron y tuvieron injerencia directa en la culminación y promulgación del Código Civil de 1984, el cual, por su importantísimo contenido, motivó múltiples obras jurídicas, tratados y tesis; y, en general, la realización de un gran número de actividades académicas, como, por ejemplo, congresos, convenciones, jornadas, seminarios y eventos, de toda dimensión, tanto nacionales como internacionales.

En los años posteriores a la promulgación y vigencia del Código Civil, precisamente, por el doctor Felipe Osterling Parodi, profesor nuestro, de la facultad de derecho también de la Católica, sin duda, de derecho de las obligaciones, nos enteramos de la obra jurídica de seis tomos que venía trabajando con el doctor Mario Castillo Freyre, a quien yo no tenía el placer o

el gusto de conocer, de quien me daba magníficas referencias, pues, además de ser abogado graduado en la Universidad Católica, y siendo muy joven, ya era un profesor de derecho civil en la Universidad Católica.

Evidentemente, con un gran futuro en la profesión, y en la docencia, y qué duda cabe de que el doctor Osterling no se equivocó.

Por circunstancias particulares que no es el caso mencionar con mucho detalle, lo podría hacer en otra oportunidad, entre los años 1990 y 1993, un grupo de profesores de la facultad de derecho de la Universidad de Lima, básicamente, vinculados al área del derecho empresarial, en ese momento la decana era la doctora Gabriela Aranibar, quería, de alguna forma, modernizar su plan de estudios, en cumplimiento de una suerte de una especie de convenio, ingresamos como docentes a la facultad de derecho de la Unifé, y el que les habla tuvo la oportunidad de ser cuatro años profesor en la Unifé.

En esa época era, evidentemente, la decana, y por eso, quien les habla ingresó como profesor y ahí tuve la oportunidad de conocer personalmente a Mario Castillo Freyre, quien dictaba los cursos de obligaciones y derecho de los contratos, surgiendo entre ambos una interesante relación jurídica que nos permitía debatir e intercambiar ideas sobre algunos temas y/o proyectos de leyes o leyes que habían sido ya aprobadas, vinculadas a nuestras especialidades.

En el año 1998, decano de la facultad de derecho era el doctor José León Barandiarán Hart, o sea el hijo del famoso jurista coautor del Código Civil de 1936, conocido por todos sus amigos, por nosotros como Pepe; Pepe León Barandiarán; gran basquetbolista, gran amigo, gran jurista, profesor de sucesiones y de acto jurídico, con quien desarrollé, no obstante, algunos años de diferencia de edad, una grandísima amistad. Y quien les habla era jefe del departamento de derecho, una suerte de vicedecano.

En esos años, en el mes, exactamente, de noviembre del año 2002, comenzó a sentir una serie de malestares de salud, que se fueron agravando y ya asistía poco a la facultad de derecho, pero, sin embargo, cuando iba, no

cesaba en dos cosas. En primer lugar, revisar permanentemente, mejorar, optimizar, modernizar el plan de estudios, y, fundamentalmente, renovar, mejorar, incorporar a nuevos profesores para que el plantel nuestro sea bueno.

Con mucha modestia yo les puedo decir que me permitió actuar como si yo fuera el decano, la verdad que no lo era; él falleció siendo decano.

Y surge una nueva vacante en el área de derecho civil y justo en el curso de obligaciones, evidentemente, coincidimos sin conversar previamente en que el candidato ideal era el doctor Mario Castillo Freyre, a quien los dos ya conocíamos.

Yo, por supuesto, por la Unifé, y él también de muchos años atrás. Entonces, qué mejor que ofrecerle que se incorpore a nuestra facultad.

Y para una gratísima, no sorpresa, pero sí reacción nuestra, aceptó gustosamente y lo hizo. Lo cual nos alegró, y en esa época ya Mario Castillo Freyre era profesor en la Universidad Católica y en la Unifé, como lo he mencionado anteriormente.

Debo destacar de manera especial que el doctor Mario Castillo Freyre se incorporó al plantel de profesores de la facultad de derecho de la Universidad de Lima, en los inicios del año 1998, y se retiró a finales del año 2013.

Lamentablemente, justo a fines del año 2002, quien les habla asumió el decanato oficialmente de la facultad de derecho porque hubo una elección y como yo era el vicedecano y conocido muy bien en la facultad, conseguí los votos necesarios para ser elegido; cargo que ocupé durante catorce años, que no fueron consecutivos porque en el año 2008, ingresó como decano el doctor Víctor García Toma, que fue designado Ministro de Justicia y dejó el cargo y lo reemplacé yo. Y, por supuesto, me reeligieron y estuve, en total, catorce años como decano.

No sería exagerado mencionar que en los años transcurridos hasta la fecha, y sobre todo en la primera década de nuestro siglo, el plantel de

profesores de la facultad de derecho de la Universidad de Lima, tanto de derecho civil como de derecho empresarial, derecho constitucional, derecho penal y otras especialidades modernas, era y sigue siendo de primera categoría, y con la presencia de Mario Castillo Freyre, y de los demás profesores, como ya he mencionado, se organizaron múltiples congresos, fórums, seminarios y todo tipo de eventos académicos y publicaciones, por supuesto, que las hay. Yo tengo un gran volumen de publicaciones que se hicieron en la facultad de derecho de la Universidad de Lima.

Nace un fondo académico en la universidad, dedicado justo a imprimir las obras de la facultad. Tuvo una importantísima participación en la gestación de lo que es una importante imprenta en este momento, editorial e imprenta.

Y, eventos que fueron muy exitosos, y en varios de los cuales intervino, tanto Mario Castillo Freyre como quien les habla y los demás profesores que, algunos de ellos, veo que están invitados a este evento.

Indiscutiblemente, por nuestra frecuente y continua relación, el respeto y la amistad con el doctor Mario Castillo Freyre se intensificó, y eso me permitió, inclusive, colaborar con él cuando tuve la oportunidad de hacerlo en las obras jurídicas que, a través de la Biblioteca de su estudio de abogados, se ha venido publicando desde hace varios años.

Y, adicionalmente, como bien se conoce, a partir del 1 de septiembre de 2008, entró en vigencia la nueva Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, que, sin duda, representó un texto de mayor calidad normativa respecto a la anterior legislación, pues recogía la reforma de la Ley Modelo Uncitral, y conceptos e instituciones de las legislaciones arbitrales de España, Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza y Estados Unidos. Y que, además, recogía la experiencia arbitral peruana de la década previa, con sus respectivos desarrollos doctrinarios locales y con los precedentes del Tribunal Constitucional que reconocieron la jurisdicción del arbitraje y la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral.

La importante editora, Gaceta Jurídica, en septiembre del 2018, publicó la obra *La Ley de Arbitraje a los diez años de su vigencia*, dirigida y redactada, fundamentalmente, por el doctor Mario Castillo Freyre, con la colaboración de los colegas Rita Sabroso, Joel Chipana y Laura Castro.

Adicionalmente, Mario Castillo Freyre y el suscrito hemos tenido la ocasión de formar parte de algunos; me hubiera encantado que sean muchos más, tribunales arbitrales, pero sí puedo corroborar y confirmar acerca del excelente desempeño, gestión y labor como presidente-árbitro, en estos procesos arbitrales, pues, en múltiples ocasiones, tuvo la oportunidad de transmitir conocimientos especializados que tenía, no solamente en derecho civil, sino en el arbitraje. Y la verdad que me quedé sorprendido por lo... no experimentado, lo informado que estaba sobre la evolución de la legislación del arbitraje en nuestro país.

Evidentemente, eso tengo que destacarlo. Existe, como algunos saben, una *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, y que, según mi colección particular, y creo que me quedo corto, porque seguramente hay algunos más que no se han podido presentar por la pandemia o el estado de emergencia, ya tiene más de sesentainueve tomos impresos y distribuidos, en los que, básicamente, se han hecho compilaciones de actas de congresos, seminarios y eventos sobre arbitraje, en los cuales se incluye importantes artículos doctrinarios, sobre todo últimamente se ha publicado en dicha colección, las principales tesis que se han sustentado en los últimos años sobre temas arbitrales.

Y, sólo a manera de ejemplo, señalaré dos excelentes trabajos, el del doctor José Carlos Taboada, publicado en el tomo 68 y el de Rigoberto Zúñiga, publicado en el tomo 69, entre tantos otros. Y, como le he comentado al doctor Mario Castillo Freyre, los he utilizado como fuentes de información para artículos específicos que he preparado y están por publicarse en los próximos días o semanas.

Es un gran mérito del doctor Mario Castillo que debo destacar, pues él y su equipo que integran su estudio de abogados, se han ocupado directamente de su publicación y su distribución, lo cual, sin duda es un gesto

muy especial y muy importante para reforzar las bondades del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

Asimismo, gracias a invitaciones de los ministros de justicia, el doctor Mario Castillo Freyre y quien les habla, hemos dado ciclos de conferencia sobre arbitraje en el auditorio principal del Ministerio de Justicia, e incluso, en locales y universidades de otros departamentos. Recuerdo de manera especial viajes en avión que hacíamos Mario Castillo y quien les habla, a primera hora de la mañana, para participar en eventos y retornar en la noche, obviamente, en avión. Y recuerdo con mucho detalle, y la verdad es que como nos complementábamos bien por la experiencia que habíamos tenido en el Ministerio de Justicia, creo que se preocupaban y, evidentemente, les interesaba que los dos asistiéramos. No solamente uno de los dos, sino los dos asistiéramos.

No quiero terminar sin destacar de un amigo en común, es decir, tanto del doctor Mario Castillo Freyre y quien les habla, también graduado de abogado de la Universidad Católica y profesor durante muchos años, tanto en dicha universidad como en la facultad de derecho de la Universidad de Lima, ha sido el último expositor en la mesa n.º 1 de hoy día.

Y me refiero al doctor Javier Cavero Egúsquiza, quien hoy día es su cumpleaños, y, sin embargo, cuando fue invitado, por supuesto que no lo mencionó, su exposición la ha hecho con muchísimo gusto porque así me lo ha comentado hace unos minutos. De quien solamente quisiera decir que fue mi profesor de derecho de seguros en 1972 en la Universidad Católica, y por una feliz coincidencia, en esa época, en la Universidad Católica y en todas las universidades, para ser abogado, necesitabas sustentar una tesis de bachiller: tesis de bachiller. No es como ahora que el bachillerato es automático, cuando apruebas los cursos, ante cinco jurados en la Universidad Católica. Claro que en las otras universidades era igual. Y luego de haber obtenido el grado académico de bachiller, tenías que sustentar los expedientes para obtener el título de abogado.

Y el doctor Javier, a manera de anécdota y con eso termino, mi grado era a las siete de la noche sobre la especialidad que más conocía yo en esa

época que era derecho pesquero, que era un curso que se enseñaba por primera vez en la Universidad Católica, en la que yo realmente tenía un trabajo intenso porque tuve la suerte de trabajar casi catorce años en la organización de Luis Banchero Rossi, empresario que, como muchos saben, falleció, murió asesinado a los cuarenta y dos años de edad, en el año 1972, pero, sin embargo, ya había desarrollado un gran grupo empresarial de nueve diferentes sectores, siendo el principal el sector pesquero y el sector industrial y el astillero de construcción de embarcaciones; Naviera Humboldt, Panamericana de Seguros y muchas empresas más.

Entonces, mi trabajo ahí como practicante y después como abogado era múltiple, tenía que... pero, básicamente, evidentemente, me concentré en lo que es ahora conocido como el derecho empresarial que involucra al derecho industrial, al derecho pesquero, etc.

Eran cuatro jurados, faltaba uno, eran las 7:20 de la noche, y como una solución, no mía sino del que era decano en ese momento, lo llamaron por teléfono porque su estudio quedaba a tres cuadras de la facultad, y aceptó gustoso a concurrir y se llevó a cabo la sustentación de la tesis.

Obviamente, tres meses después sustenté mis expedientes, y uno de ellos era sobre derecho de seguros, y el objetante y miembro del jurado era el doctor Javier Cavero Egúsquiza.

Por tanto, él fue miembro de mi jurado, tanto de bachiller como de abogado de quien les habla. Por eso, para mí es un gratísimo honor haber participado en este evento en homenaje al doctor Mario Castillo Freyre, el día del cumpleaños de Javier Cavero Egúsquiza, y ser expositor, conjuntamente con él.

Gracias a ustedes por su paciencia, y discúpenme por no haber tocado el tema de hoy día que es «Novedades sobre el comienzo de la vida humana y su protección por el derecho», que debía seguir con el programa, pero, en realidad, el cambio lo pedí unos días antes por este evento que yo no lo había programado, pero que era necesario en Indecopi.

Muchísimas gracias a todos.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Oswaldo.

|

Gracias.

Oswaldo Hundskopf Exebio: Por favor, encantado.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, apreciado profesor Hundskopf por su participación.

Agradecemos, asimismo, a los profesores Enrique Varsi, Marco Torres, Thiago Rodovalho, Juan Carlos Palmero y al doctor Hundskopf por su participación en esta mesa n.º 2.

MESA N.º 3: DERECHO DE FAMILIA.
«LA FAMILIA EN EL SIGLO XXI»

Marianella Ledesma Narváez
Zulema Wilde
Carmen Julia Cabello Matamala
Rafael Santa María D'Angelo
María del Carmen Delgado Menéndez
Eduardo Sambrizzi
Francisco Segura

Milo Ruiz González: Cedo el uso de la palabra y la moderación al doctor Rafael Santa María, quien es profesor principal y decano de la facultad de derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Adelante, Rafael.

Rafael Santa María D'Angelo: Muchas gracias, Milo.

Para mí es un honor el poder estar aquí esta tarde reconociendo y agradeciendo al doctor Mario Castillo Freyre, mi querido amigo, por sus treinta años de servicios académicos, y junto en ese homenaje poder participar, tanto como panelista y como moderador con tan ilustres juristas.

Me parece que es un gesto muy importante de ese reconocimiento, no solamente estar varios juristas del Perú, sino también de diversas partes del mundo presentes en este gran esfuerzo vía Zoom, pero estando muy unidos a él en este reconocimiento.

Como parte de esta mesa que me toca moderar sobre derecho de familia, denominada «La familia en el siglo XXI», quisiera darle la palabra a

la doctora Zulema Wilde, jurista argentina; ella es presidenta de la Asociación Euro-Americana de Derecho de Familia.

Como quiera que somos doce académicos los que intervenimos en esta mesa, el tiempo previsto es de trece minutos.

Adelante, doctora Wilde, por favor.

Zulema Wilde: Agradezco la oportunidad de poder homenajear con mi humilde aporte a este gran jurista y caballero que es el doctor Mario Castillo Freyre, y también al aliento permanente que le brinda Laurita, acompañándolo en cada momento de su vida.

Yo no fui alumna de él. Lo conocí hace algunos años, pero puedo afirmar que es un gran hombre, un señor, un caballero, y realmente tiene un enorme amor por la enseñanza del derecho que muestra su deseo de dar y su generosidad.

No creo que sea innecesario insistir sobre esas cualidades de gran maestro del derecho, sino que me parece importante hablar de su hombría de bien que creo que es lo más importante en la vida para todos nosotros. Agradezco su amistad y el hecho de poder seguir en contacto fluido con él y su familia, aunque sea a la distancia por esto que nos aqueja a todos.

Bueno, vamos a hablar un poco de la familia, que es ante todo una institución social.

La familia se establecía, en general, sobre la base biológica; es decir, la unión sexual y la procreación, constituyéndose en un objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración a la cultura.

Sin embargo, aunque la sociología descriptiva piense en el régimen de relaciones sociales institucionalizadas o analiza el comportamiento de sus miembros, configurando tipologías, el derecho expresa juicios de valor, respecto de determinadas relaciones a través de sus normas.

Un ejemplo que puede ayudar a comprender esto que he dicho, es el que proporcionan las uniones convivenciales. Llamadas de esa forma en mi país y apartándonos del tradicional término de concubinato.

Desde el comportamiento social hoy se acepta este último como algo común y no es reprobado.

Sin embargo, en el derecho argentino, el matrimonio y la unión convivencial, constituyen dos categorías jurídicas distintas por los efectos.

No me voy a referir a los efectos dentro de mi régimen por los pocos minutos que tenemos.

La ley ha ido variando la posibilidad de reconocimiento bajo este tipo de institución: a matrimonios, a uniones de personas del mismo sexo, quienes se encuentran unidas sin enlace matrimonial o simplemente por la vocación o el parentesco o sin ninguno de ellos.

Basta ver la evolución histórica para comprender que la conformación de la unión monogámica y la institucionalización del matrimonio es a partir del siglo XII.

Esa proclama de unión monogámica no es tal en todo el extenso mundo musulmán, donde ese principio básico para nosotros, de igualdad entre hombre y mujer, no existe.

En conclusión, el concepto de familia no es igual en el mundo judeo-cristiano, que en el musulmán, ni en el de la comunidad oriental.

A modo de ejemplo veremos que tenemos familias nucleares, familias extendidas, familias monoparentales conformadas con una persona sola que vive con uno o más hijos a su exclusivo cargo. Antes, esto lo veíamos ligado a una previa relación matrimonial o convivencial, o la muerte de uno de los progenitores, o a causas sociales, hospitalizaciones prolongadas, privación de la libertad de uno de los padres, o emigración de uno de ellos.

Hoy, en Suecia, el 40% de las mujeres solteras optan por recurrir a la inseminación artificial para tener un hijo.

Les mandan por correo el esperma convenientemente preparado, y ellas mismas hacen lo que se llama la *home insemination*. Esto responde a una teoría sueca del amor, que comenzó en 1972 y elaboró una revolución en materia de familia, porque todos los adultos son independientes y fue el comienzo de la liberación. Libres entre sí los adultos y todas las relaciones humanas deben tener como base esa independencia. Los niños también la tienen porque ellos tienen derechos por ellos mismos con respecto a sus padres.

Si el tema a ustedes les interesa, pueden ustedes ver un video que se llama *The Swedish Theory of Love*, que está en Facebook. Pero esto no es una novedad con respecto a las familias uniparentales.

Hace ya algunos años, yo diría diez, yo leí en una revista americana, *Elle*, las mujeres podían comprar en la farmacia semen de caballeros desconocidos por ochenta dólares, y si buscaban que el médico se lo colocara, el precio ascendía a trescientos.

Es decir, que empezó a ser una costumbre entre muchas mujeres solteras. Esto también trajo como consecuencia familias uniparentales, que están constituidas con un solo componente.

Tradicionalmente estos lugares estaban asociados principalmente a las personas mayores, especialmente, mujeres, que después de que sus hijos formaban sus propias familias; y, en general, sus cónyuges fallecían, quedaban ellas solas en la casa, y se constituían en familias, entonces, uniparentales.

Esta realidad obligó a los suecos a crear una oficina estatal para que aquellos que fallecen sin que su familia lo advierta, de pronto esa oficina descubre que esas personas poseen una cuenta bancaria importante, pero no hay nadie que reclame ni nadie que se haya dado cuenta de cuándo aconteció ese fallecimiento, porque dejan de ver a los hijos por años con esta teoría de la liberación y la independencia.

No mejor ocurre en Alemania. Esto realmente comenzó a ocurrir cuando los padres adultos necesitaban cuidados personales, entonces, los hijos entendieron que, de prestarlos en Alemania, esto significaba que se agotara todo el patrimonio de sus padres o del padre que quedaba.

Comenzaron a mandarlos a Tailandia, y ahí lograban que se los cuidaran por una suma módica para ellos, de ochocientos dólares por mes.

Ustedes se preguntarán, ¿y cuándo los veían? Y, entonces, ellos decían: «Estando en Alemania, yo vivo en una ciudad distinta de la que ellos viven, es lo mismo que estén en Tailandia. Es un viaje más largo, pero yo tampoco los voy a ver muy a menudo».

Esta teoría ha sido receptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que reconoce, en forma expresa, la libertad para constituir la forma de organización familiar que cada uno ha elegido en forma autónoma. Basta ver los dos fallos: *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, del 24 de febrero del 2012 o *Fornerón e hijas vs. Argentina* del 27 de abril, también del mismo año.

No escapa esto a Japón. Mientras subsiste una cultura tradicional que habilita a los hombres casados a frecuentar a las famosas *geishas* para hacerlos sentir felices por algunos momentos, hay otros que se han apasionado fervientemente por la tecnología.

Ustedes van a ver que ya hay algunos japoneses que se casan con *cyborgs*, que es un acrónimo del inglés que es *cyber* de cibernético y *organism* de organismo.

Es decir, que es una criatura compuesta de elementos orgánicos y dispositivos cibernéticos que, generalmente, tienden a mejorar las capacidades orgánicas. Es decir, he marcado todo esto porque también en nuestro país se nota muy a partir del censo del 2010, que existe gran cantidad de personas que viven solas en nuestro país. Esto, sobre todo se da en las grandes ciudades. Y el porcentaje crece y crece. Es decir, al haber mayor posibilidad de vida, es decir, ha aumentado nuestra expectativa de vida.

Si bien nosotros no somos de los diez países del mundo que tiene más expectativa de vida, pero sí tenemos un promedio mucho más alto que el que teníamos hace veinte años, basta ver los estudios que realizan los actuarios en las compañías de seguros para poder fijar las indemnizaciones por muerte, y vamos a ver que, poco a poco, vamos aumentando la población de mayores.

Esos mayores, en general, también tienen hogares unipersonales, y están, en cierto modo, separados de sus hijos y de sus familias.

Esta creencia de la individualidad no es sólo en Suecia, es de nuestro mundo occidental, y basta mirar cómo va avanzando en la cantidad de uniones de hogares unipersonales.

A mí me gustaría terminar mi exposición haciendo algunas preguntas. ¿No es tiempo de pensar qué es lo que queremos para nuestra sociedad, que no sólo basta con la autorrealización material, profesional, sino que también son importantes otros valores? ¿Cuáles son estos valores tradicionales que deberíamos rescatar?

No estoy hablando como los japoneses, que propagaban resignación y paciencia. No, no estoy diciendo eso. Pero, algunos de nuestros valores tradicionales como la solidaridad, creo que deben ser rescatados.

Deberíamos, entonces, pensar en cuáles queremos rescatar, y frente a este hecho de que crece nuestra posibilidad de vida, tendríamos que pensar si queremos sólo una sociedad de individuos.

Muchas gracias.

Rafael Santa María D'Angelo: Muchas gracias a la doctora Zulema Wilde. Para mí es un honor darle la palabra a la doctora Marianella Ledesma Narváez, actualmente, presidenta del Tribunal Constitucional peruano.

Doctora, por favor.

Marianella Ledesma Narváez: Ante todo, decir que estamos reunidos para conmemorar los treinta años dedicados a la docencia universitaria del profesor Mario Castillo. Son treinta años de formación a las nuevas generaciones de profesionales del derecho, compartiendo no sólo enseñanzas y conocimientos jurídicos, sino lecciones de vida profesional y personal.

Por ello, agradezco la invitación realizada para participar en este homenaje tan merecido para Mario sobre el tema de familia, y, sobre todo, la mirada en el siglo XXI.

En esta oportunidad, dirigiré mis reflexiones hacia el derecho de familia desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

Y, para ello, tendré que comenzar señalando que el tema de familia no ha quedado al margen de la constitucionalización del derecho civil, que ha ido consolidándose a partir de los pronunciamientos que el tribunal ha realizado; las sentencias en las que se ha trabajado los derechos fundamentales, ha permitido configurar presupuestos de control constitucional en el área del derecho civil, habiéndose desarrollado en concreto algunas consideraciones que, *a verses*, van en los *over dicta* de las decisiones, inclusive, algunos casos también agregamos a la *ratio decidendi* de las causas en materia de derechos de personas.

A continuación, señalaré de manera muy concreta, ya que el tiempo es bastante reducido, algunos pronunciamientos que hemos tenido en materia de filiación extramatrimonial, matrimonio, separación de cuerpos, tenencia, y también algo en relación a las familias reconstruidas y las uniones de hecho.

En relación al tema de la filiación extramatrimonial, quisiera citar la sentencia n.º 3971 del año 2014, un proceso de amparo, en la que se ha afirmado que tener una hija extramatrimonial, no es una causal para la pérdida de la pensión de sobreviviente: viudez.

El colegiado resolvió que la demandante era una viuda de un policía que recibía una pensión bajo el régimen de la n.º 19846, y que fue cancelada por tener una hija extramatrimonial.

Luego de la revisión de las causales de la cancelación de la pensión, el tribunal tomó en cuenta que, durante el desarrollo del proceso, la demandante había reconocido tener una hija extramatrimonial, pero también ha apuntado que ello no implica que haya formado un nuevo hogar fuera del matrimonio porque no convive con el padre de su hija.

Realizando una interpretación de lo que debe entenderse por «formar un hogar fuera del matrimonio», el tribunal sostuvo que esta causal se configura cuando la titular de la pensión de viudez, además de procrear un hijo extramatrimonial, convive con el padre de éste o cuando el titular o la titular haya establecido una unión de hecho, lo cual debe encontrarse debidamente acreditado para perder el derecho a la pensión de viudez.

Como este caso no se había acreditado, la pensión debió restituirse a la demandante.

Un segundo tema que quiero compartir con ustedes está vinculado con el matrimonio y con el *ius connubii*.

La sentencia n.º 2868-2004, el colegiado ya se ha pronunciado en torno al caso de un miembro de la policía que interpuso un amparo ante su pase a retiro, por haber cometido una falta contra la obediencia, según la cual habría cometido no haber cursado la solicitud correspondiente, pidiéndole autorización a su centro militar, la autorización para contraer matrimonio.

Ante ello, el colegiado se preguntó si era admisible constitucionalmente la exigencia de contar con una autorización de la institución policial para que sus efectivos, como el demandante del caso, pudiera contraer matrimonio.

El tribunal respondió negativamente a dicha pregunta, justificando su decisión e interpretando su decisión a los alcances del artículo 4 de la Constitución.

En efecto, el colegiado sostuvo que no ha sido reconocido en este último artículo, un derecho constitucional al matrimonio, sino una institución jurídica constitucionalmente garantizada. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer, se traduce la invalidación de una eventual supresión o afectación a su contenido esencial.

Y luego tenemos, sin embargo, pese a esa afirmación, el propio tribunal indicó que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tiene la libertad contractual, la libertad de empresa, la libertad de tránsito, la libertad de religión o cualquier otra que se reconozca en la norma fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución.

Por lo tanto, antes que confiar el derecho de contraer libremente matrimonio a la legislación ordinaria, debe entenderse que el colegiado quiso poner énfasis en que no se trata de un derecho autónomo, pero no por ello carece de cobertura constitucional, toda vez que lo que incluyó dentro del ámbito de protección, es el libre desarrollo de la personalidad, lo que no impide las potestades o facultades en su seno que pudieran cobijarse o puedan ser objeto de límites o restricciones a su ejercicio.

Otro tema que también ha preocupado al tribunal en su momento, ha sido el cambio de sexo y el tema del matrimonio.

Tenemos para citar la sentencia del caso Romero Saldarriaga, expediente n.º 6040-2015, que dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en el famoso caso P.E.M.M., según el cual el sexo era un elemento inmutable de la identidad y, consecuentemente, pues, no resultaba viable jurídicamente solicitar su modificación en los documentos de identidad, lo que se asoció con la idea de que ante cualquier alteración de la identidad

en función de ese criterio, debería ser entendido increíblemente como un trastorno o como una patología.

Si bien lo anterior fue dejado sin efecto en este caso Romero Salda-riaga, nada se dijo sobre los otros argumentos desarrollados en el caso P.E.M.M., que requieren ser confrontados a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y también a lo que señala la propia disposición final y transitoria de la Constitución y del Código Procesal Constitucional.

Lo cierto es que el tribunal ha sostenido que la admisión de un tran-sexual al nuevo sexo, implica, entonces, el reconocer el matrimonio homo-sexual, lo cual también plantea el problema de adopción de menores por esta nueva pareja.

De esta forma, el tribunal estaría introduciendo en nuestro ordena-miento jurídico, el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurrien-do en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes, pues tal matrimonio, en razón de comprometer toda una concepción del derecho de familia que configura el derecho civil, debe ser ampliamente debatido por ciudadanos y congresistas como sus representantes, por lo que la discusión y eventual decisión, debe hacerse en la sede legislativa. Eso decía el famoso caso P.E.M.M.

Por lo tanto, sobre la base de los principios de interpretación cons-titucional: de unidad, de concordia práctica, de eficaz interrogatorio, los magistrados del tribunal actuales, hemos señalado que se deberá abordar la legitimidad de mantener como doctrina jurisprudencial, y, por tanto, vinculante, razones jurídicas a las que se ha detallado.

Un tema que también nos ha preocupado es el tema de la sevicia y la conducta deshonrosa, es la que también ha sido una causal que, en su mo-mento, ha tenido una implicancia en el Código Civil, en el artículo 332 y en el artículo 337.

Al respecto, el tribunal ha sostenido que la violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra o qué arraigada esté, es siempre violatoria de derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de la costumbre primitiva y degradante, como parte del sustento de la decisión, el tribunal sostuvo que la apreciación por el juez con base a una educación, costumbre o conducta de los cónyuges respecto a la violencia física o psicológica, a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados ni necesarios, ni proporcionales, para la consecuencia: finalidad de preservar el vínculo familiar, pues se vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes.

Un tema vinculado a la familia también está el tema del divorcio. La indemnización en el divorcio también ha sido abordada en la sentencia 782-2013, en la que el tribunal interpretó los alcances del artículo 345-A del Código Civil, haciendo suyos los criterios del tercer Pleno Casatorio.

El tema de la tenencia también ha sido materia de reiterada jurisprudencia. En la sentencia 2892-2010, proceso de *habeas corpus*, y ahí el tribunal ha sostenido como regla general que la dilucidación de los temas relativos a la tenencia, son la primera fase de competencia exclusiva de los jueces ordinarios.

Sin embargo, ello no implica que toda demanda de *habeas corpus* relacionada con la tenencia, carezca de por sí de relevancia constitucional, cuando en determinados casos, la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos, constituye un acto violatorio de los derechos de tener una familia y a crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral, material e incluso de credibilidad personal y otros derechos fundamentales.

Además, el tribunal ha señalado que, con respecto al derecho de crecer en un ambiente de afecto, de seguridad moral y material, ha explicitado que el Estado, la sociedad y la comunidad, asume la obligación de cuidar y asistir, de proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado, digno para su desarrollo psíquico, afectivo, intelectual, espiritual y social.

Continuando con el análisis sobre el tema de familia, también hemos puesto énfasis en el tema de las familias reconstituidas. No voy a citar ya más el tema del caso Choy, que es tan conocido, que es el expediente n.º 9332-2006, en el que se estimó un amparo interpuesto por un socio de un centro de esparcimiento, a cuya hijastra se le había negado el carnet de hija en el entendido de la libertad de asociación que tiene límites en el núcleo duro de otros derechos fundamentales, en el que ocurrió en el caso, en el derecho de fundar una familia y su protección.

Pero, asimismo, en el caso de las familias ensambladas, este pleno ha agregado otros casos más, y sobre los cuales sí quiero detenerme un momento para decir unos temas adicionales en relación a las familias ensambladas.

En la sentencia 01204-2017, este tribunal, al analizar el caso de un trabajador que había sido despedido, al habersele imputado como falta grave, el hecho de haber declarado como dependiente a su hija; a la hija biológica de su esposa, para los efectos de afiliación a una EPS, y desarrolló las características de una familia ensamblada, en la que se señaló las características básicas de esta familia ensamblada que comprende una pareja cuyos integrantes deciden voluntariamente fusionar su proyecto de vida, y en el cual uno de ellos de ellos o ambos poseen hijos de una relación previa que, generalmente, se origina por razones de abandono, viudez, divorcio, separaciones, y que se genera una nueva identidad familiar que debe guardar características para reconocérsele como tales.

Pero el tribunal ha puesto énfasis en que existen obligaciones que tiene el padre o madre afín derivadas del reconocimiento de la familia ensamblada, y eso es, tal vez, el plus de lo que ha agregado ahora este pleno en el tribunal, y se dice que el padre o madre afín, tiene el deber de brindar mínimamente una asistencia inmediata y principalmente dirigida a la sobrevivencia en condiciones dignas del menor. Esto es, la atención, cuidado y desarrollo del mismo.

Y, asimismo, dicha obligación se extenderá desde el hijo o la hija al padre o madre afín, cuando estos últimos necesiten asistencia, por ejem-

plo, cuando estos padres sociales lleguen a la vejez o cuando sufran alguna discapacidad permanente.

Adicionalmente, debe tenerse presente que lo anterior no excluye el deber del padre o de la madre biológica a cumplir las obligaciones legales que le corresponde.

Y, en ese sentido se advierte una situación de concurrencia en la obligación de atender y cuidar a los hijos menores entre los padres biológicos y los padres afines. Pero ello no resulta extensible a las prestaciones económicas. Así el tribunal ha concluido que en estos casos y sólo en una interpretación que toma en cuenta el derecho del principio del interés superior de los niños, se preferirá la prestación económica que beneficie más al menor sin que ello implique, en cualquier caso, que el padre biológico se desentienda de sus obligaciones económicas.

Para ir terminando citaremos el caso de la unión de hecho, en la que el tribunal también ha tenido oportunidad de pronunciarse en los casos n.º 9708-2006, que es el caso Luz Baca, en el caso n.º 6562-2006, que es el caso Janet Rosas, en los que se solicitaba una pensión por la unión de hecho, en los que el tribunal ya ha fijado criterios en los que ha señalado que, bajo la perspectiva de la familia, no puede concebirse únicamente una institución en cuyo seno se materialice una dimensión generativa o de procreación únicamente, sino que la familia también está encargada de transmitir valores cívicos, culturales, y, en tal sentido, su vida hace de ello un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros para transmitir valores, conocimientos, tradiciones culturales, lugares de encuentro *intra* e *inter* generacional.

En esta sentencia también se desarrollaron los fundamentos del tribunal para sostener la constitucionalización de la unión de hecho, que implica el reconocimiento de efectos jurídicos entendido entre obligaciones que generan dicha unión.

Por último, debo concluir en este súper breve recorrido de la jurisprudencia «relevante» del tribunal, en lo que respecta a la constituciona-

lización del derecho de familia, quisiera sostener que advierto, en cierto sentido, importantes avances, aunque también preocupantes retrocesos, lo que debe hacer que la ciudadanía, a través de su interés permanente en los asuntos públicos, realice, pues, un control del quehacer de los jueces constitucionales, quienes deben o debemos procurar, dentro de los límites de la interpretación constitucional, garantizar la supremacía de la Constitución, y sobre todo de manera más especial, en la tutela de los derechos fundamentales.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querida Marianella.

Marianella Ledesma Narváez: ¡Mario! No, gracias por permitirme compartir estos momentos tan agradables.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Y, por un tema de conexión, no tuve tampoco la oportunidad de agradecer a Zulema. Muchas gracias a ambas. Infinitamente agradecido.

Rafael Santa María D'Angelo: Muy bien.

Vamos a dar la palabra a la doctora Carmen Julia Cabello Matamala. Ella es profesora principal de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Jueza Suprema Provisional de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Doctora Cabello, por favor.

Carmen Julia Cabello Matamala: Gracias. Buenas tardes.

En principio, nuestro agradecimiento por la cordial invitación para participar en este homenaje por el trigésimo aniversario docente del maestro Mario Castillo. Felicitaciones, Mario.

Bien, el tema que estamos planteando en esta sección es «La familia en el siglo XXI».

Cuando llegó esta amable invitación, en verdad nos encontramos en un contexto en el cual había que reflexionar doblemente la situación familiar. Si como ustedes y todos advertimos y nos vemos desde nuestros hogares, en pandemia y hacia una nueva «normalidad», advertimos que las funciones de la familia son cada vez mayores y más trascendentes, porque ya no solamente es la educadora, la formadora, sino estamos viéndonos ahora ante una familia refugio. Yo lo percibo así: una familia refugio, en cuyo escenario familiar empezamos a desarrollar diversos aspectos vitales de cada uno de nosotros.

Entonces, por eso creemos, y vamos a plantear tres temitas por la brevedad del tiempo, que consideramos están en una agenda pendiente, y que, de alguna manera, también la profesora Ledesma lo ha planteado con los importantes avances y el impulso que ha dado el Tribunal Constitucional a algunos de los temas familiares.

Vemos que la familia del siglo XXI, tiene que ser una familia como organización inclusiva, que la familia del siglo XXI tiene que ser democrática, que la familia, en el seno de la familia debe afirmarse la autonomía de la voluntad de sus miembros, y como bien se dijo, hay que ponderar derechos familiares y derechos de las personas integrantes de la familia, como lo hizo el TC en su oportunidad, hay que privilegiar los derechos de la persona.

Y ante esto, en este contexto, si hay problemas, hay conflictos familiares, debemos promover la autocomposición de la familia.

Vamos a hacer brevemente algunos comentarios en estas tres líneas.

Ya se adelantó los avances que se han dado a nivel del Tribunal Constitucional. ¿Por qué? Porque la familia tiene que ser, si hablamos en términos sociales, la sociedad inclusiva, la familia lo tiene que hacer más porque es la unidad básica.

Debe integrar a sus miembros como son: de modo plural. Por eso, la protección a la familia heterosexual, matrimonial, extramatrimonial; a la familia monoparental, matrimonial, extramatrimonial; a la familia ensamblada a la que ha hecho referencia la profesora Wilde; a la familia con miembros con discapacidad y que puedan contar con un sistema de apoyo que le permita desarrollar su vida familiar, que debe ya empezarse a afirmar y no ponernos en una dicotomía jurídica entre, por ejemplo, filiación dinámica *versus* filiación estática, sino que debe comprenderse la trascendencia de las relaciones socioafectivas que vinculan en la relación de familia.

Lo ha comentado la doctora Ledesma ahorita. ¿Cuál es el sustento de la relación de la familia ensamblada; de esta relación extendida de afinidad? Precisamente, es esta relación socioafectiva que se genera en la relación de familia; en esta nueva relación de familia, y que genera derechos y deberes, pero que tiene que ser comprendida, y como lo hemos visto también, en materia filiatoria.

Bien, pero esta familia que tiene que comprender e integrar a sus miembros como son y no como quieren que sean, tiene que ser más democrática. Creo que ése es un elemento central.

En una relación democrática, sus miembros, todos pueden participar en la toma de decisiones familiares, y eso nos supone ciertos elementos transversales. La relación de pareja; el trabajo intenso *per se* efectiviza el principio de igualdad, y en esta pandemia paralela de la cual, lamentablemente, somos también testigos de que es la violencia. Los dos males que están ahora entrelazados, y que debe proscribirse la violencia hacia la mujer o hacia cualquier miembro vulnerable de la relación familiar: los niños, niñas, adolescentes, los adultos mayores, las personas con discapacidad.

Y en este juego de relaciones democráticas tenemos que tener presente el derecho de la infancia. Ya hemos conmemorado treinta años de la Convención de los Derechos del Niño, y creemos que se ha trabajado bastante en cuanto a la promoción de los derechos. ¿Quién no habla del derecho de participación de los niños y adolescentes? Es más, advertimos, con mucha satisfacción, que hay esfuerzos institucionales en el Poder Judicial, en el

Ministerio Público, en los procesos judiciales, en los procedimientos administrativos, para tratar de que se efectivice este derecho, pero la pregunta es ¿cuánto hemos avanzado en este derecho de participación en el grupo básico familiar?

Eso es un tema, por ejemplo, muy importante a considerar en esta visión de relación democrática; de escuchar al niño; de aprender la opinión del adolescente, de involucrarlo en las decisiones familiares, porque es un discurso, pero debe convertirse en una realidad en esta construcción de ciudadanía. ¿Cómo se construye la ciudadanía desde la niñez? Precisamente, en el ejercicio progresivo de sus derechos.

Entonces, ésa es una tarea que también a la familia le compete, y está en una agenda pendiente.

Vinculado a esta familia inclusiva en una relación democrática de apertura y comunicación, necesitamos que se le dé más espacio a la autonomía de la voluntad.

Algunos ejemplitos: ¿Por qué a los concubinos no se les permite ni que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ellos puedan elegir un régimen de separación de patrimonios?

¿Por qué ellos sólo tienen que tener sociedad de gananciales? ¿Por qué no se difunde y se comprende que los alimentos no solamente tienen fuente legal? También tienen convencional y los excónyuges pueden, muy bien, brindar alimentos si desean, si así lo acuerdan, excónyuges. ¿Por qué no se admiten los acuerdos prenupciales? ¿Por qué no se puede fijar eventuales daños? ¿Por qué, incluso, aspectos patrimoniales no podrían convenirse se sujeten, en caso de controversia, a arbitraje?

En ese entendido, creemos que sí, que debe propiciarse el desarrollo libre de los miembros de la familia.

Pero, los problemas. Cuando vienen los conflictos familiares, y aquí varios como juezas, entonces, quien es juez de familia, miren, vive que el

proceso de familia, señores, en comparación a cualquier otro proceso, no solamente tiene cargas legales, e interdisciplinarias; vale decir, jurídicas, psicológicas, sociales, etc., sino que *per se* es un proceso dañoso emocionalmente.

Yo, por eso, cuando alguien me pregunta quién gana en un proceso de familia, yo creo que nadie, porque, incluso, el que gana tiene un desgaste emocional.

Por eso, hay que promover la autocomposición. Y eso es un tema educativo porque es la comprensión de que hay muchos aspectos que pueden ser resueltos vía conciliación, pero eso hay que afirmarlo y promoverlo, y también esa perspectiva necesaria de desplazar la litigiosidad y la persecución.

Ejemplo. No comprendo cómo en pleno siglo **xxi**, el divorcio en el Perú mantiene un enfoque de divorcio sancionador.

Es necesario, en estos contextos, en donde hablamos tanto de inteligencia emocional y ahora de salud emocional, que enfoquemos los institutos jurídicos en relación a las necesidades.

¿Por qué no reforzar el sistema de divorcio remedio, promoviendo y facilitando, como se ha hecho de alguna forma, las separaciones convencionales y divorcios ulteriores? Mejor, los divorcios convencionales, que no los tenemos todavía.

El divorcio por causales objetivas, y acá está nuestra colega argentina. Incluso, podríamos hablar del divorcio incausado, que está regulado en Argentina y en algunos otros países, no muchos, pero algunos.

Lo cierto es que el divorcio en sí no se... la causal no se litiga. Pero, ¿qué promueve una situación así? Que los cónyuges, e incluso, los otros miembros de la familia afectada, puedan llegar a acuerdos regulatorios de lo que más importa después del divorcio, que son sus efectos.

Qué importante que un niño y adolescente pueda participar y decir su verdad de cómo quiere comunicarse con el padre o madre con el cual no vive, y nos apartaríamos de esos tradicionales clichés que conocemos quienes estamos en la materia, de cómo es: primer y tercer sábado, segundo y cuarto domingo de tal a tal hora. Con externamiento, Navidad del año 1, Año Nuevo del año 3, en fin, generar regulaciones adecuadas a las necesidades de cada uno de sus usuarios.

Entonces, y concluyo para no abusar del tiempo, que creemos que el siglo XXI, durante este tema y particularmente después de la pandemia, o de este proceso a la nueva normalidad, nos demanda algo que necesitamos.

No sé si ustedes lo perciben así. Necesitamos paz, señores, paz. Paz con nosotros mismos, paz con nuestra familia, paz con nuestro entorno, armonía con el medio ambiente. Mejor dicho, todo nos reclama vivir en armonía.

Y, ¿quiénes tienen que ser estos grandes constructores? ¿Estos agentes de cambio? Las familias. ¿Por qué? Porque es un imperativo de sobrevivencia promover una cultura de paz desde la propia organización familiar.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Carmen Julia.

Muy agradecido.

Carmen Julia Cabello Matamala: Abrazo, querido Mario.

Mario Castillo Freyre: Otro, gracias.

Rafael Santa María D'Angelo: Muy bien. Agradecemos a la doctora Cabello por su conferencia, y ahora cedemos la palabra a la doctora María del Carmen Delgado Menéndez. Ella es profesora de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Doctora, por favor.

María del Carmen Delgado Menéndez: Buenas noches.

Me siento profundamente emocionada. Mario, es un homenaje a tu excelencia académica, pero también a tu gran valía como persona, como amigo.

Sabes del profundo cariño que te tiene toda mi familia y la gran consideración que te hemos tenido siempre y que, por supuesto, continúa y se extiende a toda tu familia. Y, justamente, nos toca reflexionar acerca de la familia en el siglo XXI.

Como lo ha dicho y como lo han dicho las profesoras que me han antecedido, la familia hoy y mañana constituye el proyecto de vida más importante que tenemos los seres humanos, y ahora se ha evidenciado enfrentando, incluso, un contexto de pandemia, por lo tanto, son innumerables los retos que presenta desde la forma cómo se constituye; la forma cómo se compone; cómo se procrean a los hijos; los deberes y derechos que nacen entre unos; entre padres biológicos y padres no biológicos; en aspectos que tienen que ver con bienestar y también con la economía; con el patrimonio de las familias.

En estos breves minutos me voy a centrar en el aspecto económico o patrimonial de las familias internacionales. Familias internacionales que en este mundo globalizado se constituyen diariamente; personas de diferentes nacionalidades se casan o que tienen diferentes domicilios, o que se casan en un país y constituyen su domicilio en otro, y luego se van cambiando de país a país por motivos laborales, por motivos de trabajo, de estudio, o lo que fuera, y van creando relaciones jurídicas, van adquiriendo bienes formando un patrimonio que no sólo se relaciona con la familia, sino que también involucra a terceros.

Y en estos casos, ¿cómo se regula? ¿Cuáles son los sistemas económicos matrimoniales que rigen las familias internacionales? Cuando pensamos en un régimen económico matrimonial, los primeros que surjan a nuestra

mente, los más difundidos, es el de comunidad de bienes, y de separación de patrimonios.

El de comunidad de bienes en el Perú se constituye a través de la sociedad de gananciales, pues todos sabemos que consiste en que durante el matrimonio, todos los bienes que se adquieran por los cónyuges son de ambos; son de la sociedad; y, por lo tanto, la administración y los frutos, las ganancias y las utilidades de esos bienes, son de ambos. Excepcionalmente pueden conservar los bienes propios, si es que los tenían antes de contraer matrimonio o los adquieren luego de manera no onerosa; vía la herencia, vía donación.

Existe por oposición el régimen de separación de patrimonios, donde cada uno va a conservar sus bienes propios, su administración, y también va a percibir las utilidades de los mismos.

Pero, había un tercer sistema que no por el hecho de ser menos difundido es menos importante que los demás, que es el sistema de distribución de utilidades de un matrimonio o del sistema de ganancias acumuladas durante el matrimonio.

¿En qué consiste? Toma este régimen aspectos de los que anteriormente hemos mencionado; es decir, durante el matrimonio en este tercer régimen cada cónyuge va a conservar sus bienes propios, tanto los que tenía antes de casarse como los que adquiera durante el matrimonio; y, por tanto, va a tener la titularidad, la administración y las utilidades que vienen de estos bienes, y los va a tener cada cónyuge por separado.

Pero, aquí viene la diferencia, que es con su disolución. Con la disolución del matrimonio con motivo de muerte de uno de los cónyuges o con motivo de divorcio.

En estos casos, lo que va a pasar es que las utilidades provenientes de los bienes propios de cada cónyuge, se van a combinar, se van a licuar en un conjunto, que luego se van a distribuir igualitariamente entre ambos cónyuges. De tal manera que, al momento de disolverse el matrimonio,

los cónyuges van a recibir de manera igual, las utilidades, el conjunto de utilidades que se produjo durante el matrimonio con los bienes de uno, más con los bienes del otro. Se suman ganancias o utilidades.

¿En qué sistemas jurídicos se aplica? Bueno, todos los sistemas jurídicos en el mundo tienen normas que establecen un régimen obligatorio que se va a aplicar a los regímenes matrimoniales de manera sustitutoria cuando los cónyuges no han elegido un régimen determinado aplicable a su matrimonio.

Entonces, como el caso del Perú, que se establezca que el régimen sustitutorio, régimen de sociedad de gananciales si no han pactado los cónyuges, antes o luego del matrimonio, el régimen de separación de patrimonios.

Pero, existen otros países en que ya han incorporado en su legislación la aplicación obligatoria de este tercer régimen de distribución de utilidades o de ganancias acumuladas, en caso de que los cónyuges no hubieran optado por un régimen de sociedad de gananciales, o bien por un régimen de separación de patrimonios.

Por ejemplo, el caso de Alemania, que lo contempla su Código Civil, desde principios de los 1950; es el caso de Suiza, que hace algunos años lo ha incorporado como sistema sustitutorio; es el caso de Grecia; Quebec en Canadá; Costa Rica, entre otros.

Entonces, ¿qué pasa en el Perú? En el Perú tenemos una división entre los matrimonios nacionales y los internacionales.

Si se trata de un matrimonio nacional, por aplicación del artículo 295 del Código Civil, sólo podemos elegir entre un régimen de sociedad de gananciales o un régimen de separación de patrimonios, y como decía la doctora Cabello Matamala, cuando se trata de uniones de hecho, ni siquiera se puede elegir.

En el caso de matrimonios internacionales, es muy distinta la situación. ¿Por qué? Porque de acuerdo a nuestras normas de derecho internacional privado, lo que se va a aplicar, lo que hay que buscar, es cuál es la ley aplicable en función del domicilio de los cónyuges.

Pero, ¿qué domicilio? De acuerdo a nuestro Libro X del Código Civil, lo que determina el régimen patrimonial; la ley aplicable del régimen patrimonial de una familia internacional, es la ley donde tuvieron su primer domicilio. Su primer domicilio que podría haber sido hace veinte años y que, de repente, los últimos diecinueve ha tenido domicilio en otro lugar.

Entonces, no se aplica, de acuerdo a nuestras normas de derecho internacional privado, artículo 2078, ni el lugar donde se casaron, ni el lugar donde domicilian en el último domicilio, sino el juez peruano, el operador jurídico peruano que enfrenta un divorcio internacional, debe aplicar la ley donde los cónyuges constituyeron su primer domicilio. Y, por ejemplo, si este primer domicilio fue constituido en Alemania, y los cónyuges no pactaron algo distinto vía capitulación matrimonial u otros acuerdos, se va a aplicar el régimen estatutario previsto en la legislación alemana, que es el régimen de distribución de utilidades o de ganancias acumuladas.

Una reflexión final respecto a este tema. Lo que se ha buscado durante estos años con esta búsqueda de nuevos regímenes, es que sea más equitativo, más igualitario o más pacífica la disolución de un matrimonio o, por lo menos, menos conflictiva. Y se considera que este sistema de distribución de utilidades o sociedad de gananciales podría ser para muchas familias una forma más pacífica de distribución del patrimonio cuando se disuelve éste, sea por muerte o por divorcio.

En los países anglosajones, fundamentalmente, donde tienen como regla la aplicación del sistema de separación de patrimonios cuando las partes no han previsto lo contrario en una capitulación o en un acuerdo prematrimonial o postmatrimonial, se han dado muchísimos casos de desequilibrios demasiado grandes, inequidades entre cónyuges que terminan no teniendo nada en su patrimonio, o no terminan teniendo nada de utilidades, aun cuando durante el matrimonio contribuyeron de manera

importante a la generación del patrimonio del otro y al bienestar de la familia. Es por eso que legislaciones como la de Inglaterra o la de Gales, a principios de los setenta, la Ley de Causas Matrimoniales establece que son los jueces ingleses o de Gales, los que tienen que liquidar el patrimonio, teniendo en cuenta el bienestar de los hijos menores o que tengan algún problema de discapacidad, en beneficio de ambos cónyuges, y además estableciendo sistemas de compensación para que el cónyuge que no obtuvo ningún bien propio durante el matrimonio o no generó utilidades, pueda haber compensado si es que contribuyó significativamente al incremento del patrimonio o de las utilidades del otro.

Entonces, en esta búsqueda por sistemas más equitativos que se ajusten más a las realidades de las familias del siglo XXI, nosotros propondríamos en el caso de los matrimonios nacionales en el Perú, que se permita una modificación al artículo 295, y que se establezca una alternativa adicional para que los cónyuges, antes o luego de casarse, puedan optar no sólo por un sistema de separación de patrimonios, sino también puedan optar, si así lo desean y le conviene a sus intereses, por un sistema de distribución de utilidades o de ganancias acumuladas obtenidas durante el matrimonio.

Y también proponemos que se revisen nuestras normas de derecho internacional privado, porque establecer como la ley aplicable un régimen económico, la primera, la ley del primer domicilio que tuvieron los cónyuges, no necesariamente es la que tiene la mayor vinculación, la mejor vinculación con la realidad actual de las familias al momento que quieren o que se van a disolver.

Y ya lo tenemos que en el Convenio de La Haya, en el año 1978 sobre este tema, y en los reglamentos europeos del año 2016, se contempla la posibilidad de que se pueda aplicar la ley que sea más vinculada, que tenga una vinculación más estrecha con la familia, con su régimen económico patrimonial, al momento de su disolución.

Muchísimas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias a ti, Maricarmen.

Un abrazo para ti y para toda la familia.

María del Carmen Delgado Menéndez: Mil gracias. Abrazo virtual para todos y para ti, sobre todo.

Mario Castillo Freyre: Gracias.

Rafael Santa María D'Angelo: Agradecemos a la doctora Delgado por su participación, y ahora cedemos la palabra al doctor Eduardo Sambrizzi. El doctor Sambrizzi es miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Buenos Aires.

Doctor Sambrizzi, bienvenido.

Eduardo Sambrizzi: Bueno, muchas gracias. Muy buenas tardes.

Agradezco haber sido convocado a este muy merecido homenaje al doctor Mario Castillo Freyre por sus treinta años como profesor. Aprovecho para hacerle llegar a Mario un fuerte abrazo y un cariño para su mujer, Laurita, quien, sin duda, ha contribuido en muy importante medida a los éxitos de la carrera jurídica de su marido.

Bien, hoy voy a referirme al tema de la familia en el siglo XXI.

En la actualidad, el concepto de «familia» ha pasado de ser únicamente la unión de un hombre y una mujer institucionalizados por el matrimonio, a tener una acepción multívoca, pues no sólo comprende a aquellas personas unidas por un vínculo legal, sino también a personas de distinto sexo relacionadas sexualmente que conviven sin estar institucionalizadas y que se encuentran unidas por una relación afectiva de carácter singular, estable y exclusivo, que comparten un proyecto de vida en común, tengan o no tengan hijos.

Si bien todas esas formas familiares merecen protección, ello no debe ser, a mi juicio entendido, en el sentido que se le debe conceder los mismos derechos, pues a la sociedad le interesa promover a la familia institucionalizada por el vínculo matrimonial, a la que el derecho debe priorizar por el mayor compromiso asumido por los esposos y la seguridad que para sus integrantes resulta de esa circunstancia.

También constituye una familia la llamada «familia monoparental», que es la constituida únicamente por uno de los padres y él o los hijos, por faltar el otro padre, sea por fallecimiento o divorcio o separación de hecho, o inclusive, en los casos de adopción, procreación por una sola persona.

Asimismo, desde hace años se ha puesto en boga el concepto de «familias ensambladas», compuestas de personas separadas o divorciadas y vueltas a unir con un tercero, generalmente con hijos de uno o de ambos lados.

Me parece importante señalar que la familia es una institución formada por personas vinculadas entre sí por la unión intersexual y la filiación, cuya finalidad es por medio de la asistencia y la cooperación, así como por la transmisión de los valores morales, religiosos, la de procurar a todos sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales. Por lo que, a mi juicio, la unión de dos personas del mismo sexo, no constituye una familia. Como tampoco puede calificarse de tal modo el caso de personas que conviven con finalidades tales como podría ser, por ejemplo, la de compartir gastos o cuando lo hacen, simplemente, por amistad.

Al igualar la ley la homosexualidad a la heterosexualidad y permitir el casamiento entre sí de personas de igual sexo, pierde la familia uno de sus fines distintivos, como es la procreación.

Con lo que se ha pretendido dejar de lado que la propia naturaleza del hombre posibilita, la unión de personas de distinto sexo, con la finalidad de crear vida, por lo que, desde un punto de vista natural, no puede existir, a mi juicio, una familia formada por dos personas del mismo sexo, sean mujeres u hombres.

No se necesita ser muy perspicaz para advertir que lo que ha ocurrido con el matrimonio homosexual es la penetración lícita y llana de la ideología de género del orden jurídico, de nuestra vida social y cultural; ideología que, en palabras de Ciro de Martini, es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical o de género en las últimas décadas con una singular eficacia.

Curiosamente o quizá no tanto, la ampliación del concepto de familia ha coincidido con su debilitamiento, fundamentalmente, a través de la sanción de distintas normas legales, lo que llama la atención, si tomamos en cuenta la necesidad de protegerla, por cuanto, tal como se ha dicho tantas veces, la familia que tiene un basamento en la naturaleza, constituye la célula básica de la sociedad, lo que la distingue como una institución absolutamente necesaria para el desarrollo del género humano, a pesar de lo cual, en el siglo XXI se han ido modificando las leyes sobre divorcio, de una manera tal, que se ha ido debilitando a la familia matrimonial, al ser cada vez más fácil y rápido, divorciarse, habiéndose llegado al punto de que en muchos países, entre los que incluyo a la Argentina, cualquiera de los esposos puede requerir que se decrete su divorcio sin fundamento alguno, más que la propia voluntad, y en muy escasas semanas. Se ha hablado de divorcio *express*. Siendo necesario un tiempo de espera desde su celebración y con menos exigencias que para resolver un contrato, y sin que ello genere casi ninguna consecuencia.

Por lo que más que un divorcio, en Argentina se ha consagrado un verdadero repudio, como existió entre los egipcios hace alrededor de cinco mil años.

Y hay legislaciones en las que es algo supuesto de excepción. Ni siquiera es necesaria la intervención de un juez para decretarlo. Y cuando interviene, lo hace casi como un mero operador administrativo. Con lo cual se ha dado preeminencia a la subsistencia del amor por sobre el compromiso oportuno y livianamente asumido por los esposos, vaciando de tal manera de sentido y contenido a la familia matrimonial.

En la legislación argentina se han eliminado o, al menos, pretendido eliminar, los principales deberes caracterizantes de la familia matrimonial, como es de fidelidad, que ha sido considerado únicamente como un deber moral, habiéndose querido hacer desaparecer del derecho de familia los contenidos éticos y de orden público, y consagrado un matrimonio con escasos deberes, sin responsabilidades, reduciéndose luego a un mero contrato sobre bienes, y alejándolo de la idea de unión estable y permanente abierta a la transmisión de la vida.

Bien puede afirmarse, por tanto, que la legislación argentina vació al matrimonio; y, por tanto, a la familia matrimonial de contenido; la vació de contenido; la destruyó, dejando en su lugar un nombre y una apariencia.

Claro que eso no ha ocurrido de un día para otro, debiendo recordar al respecto que ya Engels, en el siglo XIX, en su libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, pretendió la destrucción de la familia por medio de la facilitación del divorcio. Habiendo también sostenido que las instituciones que creó el hombre para someter a la mujer, han sido el matrimonio y la familia, porque, a través de ellos —ha dicho— ha sido posible relegar a la mujer a la maternidad.

También ha influido en el debilitamiento de la familia el feminismo radical. Para Simone de Beauvoir, las actividades de procreación y maternidad son actos repetitivos que impiden trascender; que hacen pasiva a la mujer, la que para liberarse de lo que denomina «estado de opresión», ha sostenido que hay que eliminar los medios históricos de que se ha valido el hombre para el sometimiento y la dominación de la mujer; tales como, entre otros, el matrimonio y la familia. Que Simone de Beauvoir entiende que constituyen simples construcciones sociales o culturales.

También se ha atentado contra la familia mediante el debilitamiento de la autoridad de los padres sobre sus hijos.

En el Código argentino se han eliminado las palabras «padre» y «madre», reemplazándolas por la de «progenitores», atentando de tal manera contra la familia heterosexual.

También atenta el nuevo Código argentino contra la familia, al eliminar la mención de una serie de derechos de los padres sobre sus hijos, que se hallaban contenidos en el derogado Código Civil, en lugar de lo cual, se les da a estos últimos una serie de derechos que, de alguna manera, socaban la autoridad de sus padres, como, entre otros, el tener que respetar el derecho de los hijos a participar en su proceso educativo.

Otro ataque contra la familia, resulta el hecho de haber el Código pretendido la eliminación del deber de corrección que los padres tienen con respecto a sus hijos menores de edad.

No obstante, parece claro que, mientras los padres tengan el deber de educar a los hijos, tienen también el deber de corregirlos.

Lo que no implica, naturalmente, que puedan hacerlo mediante la utilización del maltrato físico ni corporal, ni la humillación o la vejación.

Y, con respecto al deber de obediencia, los padres por parte de los hijos, de acuerdo al Código argentino, sólo existiría en tanto y cuanto las decisiones de los padres no contraríen el interés superior del hijo.

¿Es que acaso —me pregunto— se ha pretendido que los padres deban recurrir a la justicia para que resuelva si las decisiones que ellos toman, contrarían o no el interés superior del hijo?

De más está señalar los efectos deletéreos que dicha disposición puede traer aparejados por la autoridad de los padres; y, por tanto, de la familia.

Lo que también ocurre, por ejemplo, y entre otros supuestos, con la necesidad de contar con el consentimiento expreso del hijo menor de edad, de trece o más años, para administrar sus bienes o para viajar con él al exterior del país, o con la disposición que presume que desde temprana

edad de trece años, el menor tiene aptitud para decidir por sí, respecto de determinados tratamientos médicos de cierta relevancia.

Todo lo cual también constituye un claro ataque a la familia, fundamentalmente, a la autoridad de los padres, que aparece seriamente menoscabada.

Siendo el sistema instaurado en el Código argentino peligrosamente irreal, el cual no beneficia a los hijos, pues el retaceo y el debilitamiento de la autoridad paterna, terminarán afectando su buena formación y sólido desarrollo.

Los redactores del Código —del Código nuevo—, me estoy refiriendo, han confundido autoridad con autoritarismo, pareciendo haber olvidado, que como ha sostenido Joseph Ratzinger, antes de ser elegido Papa, es propio de la naturaleza del hombre necesitar una autoridad.

Resulta claro que la autoridad de los padres no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como natural objetivo cuidar físicamente a los hijos y velar por su formación moral y espiritual, en sentido amplio, ejerciendo el indispensable control de conducta y asumiendo la consiguiente responsabilidad que los actos de los hijos pudiesen generar.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Eduardo. Muchas gracias.

Eduardo Sambrizzi: A vos también. Gracias.

Mario Castillo Freyre: Gracias.

Rafael Santa María D'Angelo: Agradecemos la participación del doctor Sambrizzi, y cedemos la palabra al doctor Francisco Segura.

El doctor Segura es director del capítulo paraguayo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Doctor Segura, bienvenido.

Francisco Segura: Muchas gracias, Rafael. Gracias a todos los colegas presentes.

Cuando uno ve las caras de los amigos, Eduardo, Zulema, Mario, se acuerda que, en realidad, estas cosas del Zoom pueden ser muy cómodas en algún aspecto, pero muy tristes en otras, porque sin el abrazo, sin el café, sin el ¿cómo se llamaba, Mario? ¿Pisco *punch*?, no es lo mismo en la vida, ¿no es cierto?

Pero, bueno, hacemos lo posible por que sea lo mismo. La verdad que, por alguna razón misteriosa, cada vez que me toca participar en actividades organizadas por amigos de Perú, en este caso, una tan querida como el homenaje tan merecido a Mario Castillo, me toca en temas relacionados al derecho de familia, cuando, en realidad, si bien simpatizo con los temas, no soy ni muy cerca un experto en ellos.

Sin embargo, creo que el aporte que puedo ofrecer es recordar a un gran maestro, más que del derecho civil, casi de la filosofía del derecho, aunque empezó como civilista. En realidad, dos: a François Geny y a Raymond Saleilles.

Estos dos grandes maestros enseñaban algo que es imprescindible y, a veces, olvidamos, como dice un profesor norteamericano, Paul Kahn, hay hoy la idea de que la teoría molesta y la práctica es la necesaria.

Entonces, los estudiantes dicen: «Mucha teoría y de qué me sirve»; y Paul Kahn nos recuerda que el problema de nuestros días —y yo comparto eso—: la falta, el abandono de las teorías y el exceso de práctica.

Entonces, Geny enseñaba que cuando uno enfrenta conceptos —cualquiera— primero debe fijar si estos conceptos son dados o contruidos.

Hay conceptos que son dados o, al menos, hoy hay cierta uniformidad en que hay ciertos conceptos que son dados; por ejemplo, la muerte, tan tristemente de moda en estos días en nuestros países.

La muerte es un concepto dado, por mucho que el legislador dispusiera por ley que la gente no se va a morir, pues la gente se va a morir. Por supuesto, éste es el ejemplo más simple.

Hay otros conceptos que son contruidos: la propiedad. Qué duda cabe de que es un concepto contruido. En el medio, la lucha del derecho, como lo dice muy bien el maestro Ripert, es la lucha de las fuerzas confluente para determinar si un concepto es, en verdad, dado, y entonces el derecho nada tiene que decir sobre ello, sino, al menos, regularlo como es, porque la naturaleza lo impone, tenemos que regular la muerte, pero no podemos, por ahora, cambiar la muerte. O si el concepto es contruido. Y, si el concepto es contruido, es lógico que evolucione a medida que la sociedad que lo construye, lo elige. Es una evolución natural del concepto.

Luego, en algunas materias, esta evolución natural del concepto, se produce de manera relativamente temporal y pacífica. Por ejemplo, la evolución natural que ha tenido el concepto de contrato, a partir de los años 1950 hasta nuestros días, con la incorporación de las figuras del derecho del consumidor, el cambio en la teoría general, la idea del contratante débil, el contratante profesional, la intervención del tercero por mayor o menor poder, a través de la teoría de la imprevisión o cualquier otra semejante, es una evolución que, aunque ha tenido y tiene tensiones, es una evolución que se produce naturalmente. Lo mismo ha ocurrido con la función social de la propiedad. Tal vez ahí las tensiones son un poquito más intensas.

Pero, hay otros conceptos donde esta evolución natural produce crisis. Y Ripert y Geny, generalmente, ponen como ejemplo, justamente, las cuestiones del derecho de familia, porque en las cuestiones del derecho de familia es donde esa evolución natural hace crisis. Y hace crisis porque las fuerzas en conflicto que tensionan, son poderosas.

Entonces, podemos escuchar exposiciones como la de la doctora Carmen Julia, imposibles de no compartir desde el punto de vista de la sociedad actual.

Pero, por otro lado, escuchamos la opinión del maestro Sambrizzi, y nada de lo que él dice puede negarse como hechos ciertos.

O sea, ¿se entiende? La tensión en el derecho de familia llega a hacer crisis. Hace crisis, porque tanto —disculpen que los utilice de ejemplos, distinguidos maestros— tanto las opiniones de la doctora Carmen Julia y las opiniones del maestro Sambrizzi, tienen aisladamente tienen el mismo grado de razón, y entonces ¿qué hacemos?

Y, entonces, ahí es donde dice el maestro Geny: «Lo que hay que hacer, y ése es el trabajo de la ciencia, no el trabajo del juez, es ponernos de acuerdo en el concepto inicial. Y la pregunta inicial es dura y difícil. El matrimonio o el matrimonio heterosexual —como mejor lo define el maestro Eduardo— ¿el matrimonio heterosexual y la familia naciente de ese matrimonio heterosexual es un concepto dado o es un concepto construido?

Y encontramos corrientes filosóficas, opiniones religiosas o lo que fuere en ambos sentidos.

Mientras no nos pongamos de acuerdo en ello, si es que eso es posible, el problema siempre va a tener gente que se sienta victoriosa y gente que se sienta derrotada. Ya la cosa no es simple. Porque, si bien uno puede decir, hemos de aceptar que es concepto construido que tiene que evolucionar, que no necesitamos seguir apegados a la idea de un matrimonio heterosexual, tradicional, fundado en la idea de autoridad, sino que hay que fundar la familia en la idea democrática, quedaron muy bien expuestos los dos principios. En ambas situaciones nos quedan problemas por resolver.

Si nos mantenemos apegados a la idea de la familia heterosexual tradicional, fundada en la autoridad, qué duda puede haber de que hay un grupo en la sociedad y es indiferente que sean muchos o pocos, porque son personas que quedan fuera de esa institución. ¿Podemos aceptarlo? Sí,

tal vez, no. Pero, si decimos, no, es mucho más noble, necesario, propio de los principios modernos aceptar que hay que dar por modificado este concepto construido y llenar a la familia y al matrimonio de las nuevas realidades socioculturales, pues, bien, tengamos cuidado de que nos exponemos, como dice el gran maestro argentino Ciro Caldani, a que el día de mañana alguien reclame que se reconozca su matrimonio con un caballo.

Yo, simplemente, sin tomar partido, quiero dejarles estas ideas y recordarles que el rol de la ciencia, porque si es que existe algo como la ciencia jurídica; no vamos a entrar en esa discusión, porque ahí nos vamos hasta el lunes, ¿no es cierto? Si existe algo como la ciencia jurídica o como el arte del derecho, como dicen otros, si existe algo como eso, su rol es definir esos conceptos.

Para terminar, nosotros estamos acostumbrados; hemos sido entrenados con el moderno racionalista, a que la ley fija conceptos y en base a los conceptos fijados por la ley, construimos principios.

Así nos enseñó el derecho tradicional; así lo enseña Portalis en el célebre discurso de presentación del Código Civil francés, así tal cual lo enseña. Y hoy vivimos en un derecho que tiene principios que construye soluciones casi para cada caso.

Entonces, ¿cómo podemos dejar esto afuera?

Entonces, al final, las normas terminan siendo, en gran parte, como ya lo anticipaba hace setenta años el célebre Carnelutti, nuestro derecho puede terminar siendo, si los científicos no hacen bien su trabajo, simplemente, un derecho de los pretores.

Para terminar, querido Mario, sería una falsedad de mi parte decir que somos grandes amigos, porque nos conocemos hace unos pocos años, pero Mario tiene las dos particularidades que definen a un gran hombre.

Primero, hace sentir a quien lo conoce su amigo de toda la vida. Y, segundo, como diría el gran maestro chileno Ramón Domínguez, afortunadamente, tiene grandes enemigos.

Muchas gracias y buenas noches.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Francisco. Me ha gustado mucho esa última parte.

Rafael Santa María D'Angelo: Muy bien, cerrando este bloque correspondiente a la mesa n.º 3, corresponde dar mis palabras, entonces, me cedo la palabra a mí mismo.

Yo quisiera, en esta oportunidad, referirme a un tema que está muy presente en la jurisprudencia peruana, y que, si uno lee, digamos, estadísticas en los últimos años, se dará cuenta de que son los casos que más demanda judicial tienen. Y lo que he denominado a esta participación es «Entre la judicialización de la familia y el deber jurídico de su protección».

Cuando hacía referencia a estadísticas, básicamente, hacía referencias a cómo en el Perú, en los últimos años, hemos llegado a más de medio millón de casos judiciales referentes a materia de familia, convirtiéndose, prácticamente, en la materia que más carga le representa al Poder Judicial en el Perú.

Y, específicamente, en lo que se refiere a condenas a delitos contra la familia, representan el mayor número en porcentaje que en temas penales.

Entonces, uno podría decir qué está pasando con el Perú que tiende a crecer el número de casos a nivel judicial en materia de familia; superior a cualquier tipo de casos en lo civil o en lo penal.

Entonces, aquí yo creo que hay elementos para poder centrarnos y quisiera ver dos temas muy puntuales; uno referente a los alimentos, otro referente a la violencia familiar, con la idea de que en ambos casos quiero girar la mirada hacia el deber jurídico de la familia.

Respecto al primer punto, queda claro que, en tema de alimentos, el deber-derecho de prestar alimentos está consagrado en la Constitución, y

somos de los países que, en caso de existir una deuda alimentaria por mandato judicial, es imperativa y justamente aplicable la prisión por deuda.

Es decir, en otros países no cabe esto, pero en el Perú una persona puede ir presa por una deuda alimentaria. Y ése es un punto que, en algún momento, se ha discutido, en algunos foros, si es conveniente o no, y la conclusión a la que se ha llegado en estos foros era que, dada la idiosincrasia del peruano, si es que no tiene mandato judicial, recién ahí puede pagar, pero sí tiene que llegar a ese extremo para poder cumplir una obligación. Es un tema discutible. Es un tema para analizar.

Pero, creo que también en esto ayuda mucho entender cómo ha ido complementándose esa definición de alimentos. Y aquí concurren dos normas, presentes en el Código Civil, y también presentes en el Código del Niño y Adolescente.

Se entiende que no es únicamente un tema de sustento alimenticio; hay muchos más aspectos: la habitación, la asistencia médica, digamos, posibilidades de que, en última instancia, permitan un desarrollo integral del menor.

Y en eso también es interesante entender cómo se han ido complementando normas que identifican a los sujetos de la relación jurídica; es decir, por un lado, al beneficiario, y por otro lado también, al beneficiario, al deudor.

Aquí yo creo que es importante entender, digamos, que en esa relación jurídica que se señala, donde intervienen, digamos, por un lado, el obligado es el cónyuge; está el descendiente, está el ascendiente, están los hermanos, incluso, también se señala a los hermanos mayores, los abuelos y otros tipos de parientes o responsables del niño o adolescente. Queda claro que el beneficiario siempre va a ser el menor o adolescente; en un momento también puede ser el cónyuge a cargo del menor, y también mayores de edad que, por un lado, por sus estudios o por una atención muy particular, debido a una incapacidad física, requieran de estos alimentos.

Ahora bien, establecido este principio constitucional; establecidos los sujetos; establecido, digamos, el concepto mismo de alimentos, yo creo que es interesante, y esto, en algún momento, aquí en Arequipa, donde tengo el gusto de servir en la Universidad Católica San Pablo, en algún momento hemos realizado estudios muy interesantes conexos con la realidad de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Y esto nos ha ayudado mucho para entender no solamente un aspecto llamémoslo teórico, sino también práctico de la situación como se vive; y, específicamente, entender los criterios para fijar alimentos, y aquí concurre en esta relación jurídica de obligado con beneficiario, la situación de entender que hay una necesidad: quién los pide, en este caso el menor, y también la posibilidad del obligado.

Visto esto desde la perspectiva del beneficiario, queda claro que toda la atención debe girar en torno a éste. Es decir, tenemos un menor que necesita sustento; necesita comer; necesita un apoyo emocional, material, para decirle: «Te estamos dando la posibilidad de desarrollarte como persona, y aquí estamos».

Entonces, yo creo que esto vale mucho. Porque, fíjense ustedes, entender su salud, entender la condición de su educación, entender la edad que tiene, todo esto nos lleva a poder, precisamente, buscar un mayor elemento; mayores elementos, mejor dicho, para establecer estos criterios. Si se trata de un mayor de edad, si está cursando una carrera universitaria; bienvenida sea. Pero, si no. Si tiene condiciones laborales, habría que ver cómo armonizar esta situación.

Pero, respecto al obligado, yo creo que es muy importante entender que, en esos criterios, el trabajo del obligado, la capacidad de ingresos y la capacidad laboral.

Y en esto se tiene que tener mucha claridad respecto a los padres, tanto en este caso porque esto, mayoritariamente, las demandas giran en torno a los padres, pero también entender que, en algunos casos, se tiene que tener la mirada hacia la madre, que puede también generar ingresos, y sobre todo siempre en perspectiva del menor.

Vemos casos, y aquí es interesante, porque si uno revisa las normas en el Perú, hay una obligación solidaria, y, sin embargo, poco se aplica esto. Es decir, nos damos el caso en que nos enredamos a nivel judicial y la atención al menor queda postergada porque no existe esa posibilidad de una solidaridad familiar que me parece que aquí es claro.

Lo mismo, y la experiencia comparada ayuda mucho, y la mirada, por ejemplo, en Canadá, en otras realidades, ayuda a entender que el Estado no se puede desentender del menor, como diciéndome, es un problema entre privados, y yo, ante una situación concreta de un menor desvalido, me despreocupo. No, yo creo que es muy importante que el Estado tenga que actuar subsidiariamente, dándole o tratándole de dar posibilidad laboral o ver la capacidad frente a los padres.

Acá lo que se busca no es generar un aval, digamos, a una responsabilidad del padre, o en este caso, de los padres, sino sobre todo el apoyo concreto a un menor. Yo creo que esto es clave en un proceso de alimentos: no dejar de ver la perspectiva del menor, una ayuda que tiene que ser pronta, y no postergarse a un par de años o hasta que vaya preso para recién poder exigir.

Ahora, respecto al tema de violencia familiar. También aquí hay mucho por aportar y por una cuestión de tiempo me voy a limitar. Yo creo que siempre la mirada tiene que estar hacia un principio, que es el principio constitucional igualdad: igualdad entre mujer y varón.

Esto es clave. La mirada siempre. Cualquier aspecto de violencia tiene como aspecto armónico este principio: igualdad entre varón y mujer. Igualdad que implica también ver ciertas diferencias, y que es natural en ese aspecto de la complementariedad entre varón y mujer.

Aquí ha habido todos unos cambios de ley desde la ley anterior, que data del año 1993: la Ley n.º 26260 hasta la nueva ley, que se publicó en el año 2015. Inicialmente, se hablaba de violencia familiar, ahora se habla de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.

Uno puede hacer una comparación de esta ley y hay aspectos muy saludables. Destacar, de una parte, que parece importante no reducir a la familia a un aspecto de violencia, porque, en realidad, la familia no está, digamos, sesgada por un tema de violencia, lo cual tampoco impide reconocer que, en algunos casos de familia hay actos de violencia.

La ley; esta ley actual tiene una protección mayor hacia la mujer, y respecto a los demás miembros del grupo de familia, es un tema también para analizar y ponerlo en consideración, me parece muy valioso que la ley ponga en la mirada también la prevención. Es un tema muy importante para seguir trabajando.

Y aquí algo también que me parece muy importante porque, si uno va analizando; es un tema también que me ha tocado analizar; uno va analizando en los últimos años, no solamente esta ley sobre violencia contra la mujer y miembros del grupo de familia, sino también ver leyes conexas; todo el aporte que se ha dado a nivel de feminicidio, políticas públicas que iniciaron con un plan de igualdad entre varón y mujer, y ahora tenemos una política nacional de género, pero que es curioso porque en el último plan que tenemos actualmente vigente sobre género, nos hace referencia a un concepto que, después de dos décadas, uno diría: «Pero, tanto se ha trabajado y todavía queda este concepto de discriminación estructural contra la mujer». Es un tema para analizarlo.

Y, curiosamente, cuando uno analiza en el glosario el concepto de qué implica hablar de una discriminación estructural contra la mujer, hace referencia, básicamente, a grupos vulnerables.

Aquí hay toda una discusión. Lo hemos tenido en varios foros también. Si es que hablar hoy día de consideraciones de grupos vulnerables, específicamente, a esta comunidad LGTBI, es restarle la atención y la protección a la mujer. Es un tema para analizar.

Yo creo que respecto a la violencia también es importante tener una idea de tener esa capacidad crítica de qué cosa representa esta violencia.

Qué cosa como menoscabo, como daño frente de una posición a otra en concreto se genera.

Naturalmente, hay una violencia física, hay una violencia reconocida psicológico-sexual. Sin embargo, poco a poco se han venido extendiendo estos conceptos, con calificativos de violencia económica, violencia de género y, en algún momento, un plan nacional hacía referencia a violencia obstétrica.

Entonces, yo creo que hay que tener cuidado con estos conceptos que vamos incorporando, porque puede generar una situación de poca comprensión frente al concepto mismo, frente al daño, frente a los sujetos que intervienen, y yo diría, a las perspectivas siempre de igualdad en el principio que hablábamos de varón y mujer, y en última instancia, a una relación de familia.

Y hay un tema también para analizar, y con eso ya estoy terminando, respecto a la penalización de la familia.

A diferencia de la ley anterior sobre violencia familiar, hemos llegado a un caso de que cualquier situación de violencia familiar, digamos, debidamente analizada y probada, amerita, como primera instancia, lo judicial, y, claramente, quien atiende aquí, se trata de llevar a un proceso penal.

Les comento un caso suscitado aquí en Arequipa, sobre el cual hemos conversado aquí con algunos colegas que son jueces. Era el caso de un menor, cuyo padre le había prometido al inicio de año comprarle una bicicleta, siempre y cuando aprobara todos sus cursos durante el año académico.

¿Qué sucede? Que este niño que ya tenía toda la idea de su bicicleta a fin de año, ya le había comentado a sus primos y a sus amigos, reprueba matemática; es decir, no aprueba este curso y se va a vacacional.

El padre le dijo: «No te voy a comprar tu bicicleta porque quedamos en esto a inicio de año».

Pero, ¿qué sucede? Sin previo conocimiento, la madre inicia un proceso de violencia familiar contra el padre, aduciendo un maltrato psicológico respecto al menor e inicia todo un proceso, y esto me lo comentó un amigo juez. «Rafael, es increíble cómo lograr acá». Al padre lo notifican, en este caso, la denuncia por violencia familiar. Al padre, no solamente eso, sino como medida cautelar le impiden regresar a casa. Era una situación increíble.

El padre trabajaba para una farmacéutica importante, y con esta situación de que lo notifiquen al trabajo, quedó, prácticamente, paralizado en cuanto a labores. Y uno se podría decir: «Y todo esto; toda esta idea de violencia hasta qué efecto va llegando, ¿no?».

La ley anterior admitía una etapa previa de conciliación, de mediación.

Yo creo que es muy importante repensar este proceso porque, al final, algo que no se puede dejar de ver, y esta situación familiar es muy distinta a otros tipos de proceso, porque, como se ha mencionado, aquí de por medio hay relaciones que perduran. Es decir, la condición de padre y de madre frente a un menor va a quedar; va a quedar de por vida. Entonces, esta situación de ir generando una ley que, en vez de buscar una perspectiva que sume, que promueva la familia, en vez de generar este propósito, so pretexto de una violencia derivada de un derecho entre comillas, perjudica a una institución familiar.

No quiero tampoco generalizar. Hay casos y casos por analizar, pero me parece que es muy importante tener esa mirada en perspectiva, no únicamente agotada. No únicamente a una situación donde el Estado, al no tener políticas en prevención, busque en el Poder Judicial mandar todos unos casos que representan muchas veces, casos, digamos, donde cada expediente es un número y se deja de ver lo esencial: a la persona y a la persona interactuando en su realidad familiar.

Por último y de cara a lo que me parece muy importante, que tanto esas experiencias que les he contado en alimentos, en violencia, nos deben llevar a una reflexión sobre el deber jurídico.

Miren, algo hemos crecido en torno a lo jurídico, en torno a la exigencia de libertades, y en torno al reconocimiento de derechos. Pero, creo que hemos disminuido mucho en la consideración del deber. Y esto es clave.

Una situación que yo creo que amerita frente a esta situación, es entender que la perspectiva de un deber, más que una situación como una obligación que oprime, debe ser vista como un acto de libertad que enaltece y que enaltece específicamente porque ve a la persona al servicio del otro.

Esto es muy importante: el deber jurídico conecta a una persona frente al otro, y esto me parece muy relevante. Pocas consideraciones al deber jurídico, y miren, muestras como las que estamos viviendo, a nivel judicial, son una clara evidencia de que nos falta una formación jurídica que acentúe el deber jurídico.

Y, bueno, se ha mencionado tantas cosas de qué familia representar o mostrar al siglo XXI; yo creo que aquí hay algo clave. La familia ha sido, es y será siempre la misma porque la familia es una institución natural y así lo reconoce nuestra propia Constitución, y es natural porque en última instancia responde a la propia humanidad.

Alguien decía: «Una lectura sociológica de la familia nos muestra distintos tipos de familia». Es cierto, nadie lo discute, pero esa realidad sociológica tiene una inspiración antropológica, y esa inspiración antropológica es irrenunciable. Se entiende en una perspectiva de complementariedad de varón y mujer, que es irrenunciable. Por eso se vuelve universal.

Yo creo que entender que esta familia es la que se debe promover y defender, es lo que yo creo que nos muestra esta realidad.

Y, por último, miren, estamos viviendo tiempos muy difíciles en todo el mundo y esto también se muestra en el Perú. Aquí en Arequipa, de verdad, la cosa está muy complicada, pero les puedo decir, y alguna vez me ha tocado referirme sobre esto, yo creo que es el tiempo para mostrar que todas esas experiencias que estamos viviendo, y la familia es un claro ejemplo

de ello, nos debe llevar a actuar no tanto por la obligación; por el miedo a la sanción, sino realmente por el noble propósito de actuar por el deber.

Esto me parece que es ejercitar la libertad en un aspecto que no pocas veces se tiene olvidado.

No quería dejar de terminar esto, querido Mario, agradeciéndote por tu amistad y agradeciéndote por esos treinta años de magnífico aporte que has dado y que sigues dando al derecho en el Perú y en el mundo.

Un abrazo muy grande para ti y para Laurita.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Otro abrazo para ti, querido Rafael. Muchísimas gracias.

Gracias por todo.

MESA N.º 4: DERECHO DE SUCESIONES.
«LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO SUCESORIO»

Emilio Balarezo Reyes
Benjamín Aguilar Llanos
Domingo Rivarola Reiz
Julián Emil Jalil
Federico Alejandro Ossola

Rafael Santa María D'Angelo: Cedo la palabra al doctor Balarezo, quien es el encargado para el siguiente bloque.

Muchas gracias.

Emilio Balarezo Reyes: Muchas gracias, Rafael. Muchas gracias por el pase.

Muy buenas noches. Es un placer comunicarme y saludar a cada uno de los presentes.

En primer lugar, quiero agradecer al doctor Mario Castillo por la invitación de poder participar en este evento académico en su honor; también dar las bienvenidas a todos y cada uno a esta mesa n.º 4, que es la mesa relativa al derecho de sucesiones.

El eje temático que va a ser tocado por nosotros es «La responsabilidad civil y en el derecho sucesorio».

Cabe recordar que cada uno de los señores expositores va a tener quince minutos en el desarrollo de sus ideas y conclusiones, para progresivamente dar pase a cada uno de los señores expositores.

En primer lugar, vamos a ceder el uso de la palabra al doctor Benjamín Aguilar Llanos.

El doctor Benjamín Aguilar Llanos va a tener a su cargo la primera ponencia.

El doctor es profesor de derecho de familia y sucesiones en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Adelante, profesor Benjamín. Buenas noches. Adelante con su exposición.

Benjamín Aguilar Llanos: Buenas noches. Muchísimas gracias al comité que ha organizado este evento. Me parece muy merecido, tratándose del ilustre colega y amigo Mario Castillo Freyre.

A propósito de Mario Castillo Freyre, tratándose de un tema de sucesiones, yo decía un poco cuando recibí la invitación, a ver, cómo hago yo para tocar el tema sucesorio, teniendo la atención de Mario que recorre casi todas las disciplinas jurídicas, y las recorre con tanta certeza y con tanta minuciosidad que, la verdad, hay que valorarlo.

Y, entonces, se me ocurrió y dije: «Bueno, si se trata de tocar el tema sucesorio, pues, yo voy a hacer una relación del derecho de sucesiones con otras ramas del derecho», pero incidiendo en algunas ramas que Mario domina, pero a la perfección.

Y, comenzando un poco con las relaciones del derecho sucesorio con las otras disciplinas jurídicas, tocaré el tema de familia, porque es el último que se ha venido exponiendo, y los panelistas lo han hecho con brillantez.

Por ejemplo, uno de los señores panelistas hablaba de relativizar la autoridad paterna, refiriéndose a la patria potestad, algo que ya en el Perú viene ocurriendo, y viene ocurriendo desde hace buen tiempo. Y esto se debe, a propósito de la Convención de los Derechos del Niño.

También otro señor panelista hablaba del hecho de la muerte. Y, bueno, aquí me detengo, aun cuando no quisiéramos hablar de la muerte, pero es un hecho de la naturaleza que tiene consecuencias jurídicas, y, entonces, uno se pregunta y dice si la persona estando viva, pues está al frente de su patrimonio, lo administra, lo gobierna, genera riqueza, pero esa persona en algún momento ya no va a estar con nosotros. Y, entonces, la pregunta natural que surge es ¿y qué pasa con ese patrimonio que ha construido esa persona?

Y el Código Civil responde a esa pregunta y lo hace con una precisión, pero digna de encomio, desde el momento de la muerte de una persona, sus bienes, derechos y obligaciones, se transmiten a sus sucesores y este concepto de la sucesión de que una persona entra en lugar de otra —me estoy refiriendo a los sucesores— que entran en un lugar de aquella persona que ha muerto y reciben a nombre del causante, es importante, y es también conocido en la misma Constitución peruana: artículo 2, inciso 16, cuando alude como derecho de la persona al derecho a la propiedad y a la herencia.

Y, entonces, digo yo, el derecho sucesorio tiene una conexión estrechísima con el derecho de familia. Y cómo no la va a tener si la base, si el colchón donde descansa el derecho sucesorio, es el derecho de familia.

Si nosotros revisamos las instituciones del derecho sucesorio, como la representación sucesoria, como la legítima, como la sucesión legal, como el anticipo de herencia, como la colación, todas esas instituciones —he mencionado algunas— todas tienen que ver con el parentesco, y parentesco alude a las relaciones o conexiones familiares entre dos o más personas.

Tan importante es el derecho de familia para el derecho sucesorio, que, incluso, brevísimamente a un tema que necesita un interés, pero que creo que se le debería dar una mayor importancia, es al mal llamado hijo alimentista, propio del derecho de familia, pero que, oh, curiosidad o sorpresa, también es recogido en el derecho sucesorio.

¿Quién es el llamado hijo alimentista, a ver? Es aquel extramatrimonial no reconocido y declarado, pero que ha sido identificado como el varón que tuvo trato íntimo con la madre de este niño o niña en la época de la concepción. Y, entonces, se presume una paternidad, pero es una presunción de paternidad, pero que tiene un solo efecto. Ese varón está obligado a dar alimentos. Eso era una figura propia del derecho de familia, y ¿qué hace en el derecho sucesorio?

Hablaba el panelista anterior respecto de los alimentos, y los alimentos son un derecho fundamental de la persona. Yo diría que es un derecho humano, y por eso es que el derecho sucesorio lo recoge.

El derecho sucesorio lo recoge, precisamente, para regularlo, tanto en la sucesión legal como en la sucesión testamentaria. En ambos, los herederos, o en su caso, los legatarios se ven afectados ante la presencia del llamado hijo alimenticio.

Importante el tema. Por otro lado, el derecho de familia tiene una relación muy estrecha también con el derecho real, porque si una persona es llamada a una sucesión y esa sucesión implica que va a recibir o todo o parte de un patrimonio, pues ese patrimonio puede estar en manos de otra tercera persona que no tiene título alguno.

Y, entonces, estas acciones reales en el derecho sucesorio: acción reivindicatoria, acción petitoria de la herencia, tienen su base en el derecho real.

En el derecho de contratos; se diría ¿qué relación tiene el derecho sucesorio con el derecho de contratos? Como todos ustedes saben, en el Perú no se aceptan los pactos sucesorios o contratos sucesorios. Más aún, se prohíben los pactos sucesorios. Y yo, más bien, diría ahí, este tema es un tema por revisar, porque si la objeción surge de si estos pactos sucesorios se aceptaran, se estaría tocando, se estaría menoscabando la legítima.

Los pactos sucesorios que no funcionen con la legítima, pero sí pueden funcionar con la cuota de libre disposición del causante.

Entonces, esto es un tema que, de veras, llama la atención.

Quería yo referirme, en particular, a un tema de singular importancia para Mario: es el derecho de obligaciones.

Entonces, uno se pregunta y dice: ¿Qué conexión, qué relación tiene el derecho sucesorio con el derecho obligacional?

Pues, bien, analicemos. Desde el momento de la muerte de una persona, sus bienes, derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores, por lo tanto, aquél que acepta una herencia, en función de ejercer su derecho de relación, está aceptando el activo y el pasivo.

Tan es así que nuestro Código Civil regula el tema bajo la responsabilidad *ultra vires hereditatis* o la responsabilidad *intra vires hereditatis*.

Y ahora yo les digo: yo no estoy de acuerdo con la forma en cómo lo ha legislado el Código. A mí me parece que el legislador titubeó; el legislador dudó o el legislador no quiso tomar una posición clara porque en los artículos referentes hasta dónde va la responsabilidad de los sucesores por el causante, no queda claro en el Código Civil.

Por otro lado, cuando nosotros hablamos de obligaciones, y estoy hablando en el tema sucesorio. Las obligaciones en el derecho sucesorio se diferencian; ambos son pasivos, pero el Código los trata como deudas y cargas de la herencia. Repito, ambos son pasivos. Entonces, la diferencia dónde está y ¿cuál es la preferencia para sus pagos?

En primer lugar, estamos hablando de que las cargas de la herencia surgen a propósito de la muerte del causante. Cuando muere el causante; el causante puede haber muerto en una clínica. Estuvo treinta días y al cabo del treintavo día, murió.

Algunas de las personas que me escuchan pueden desmentirme al decir yo lo que voy a afirmar: ¿acaso la clínica deja salir al cadáver si es que no

se le ha pagado hasta el último sol? Ésas son cargas. Esas cargas son las que se tienen que afrontar en forma inmediata.

Como cargas de la herencia también no solamente son los gastos de la última enfermedad del causante, sino también son cargas, por ejemplo, los gastos de la administración judicial.

Y, ¿cuándo estamos ante una deuda? La deuda es la obligación contraída por el causante en vida. Y, entonces, uno se pregunta: ¿y por qué no lo pagó? Porque se murió, pues, y al morir se transmitió estas obligaciones, y entonces, los sucesores reciben esas obligaciones y tienen que asumirlas ¿con responsabilidad limitada o con responsabilidad ilimitada? Ése es un tema en discusión. Yo he tomado partido hace tiempo por la responsabilidad limitada, porque no me parece justo, de ninguna manera, que si estas obligaciones han sido contraídas por el causante en vida, en las que los sucesores no participaron para nada, tengan que asumir ese compromiso.

¿Saben qué? Si asumen ese compromiso y pagan esas obligaciones con su propio peculio, de su propio bolsillo sale ese pago, se termina desnaturalizando el derecho sucesorio. El derecho sucesorio está concebido como una suerte de beneficio; como una suerte de derecho natural, como al que los padres, al generar riqueza, lo hacen en función de, no sólo para satisfacer sus necesidades propias, sino también para satisfacer las necesidades de los suyos. Entre esos suyos que son sus familiares cercanos y directos, tienen una expectativa, y al morir el causante, van a recibir eso sin dar contraprestación alguna.

Entonces, ¿cómo permitiríamos que se reciba una herencia y luego uno termine pagando con su propio patrimonio? No tiene explicación eso.

El tema del derecho sucesorio verdaderamente es importante en toda sociedad.

Y voy a terminar diciendo lo siguiente. Si en una sociedad se regula el proceso hereditario con normas eficaces, y sobre todo normas pertinentes

que eviten los conflictos, y saben qué pena me da esos conflictos que están aumentando cada vez más.

Se dan en sucesiones, no entre terceros, no entre extraños; se da entre los mismos familiares. Y, entonces, eso deja mucho que desear. Cuando uno se inmiscuye en los temas sucesorios, uno va con una carga que tiene que afrontar, y decir cómo termino yo con este tema cuanto antes, porque veo enfrentados a los hermanos, o al padre con los hijos. Eso es horrible.

Mario, un abrazo grande y muy merecido el homenaje que creo yo que los ponentes te lo están haciendo con brillantez.

Gracias y muy buenas noches.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Benjamín. Un gran abrazo, maestro.

Emilio Balarezo Reyes: Muchas gracias, doctor Benjamín Aguilar por su intervención.

Continuando con el programa, vamos a ceder el uso de la palabra al doctor Domingo Rivarola, que es profesor de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Adelante, doctor Domingo.

Domingo Rivarola Reiz: Bueno, muchísimas gracias, antes que nada, por la invitación.

Mario, gracias por considerarme en la lista de este numeroso homenaje. Bueno, yo he sido, he tenido el privilegio de ser alumno de Mario como quizá muchos de los que están acá, como él siempre suele declarar; revelar en las declaraciones que hace en sus arbitrajes. Yo soy uno de los mil o dos mil alumnos que ha tenido a lo largo de su fecunda carrera de docente, y muchos de los que han sido inspirados, pues, para escribir, investigar con la prolífica obra que tiene Mario, y por sus clases, tantas clases en derecho de contratos, especialmente, contratos típicos. Y somos muchos los que

hemos optado en derecho civil, en parte, por sus enseñanzas, entre otros de los maestros que tenemos acá también.

Me ha tocado acá el papel especial de comentar algunas breves notas, porque tampoco mucho tiempo no hay, sobre la intersección entre el derecho de sucesiones y la responsabilidad civil. O sea, tema bastante amplio, y claro, la responsabilidad civil cada vez se trata de unificar el régimen de la responsabilidad civil para hacerlo unitario.

Profesores como Leysser León o Juan Espinoza propugnan por un régimen de responsabilidad unitario, nuestro Código Civil la ha tratado de manera diferente, pero, claro, muchos propugnan por un régimen unitario.

Para efectos didácticos, voy a tratar, de todas maneras, de separarla. Pero, antes que esto, todos sabemos que la transmisión de las deudas de la herencia, parten de la aceptación de la herencia, porque la herencia, claro, se puede recusar también.

Bien, y acá toco una anécdota que nos centra en los tiempos tan difíciles que venimos viviendo, que hacen además que este merecido homenaje no pueda ser presencial, y que tenga que ser por Zoom. Y los tiempos que vivimos del covid, que nos obligan a todos a apoyarnos especialmente.

Y es que me tocó ver un caso recientemente, que implicaba por una circunstancia excepcional y que claro no voy a revelara acá, porque atañe a la confidencialidad de quienes me buscaron. Tocaba invitar a una persona que estaba llamada a participar en una herencia que tenía... producida la relación por los poderes a renunciar a la herencia. Lo hizo, claro a regañadientes, pero estaba dispuesta a hacerlo. Pero, curiosamente estaba al límite de vencer el plazo para la renuncia de herencia, pero la cuestión es que no había podido hacerlo antes porque las notaría no estaban disponibles.

Y la gran discusión que se generó es que, bueno, claro el plazo para la renuncia no se interrumpe por ninguna situación, porque el Código lo que dice es que no se interrumpe por ninguna circunstancia.

Superada la situación, resulta que renunció a la herencia en el último día posible, sin contar la situación covid. O sea, llegamos a esa renuncia en el último día posible.

Ya, digamos, superé esa situación, lo cierto es que renunció a la herencia, pero lo que quiero decir con esto es que, si no se produce la renuncia, finalmente, la herencia se considera aceptada tácitamente.

Producida, entonces, la aceptación de la herencia, opera automáticamente la transmisión de derechos, cargas y débitos: deudas. Y en ese ámbito, entonces, lo que hay es, por la situación de responsabilidad extracontractual, ya que el distinguido profesor que me ha precedido habló de la cuestión contractual, en la cuestión contractual, claramente, es lo que hay: es una situación activa y una situación pasiva. Está el crédito y está el débito. Está el derecho de crédito y está la prestación. Entonces, simplemente, los herederos asumen créditos y asumen débitos.

Pero, creo yo es más interesante la situación de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué lo digo? Porque en la responsabilidad extracontractual pueden darse situaciones curiosas, porque puede darse el caso del llamado daño moral. ¿Y a qué me refiero con esto? A que, si es un accidente, claramente, hay un victimario. Entonces, surgen diversas facetas del daño.

¿Qué pasa, por ejemplo, con el proceso que está en curso? Existen las pretensiones planteadas, una sentencia condenatoria en trámite apelada, y existe, por ejemplo, una sentencia que reconoce el lucro cesante, que reconoce el daño emergente y reconoce el daño moral.

Hay fallecimiento, y entonces, hay sucesión procesal. Y los que reemplazan al causante en el proceso son los herederos. Entonces, la pregunta que sigue, entonces, es ¿los herederos qué asumen?, ¿qué posición asumen? Pretensión de daño emergente, lógicamente, y la posición en el proceso, porque daño emergente es un activo. Asumen el lucro cesante, sí, el lucro cesante es un activo. ¿Asumen también la pretensión de daño moral, que

reclamó el propio causante por su propio sufrimiento, o es un daño extra-patrimonial?

La segunda pregunta sería ¿es posible que los herederos puedan reclamar el llamado daño de rebote? Es decir, ¿el daño que les produce la propia muerte del causante, que es un daño independiente que surge como consecuencia de la propia muerte del causante?

El sufrimiento que les causa la pérdida del ser querido, ya un fallecimiento producido, a propósito de otro victimario que mata al causante, distinto ya al accidente de tránsito que se produce, mala suerte de este causante. Sufre un accidente de tránsito y, además, viene otro victimario y lo mato, llamado daño de rebote.

Hay tesis en la doctrina; tesis positivas y tesis negativas hacia el daño de rebote, y también hacia la posibilidad de que se transmita el daño moral, porque se considera que la pretensión del daño moral es personalísima. Que atañe sólo al sufrimiento que ha sufrido el causante y que permanece, queda en cabeza para el causante.

Entonces, esos son los debates más interesantes que cruzan el derecho de sucesiones y la responsabilidad extracontractual.

Mi opinión personal es que la pretensión del daño moral queda en cabeza del causante y no es transmisible. Más bien, sí las pretensiones por daño patrimonial, éstas sí serían transmisibles. Y, por otro lado, que la pretensión de rebote, la pretensión por daño moral de rebote, sí serían amparables porque se refieren al sufrimiento propio.

Y, por otro lado, las pretensiones que tienen que ver con la pérdida del causante, como una fuente de manutención, por ejemplo, de los hijos, también serían pretensiones autónomas que tienen que ver con la pérdida del causante, pero esto, digamos, tiene que ver con un aspecto conexo de rebote que no atañe directamente al derecho de sucesiones, pero que surge a propósito de él.

Y, luego, otra cuestión interesante es cuál es el límite de los herederos. Es decir, ¿qué tanto responden los herederos por la responsabilidad civil del causante? Es decir, ya no ver en la responsabilidad civil al causante como activo, es decir, las pretensiones que tiene el causante contra victimarios, sino ver la responsabilidad civil extracontractual del causante respecto de quienes lo hayan demandado.

Y ahí se sigue el régimen contractual común. Serán responsables los herederos, en tanto hayan aceptado la herencia. En tanto la rechacen, no tendrán la responsabilidad.

Bueno, ya. Hasta aquí dejo esas notas que me parecen a mí los temas más interesante de esa intersección, entre el derecho de sucesiones y la responsabilidad civil, y me parece a mí que esos son los temas a explorar en la responsabilidad extracontractual: es el daño de rebote; el daño por rebote y el daño moral.

Y, sin más, creo yo que dejo a los siguientes ponentes que me sucederán.

De nuevo, agradecer por la invitación. Creo yo que estos homenajes deben ser breves y limitados a agradecer la invitación, y a dejar estos temas para debate futuro.

Muchas gracias.

Emilio Balarezo Reyes: Muchas gracias, doctor Domingo, por su intervención.

Continuando con el programa, vamos a ceder el uso de la palabra al doctor Federico Alejandro Ossola.

Él es jurista argentino y miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Adelante, profesor Ossola.

Federico Alejandro Ossola: Hola, muy buenas tardes para ustedes en Perú, buenas noches aquí en Argentina. Doctor Castillo Freyre, un honor para mí integrar esta nómina de grandes juristas de toda Latinoamérica, también de España en este homenaje tan merecido.

Muy reveladoras las palabras de todos los que me han precedido, que demuestran que la cosecha era enorme, por lo cual el trabajo para la cosecha ha sido, evidentemente, fructífero.

Así que, bueno, celebro este homenaje que espero algún día pronto estrecharle la mano, poder compartir un cebiche en Perú. Ojalá que la pandemia nos permita; termine pronto y nos podamos reunir y darnos un abrazo. Desde acá, Argentina, le mandamos todo nuestro cariño y nuestra admiración.

Brevemente, voy a tocar... bueno, el Código Civil y Comercial Argentino del año 2015, el Código más nuevo de Latinoamérica, pareciera ser que nos hubiéramos puesto de acuerdo con los anteriores disertantes en orden a los temas a tratar porque, tanto lo que voy a tratar yo como Julián Jalil después, está muy vinculado a lo que se ha visto en el derecho peruano.

Nosotros acá nuestra idea es presentar las novedades que el derecho argentino tiene, que son muy importantes en estos temas, porque se ha producido un cambio muy interesante.

En el Código Civil argentino, el artículo 2417 viejo establecía un principio que Vélez-Sarsfield trajo del derecho romano y que mi querido maestro, el doctor Moisset de Espanés, tan recordado y tan querido por todo el Perú, con quien yo tenía una relación entrañable, siempre me enseñaba que era la transmisión del activo, el pasivo y la sucesión de la persona, que era parte del sistema clásico venido del derecho romano, con algunas modificaciones que hubo en favor del sistema de sucesión de los bienes.

Y entrando un poquito en el tema de las obligaciones, me animo frente a uno de los número uno de Latinoamérica, existía una norma en el

Código Civil argentino anterior, que era el artículo 712, similar al 1187 del Código peruano, en donde, en definitiva, producida la muerte, en materia de obligaciones solidarias, estaba la solidaridad; la deuda se dividía; los herederos asumían la deuda; se pasaban a ser deudores, en proporción a la cuota y la deuda hereditaria.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación argentino, el Código del 2015, como le voy a llamar de aquí en adelante, ha producido un giro copernicano en el tema, que ha quebrado con todo esto por lo siguiente. Obviamente, se mantiene, por supuesto, el sistema de transmisión de créditos y deudas por causa de muerte. Desde ya que el sistema es similar en todo el ordenamiento latinoamericano, en orden a qué hechos se transmiten, cuáles no; a nivel conceptual, por supuesto, que no se transmiten los derechos entre las personas, etc., etc.

Pero, acá hay una nota muy particular del nuevo ordenamiento argentino en el estado de indivisión.

En el Código del 2015 se ha producido un giro muy importante en esto, porque cuando una persona fallece, dice el artículo 23, la sucesión entra en estado de indivisión, y si uno confronta todas las normas en materia sucesoria, esto es una opinión mía, pero también, por supuesto, de otros autores, queda en claro la absoluta separación patrimonial entre el patrimonio indiviso de la sucesión que pertenecía al causante, y el patrimonio de cada heredero. O sea, los herederos son titulares de una porción indivisa de este patrimonio, pero que constituye un patrimonio de afectación separado totalmente del patrimonio de los herederos. Ha desaparecido, incluso, el beneficio de inventario del derecho argentino. Ahora la separación patrimonial es absoluta. No hay confusión patrimonial. Y esto, por ejemplo, tiene una consecuencia en materia obligacional, y es que no existe más consolidación o confusión, como modo extintivo de las obligaciones por causa de muerte.

Es todo un tema, es toda una novedad la que ha pasado. Si hay una absoluta separación patrimonial, el patrimonio del relictos queda en estado de indivisión, por supuesto, en excotitularidad de los herederos, pero este

fenómeno de estos últimos cincuenta años, desquicio y quiebre del principio de universalidad del patrimonio, generando así diversos patrimonios de afectación, como pueden ser el fideicomiso y otros tantos patrimonios de afectación, en mi opinión, también se trasladó ahora al patrimonio sucesorio. El patrimonio sucesorio es un patrimonio de afectación separado del patrimonio general de herederos, e incluso el artículo 2363 del Código, establece que la indivisión sólo cesa por la partición.

O sea, en definitiva, qué es lo que se ha generado en materia sucesoria en el derecho civil argentino ahora: un mecanismo análogo a la quiebra, porque el proceso sucesorio, y asimismo lo dice el Código en la parte de proceso sucesorio, en las normas de fondo están regulados los principales tópicos del proceso sucesorio. Dice: «el proceso tiene por finalidad determinar el activo, pagar el pasivo y distribuir el activo remanente. Era un proceso bastante análogo al de quiebra, por supuesto, con sus referencias notables.

Y con cosas que aún le faltarían, como, por ejemplo, una suerte de periodo para verificar créditos y los acreedores de la sucesión que no existen, y que pueden generar algunos problemas, pero, en definitiva, se trata de eso. Tan es así, por ejemplo, que el administrador de la sucesión, o el juez en su caso, tiene que pagar a los acreedores del causante en función del orden del privilegio de la ley concursal. O sea, se ha arqueado este proceso universal sucesorio, el proceso de liquidación que es la quiebra.

En este marco vamos a distinguir la situación de las deudas del causante y de los créditos del causante brevemente.

A ver, si fallece el deudor en el régimen argentino, los herederos, sea uno o sean varios, responden por las deudas del causante por la masa hereditaria indivisa (artículo 2317 del Código), y esta masa se integra con los bienes. Los herederos reciben o con el valor de esos bienes, en caso de haber sido enajenados. Eso está en el artículo 2280. O sea, los herederos son deudores, pero su responsabilidad está limitada al patrimonio indiviso, y esta indivisión surge de pleno derecho.

En el Código peruano, según he podido consultar, la indivisión es oponible recién con la inscripción (artículo 848 del Código Civil peruano). Acá la indivisión se produce de pleno derecho; es plenamente oponible, y, en definitiva, los herederos son deudores, pero su responsabilidad está limitada a este patrimonio.

Luego, se establece el mecanismo de pago de deudas y legados, e insisto, el orden del pago de los acreedores de la sucesión se determina en caso de insuficiencia patrimonial por el régimen de privilegios de la ley concursal, y, por supuesto, si el patrimonio sucesorio es insolvente, hay dos opciones: o no se pagará o puede ser concursado, como lo establece específicamente el artículo 2360.

Y, ahora bien, para la partición, la masa partible, y esto es importantísimo, el artículo 2376, establece que ese activo se debe fijar deduciéndose las deudas.

Entonces, acá hay algo que es clave. No se adjudican deudas del causante de los herederos. Los herederos son deudores; responden con ese patrimonio indiviso, y si el patrimonio es insuficiente, la deuda quedará, eventualmente, insoluta, pero los herederos no responden con su propio patrimonio por el solo hecho de ser herederos.

Pero, claro, pueden ser ellos responsables también a título personal y respondiendo ahí sí con su patrimonio, en supuestos que son los análogos al artículo 662 del Código peruano.

Como ustedes bien saben, el artículo 660 establece la transmisión; el 661 la responsabilidad *intra vires*; y el 662 la pérdida y, precisamente, la responsabilidad *intra vires*.

Bueno, en el Código Civil del 2015, lo que ha sucedido ahora es lo siguiente, en mi opinión, es claro que los herederos, como regla, responden solamente con el patrimonio del causante hasta el límite de los bienes que han recibido. La sucesión se mantiene indivisa; el patrimonio se mantiene indiviso. Si no se pagan las deudas, insisto, no se puede realizar la partición.

Pero, el artículo 2321 establece que responden con sus propios bienes los herederos por los pagos de las deudas del causante y las cargas de la herencia, el heredero que no hace un inventario desde que ha intimado; que oculta fraudulentamente bienes; que exagera dolosamente el patrimonio pasivo sucesorio, o que ha vendido bienes de la sucesión, pero esa venta, en tanto y en cuanto sea inconveniente y no se ingresó al patrimonio indiviso.

Todos esos actos, ¿qué revelan? Revelan que ha habido un heredero infiel quien, en definitiva, lo que ha hecho es vaciar o tratar de vaciar el patrimonio relictos, a fin de no responder con la deuda, y, evidentemente, genera una lesión al derecho de crédito de los acreedores del causante.

Entonces, la responsabilidad civil que tiene ese heredero que, claramente, es de naturaleza extracontractual, lo es a título personal.

Si los otros herederos no han hecho este tipo de acto; no han otorgado este tipo de acto, no lo han consentido, está más que claro que ellos no van a responder personalmente con su propio patrimonio, pero sí lo va a hacer aquel heredero o aquellos que, en definitiva, han incurrido en estos actos que han importado una lesión al crédito de los acreedores de la sucesión.

En todos estos casos, entonces, estamos hablando de responsabilidad civil *iure proprio*, valga la expresión, por el acto ilícito ejecutado que está tipificado en el artículo 2321, y que, definitivamente nos hace responder a estos herederos infieles con todo su patrimonio por negación al crédito de los acreedores del causante.

En tanto que los créditos del causante, como son un activo, ingresan a la masa indivisa, lo dice el artículo 2280, el administrador, dice el artículo 2354, tiene que procurar el cobro de esos créditos y, eventualmente, si los créditos no se cobran, pueden ser adjudicados por supuestos. Es parte de un activo a los herederos, de la forma en que sea y que se debe decidir.

¿Qué sucede en materia de obligaciones solidarias y en materia de obligaciones indivisibles? Y acá me meto delante del maestro a tratar de explicar qué es lo que pasa ahora en el derecho argentino en función de

esto porque ha cambiado, o sea, ahora el régimen argentino es diferente al peruano, precisamente, por esta cuestión de la indivisión.

En el artículo 843 del Código Civil y Comercial hay una desinteligencia si uno lo confronta con el sistema sucesorio nuevo que se ha establecido y que he explicado brevemente ahora recién. ¿Por qué?

La primera parte inadecuada. Dice: Muerte de un deudor —estamos hablando de obligaciones solidarias—, muerte de un deudor solidario. Si muere uno de los deudores solidarios y deja varios herederos, podría ser uno también, eso para mí es discutible, la deuda ingresa a la masa indivisa y cualquiera de los acreedores puede oponerse a que los bienes se entreguen a los herederos obligatorios sin haber sido previamente pagados.

Claro, la masa indivisa sigue respondiendo; los herederos; la deuda continúa siendo solidaria, no cesa la solidaridad porque el patrimonio de la afectación sigue indiviso; los herederos responden con ese patrimonio de la afectación indiviso.

Y, entonces, en definitiva, está más que claro que la deuda, y eso lo dije recién, antes de la partición tienen que pagarse las deudas, entonces, no puede transmitirse a un heredero de un codeudor solidario, una deuda de manera simplemente mancomunada, como tradicionalmente lo hemos aprendido y está en el Código Civil peruano y estaba en el Código Civil argentino.

Hoy la deuda pasa a la masa indivisa. Por eso, la última parte del artículo es inaplicable porque, si después de la participación, cada heredero está obligado a pagar según la cuota que le corresponde; es que no puede haber partición si no hay pago de la deuda previamente. La partición supone el pago de las deudas.

Entonces, en definitiva, acá ha habido, evidentemente, una discordancia y la clave está en materia de deuda solidaria o deudor solidario que fallece, y, en definitiva, se va a responder con la masa indivisa, y, por supuesto, si el heredero o algunos de los herederos, incurre en un acto infiel,

y lesiona el crédito de ese acreedor, en la deuda en la cual es causante de un deudor solidario, está más que claro que él va a responder a título personal y con su propio patrimonio por este acto ilícito.

En tanto que, si el crédito es solidario, dice el artículo 849: «Muerte de un acreedor. Si muere uno de los acreedores solidarios, el crédito se divide entre sus herederos en proporción a su participación de la herencia, y después de la partición, cada heredero tiene derecho a percibir, según la cuota que le corresponda del haber hereditario».

Acá también hay una desinteligencia en función de lo que es el sistema sucesorio que conserva el Código, porque, primero que nada, el crédito ingresa a la masa indivisa. En principio, ¿quién debe procurar su cobro? El administrador de la herencia o, eventualmente, alguno de los herederos, pero con autorización de todos.

Si se cobra el crédito antes de la partición, ¿a dónde ingresa? A la masa indivisa.

Si, eventualmente, todavía no se cobró, pero, evidentemente, es un activo y se puede partir ahí ya la sucesión. Bueno, se determinará, no tanto, solamente en proporción al haber hereditario que reciban, sino, eventualmente, a lo que pacten las partes y pueden pactar la división o, eventualmente, lo que el juez decida en cada caso. O sea, la obligación se va a mantener solidaria también hasta tanto se produzca, obviamente, la adjudicación del crédito a más de un heredero, porque si se adjudica a uno solo, el crédito en su totalidad, va a continuar siendo solidario porque la mancomunación simple o, eventualmente, la divisibilidad como dice el Código peruano, se producirá únicamente cuando haya más de un heredero.

Y, por último, en materia de deuda y crédito indivisible, sucede lo que sucede con las obligaciones indivisibles. Por supuesto que van a ingresar a la masa indivisa. Deberá pagarse si es una deuda indivisible, no va a cesar la indivisibilidad porque la indivisibilidad es una cuestión de imposibilidad material de fraccionar la prestación, pero si existe un crédito indivisible que no se cobra, se podrá adjudicar a más de un heredero, y está más que

claro que cada uno de esos herederos seguirá siendo acreedor indivisible, porque la prestación no se puede fraccionar, y, en definitiva, eso es lo que impide el fraccionamiento prestacional.

Así que, bueno, éste es más o menos el régimen general que tenemos en materia de responsabilidad de los herederos por las deudas del causante. Para cerrar, solamente, volver a destacar que el Código Civil argentino de 2015, Código Civil y Comercial, ha producido un cambio muy importante que en la práctica generaba, y supongo que también en el derecho peruano sucede, porque ha quedado de manifiesto a través de las brillantes exposiciones recién el tema de la confusión patrimonial, con qué bienes se responde a estas zonas grises que hay entre las responsabilidades *intra vires* y la *ultra vires*, que me parece que en el Código, salvo algunas normas, se encuentran pero que son de detalles con algún desajuste, se ha mejorado muchísimo el sistema porque queda en claro, en definitiva, que la sucesión es un proceso de litigación patrimonial análogo a la quiebra porque es también un proceso universal.

Y la idea creo que es que más adelante se puedan, eventualmente, solucionar algunas cosas como, por ejemplo, que los acreedores de la sucesión tengan algún tiempo para comparecer «para verificar su crédito» para, finalmente, lograr que la sucesión se termine y que las deudas se paguen, eventualmente, y que, finalmente, la transmisión de los patrimonios se produzca, porque el problema sucede, es que siempre todo se retrasa porque los herederos, generalmente, a veces son bastante lentos. Eso pasa en todos lados, y eso también trae muchísimas complicaciones por las eventuales responsabilidades que se generan por las disposiciones de bienes y, precisamente, por esta norma que es del artículo 2321, que muy fácilmente puede hacer, no de hacer perder el beneficio de inventario que no existe, en el derecho argentino no existe más, ha sido expresamente eliminado, sino transformar al heredero en un responsable a título personal frente a los acreedores de su causante.

Nada más y muchísimas gracias por la invitación. Doctor, felicitaciones por el homenaje.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Federico. Un gran abrazo.

Federico Alejandro Ossola: Gracias.

Emilio Balarezo Reyes: Le damos crédito al doctor Federico Alejandro Ossola, y continuando con el programa, cedemos el uso de la palabra al doctor Julián Emil Jalil, jurista argentino, quien se ha desempeñado como juez de civil y comercial de Comodoro Rivadavia.

Doctor, adelante.

Julián Emil Jalil: Muchas gracias por la presentación, estimado Emilio, y quería decir, Mario, que para mí es un honor formar parte de este homenaje tan merecido en reconocimiento de tu destacada trayectoria académica, y justamente, a todas tus obras e ideas que día a día resuenan como los campanarios dominicales en las universidades latinoamericanas.

La verdad es muy merecido este homenaje y estoy muy agradecido, principalmente, bueno a Roger y a Milo, los que estuvieron en la organización, por haberme convocado, y bueno estar acá acompañándote, por lo menos, en la distancia en estas circunstancias excepcionales.

Brevemente, me voy a referir a una cuestión que ha sido tocada por el doctor Domingo Rivarola Reiz, brevemente, pero que tiene que ver específicamente con la responsabilidad en el ámbito sucesorio, pero no específicamente con la sucesión, sino con las consecuencias que se producen a través de la muerte de una persona, y como el Código Civil y Comercial recepta algunos aspectos novedosos en este marco, me pareció interesante mencionarlos brevemente, en honor al tiempo y, realmente, debemos estar todos muy cansados por estas jornadas intensas que tuvimos, así que lo voy a hacer muy brevemente, mencionando aspectos específicos que tienen que ver con supuesta responsabilidad derivada de la muerte de alguna persona que no necesariamente tienen que ser *iure hereditatis*, si puede ser en el ámbito del ejercicio del derecho propio.

Bien, la vida humana ha tenido una repercusión gravitante en las Constituciones contemporáneas y, especialmente, en los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, la protección de la vida humana tiene unas características específicas, y la consecuencia que genera la muerte de una persona también tiene una recepción, incluso, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como primera cuestión, tenemos que decir que la muerte de una persona en sí misma no genera un tipo de responsabilidad, salvo que, justamente, sea consecuencia de un obrar antijurídico, es decir, de un hecho no justificado que genera un daño a terceros.

¿Por qué digo a terceros? Porque vamos a analizar los supuestos de daños extrapatrimoniales vinculados con determinadas personas, como consecuencia de la muerte.

Y es que un obrar antijurídico, y quería mencionar que el derecho argentino, el artículo 1717 incorpora una doctrina propia del derecho italiano, que es la doctrina del daño injusto.

El daño injusto considera lo antijurídico como justamente el análisis de esa ilicitud, pero *ex post factum*, una vez producido el hecho. Si ese hecho se torna antijurídico, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, genera una lesión que puede ser resarcida por el ordenamiento jurídico que requiere de resarcimiento, en la medida de que no esté justificado.

Entonces, se abren distintas variables más amplias del concepto de daño que las que tenía tradicionalmente el derecho en el Código ya derogado.

Bien, qué pasa, quiénes podrían reclamar ante, justamente, la muerte de una persona a consecuencia de un obrar antijurídico.

Bueno, el Código Civil y Comercial determina determinados supuestos específicos, tanto en la esfera extrapatrimonial como en la esfera patrimonial.

Analizamos, primeramente, las cuestiones dentro de la esfera extrapatrimonial.

Como bien sabemos, la lesión o el daño moral es entendido de un concepto amplio como una lesión a los sentimientos y, justamente, el resarcimiento, lo que se resarce son esas consecuencias no patrimoniales.

El Código Civil y Comercial argentino establece la legitimación por el damnificado directo, justamente, pero también ante la muerte admite el resarcimiento, justamente, los llamados damnificados indirectos.

En este caso, se ha suplido una controversia que hubo históricamente en el derecho argentino, en torno a quiénes eran esos legitimados.

Muy bien, el Código dice puntualmente, en el artículo 2741 que son legitimados los ascendientes, el descendiente, el cónyuge, los convivientes y quienes convivan con la persona teniendo un trato familiar ostensible.

Con lo cual este concepto es mucho más amplio, inclusivo, que el tradicional de conviviente.

Sí, hay una cuestión con relación a estos que ya se planteó en un tribunal, pese a la reciente sanción de entrada en vigencia del Código, que es la cuestión de los hermanos. Quedaron fuera de ese concepto los hermanos, porque fíjense que no se habla de los colaterales, con lo cual estarían excluidos los hermanos.

Entonces, parecería que no tuvieran legitimación, pero lo cierto es que la jurisprudencia en ya varios precedentes, ha declarado la inconstitucionalidad del artículo, por violar la igualdad ante la ley con relación a los hermanos.

De lo que sí vi claramente es que un concepto amplio de legitimados ante la muerte de una determinada persona, y, justamente, de manera indirecta o por rebote, como decía el otro profesor que me precedió en la palabra, se puede solicitar este resarcimiento de los daños. Que, como primera consideración debemos decir que no se ejercen *iures hereditatis*, sino *iures proprio*. Es decir, esta cuestión que ha tenido grandes discusiones en materia de derecho civil, tenemos que decir que hoy la doctrina argentina está prácticamente superada, por lo menos, apoyada por la mayoría de la doctrina, diciendo que, justamente, la acción se ejerce *iures proprio* y no *iures hereditatis*.

Una cuestión muy importante que agrega el Código Civil y Comercial, y creo que esto es superador de la que existía con anterioridad, es justamente el modo de cuantificación de los daños extrapatrimoniales.

Nosotros teníamos un grave problema en este campo porque era muy difícil determinar el valor del daño extrapatrimonial.

Muy bien, aquí tengo una breve reseña de lo que usaban muchas veces los tribunales. Decían, tenían en cuenta las características particulares de las circunstancias especiales de la víctima, el principio de la sana crítica, etc., etc., «la cuantificación del daño patrimonial es la siguiente».

Y, si nosotros poníamos ese enunciado con cualquier monto, era lo mismo. O sea, si lo trasladábamos, la suma de cincuenta mil pesos argentinos o cinco millones, ese enunciado cabía claramente en cualquiera de estos supuestos.

Entendemos que fue un avance en el derecho argentino, la incorporación de este concepto que vale la pena mencionar, que el monto debe ser fijado atendiendo a satisfacciones sustitutivas y compensatorias de las sumas que sean atribuidas.

¿En qué consisten estas satisfacciones sustitutivas y compensatorias? Lo que se establece es que los jueces determinan un valor apreciable en

otro bien para decir que la cuantificación del día, del año, está en base a ese valor.

Les doy un ejemplo que fue clásico en la jurisprudencia de último tiempo que, por ejemplo, el daño extrapatrimonial, supóngase por la muerte del padre de una persona, tiene que estar cuantificado en el valor de un viaje a Europa por cuarenta y cinco días con todo pago. Supónganse. Lo que equivale a un importe de una cantidad de pesos argentinos, que no vale la pena por una cuestión de comparación, pero lo cierto es que se establece un valor compensatorio de ese daño extrapatrimonial.

Y ustedes me dicen: «Bueno, pero eso queda también muy abierto a la decisión del juez, y es muy... ¿cuál es ese valor? Porque un juez puede decir una cosa, otro juez puede decir otra...

Desde nuestro punto de vista, es un avance porque, bueno, ahora hay un parámetro comparativo.

Y, entonces, lo que ocurre cuando un juez da ese parámetro, apelar o llegar a instancias superiores, puede analizar si ese parámetro ha sido desmedido o ha sido acorde o, en realidad, es un importe exiguo.

El supuesto anterior, que era justipreciar, digamos, con criterio de sana crítica y apreciación judicial, el problema que tenía era que el juez cuantificaba y después, y con esa fórmula genérica, después al momento de apelar, la cuestión llegaba al tribunal y los tribunales decían: «Bueno, no hay una crítica concreta y razonada de la falta de fundamentación hecha por el apelante», entonces, hasta declaraban desiertos muchos recursos, porque decían: «Bueno, usted no criticó los fundamentos», pero, en realidad, los fundamentos del juez eran dogmáticos también.

Entonces, la crítica a la apelación también se transformaba en dogmática y quedábamos en un círculo vicioso.

Entonces, por eso decimos que, bueno, desde mi punto de vista, es un avance porque establece un parámetro de cuantificación.

Brevemente, otro supuesto: indemnizaciones derivadas del fallecimiento de la víctima en el campo patrimonial. Ésta sería otra esfera; extrapatrimonial la que hablamos con anterioridad, y éste sería el campo específicamente patrimonial.

Bueno, la vida humana encierra un valor moral y ético, obviamente, y en muchos casos puede también un valor económico. Ese valor económico da lugar al resarcimiento, cuando justamente se pierde para determinada persona que goza justamente del derecho de ser privilegiados por ese valor económico que genera la persona durante el transcurso de su vida.

La Corte Suprema de Justicia argentina ha dicho que la vida humana no tiene un valor económico por sí mismo, sino por lo que se produce. Es decir, lo que se resarce es esa producción de los bienes que esa vida humana genera desde el punto de vista económico.

Bien, qué es lo que ha reconocido el Código Civil y Comercial. Bueno, justamente, ha reconocido tres supuestos específicos.

Por un lado, los gastos de asistencia y funeral ante la muerte de una persona, es decir, quien erogó esos gastos, justamente, ha generado un perjuicio en su patrimonio y tiene derecho a que sean resarcidos desde este punto de vista.

Los alimentos, el derecho a la persona, la indemnización vinculada con el alimento que tenían quienes gozaban del derecho a ser alimentados por el causante, y en este sentido el Código autoriza al cónyuge, al conviviente, a los hijos menores de veintiún años con derechos alimentarios, y a los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados así en el juicio.

¿Qué pasa si otras personas tienen derecho a alimentos? Bueno, esto no exime, justamente, el resarcimiento del daño porque queda latente y vigente aun cuando exista otra persona que tenga el deber de procurar los alimentos.

Por último, y para no aburrirlos y abrumarlos demasiado con todas estas cuestiones y en razón a la hora, voy a mencionar el último supuesto, que es el caso de la pérdida de la chance por la muerte de un hijo.

Bueno, se presume que las personas menores de edad o los hijos pueden dar en el futuro ayuda a sus padres o progenitores, entonces, este daño está expresamente autorizado por el Código Civil y Comercial y, justamente, compete a quienes se perjudiquen por la muerte de este hijo, que puede ser cualquiera de los progenitores y se trata de un supuesto de pérdida de la chance, la chance debe ser considerada como un daño cierto, en la medida de que esa probabilidad sea aceptable como tal y la cuantificación de la pérdida de la chance está dada en la posibilidad de que esa probabilidad se exteriorice, y en la medida de que esa probabilidad se pudiera exteriorizar en el tiempo. Es decir, se va a cuantificar en base a la mayor o menor probabilidad de ser de ése en cuanto al beneficio que podría llegar a producir, en este caso, la persona que ha fallecido.

Bueno, insisto, por honor a la brevedad y porque sé que ya estamos muy cansados, les agradezco por el tiempo.

Mario, un gusto haber formado parte de este homenaje.

Te mando un fuerte abrazo. Compartiremos un café, como dijeron los demás profesores, o quizás un Pisco Sour, como dijo el doctor Segura, que por ahí lo veo.

Un gusto y ya será en otra oportunidad de vernos presencialmente.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, querido Julián. Un abrazo.

Emilio Balarezo Reyes: Muchas gracias, doctor Julián.

Continuando con el programa, me toca dar algunas palabras, algunas reflexiones sobre la temática de la mesa.

Con bastante atención he podido escuchar y ver las diferentes posturas, tanto nacionales como del hermano país de Argentina, y en las cuales se han referido al tema de las sucesiones.

Aquí en el Perú, el Código de 1984, sobre todo el Libro IV, fue inspiración del maestro Rómulo Lanatta Guilhem.

El doctor Rómulo Lanatta Guilhem tenía, pues, bien claros algunos fundamentos necesarios al momento del análisis de las consecuencias que, para esa época, en el proceso de elaboración del Código, tenían que establecerse como líneas rectoras para el desarrollo de cada una de estas posiciones.

Pero, como todo en la vida, y en el derecho, con mucha mayor razón, hay cambios.

Se dio la Ley del Adulto Mayor, la Ley n.º 30490, y esa ley, dentro de lo que es su regulación, está vinculada, evidentemente, a algunos aspectos que necesariamente no pueden ser ajenos al ámbito del derecho de sucesiones. Una de las consecuencias y las primeras que voy a señalar es que se tipificó en el Libro IV del Código Civil; es decir, el libro de sucesiones ha tenido cambios.

Voy a referirme a un aspecto en el cual puede surgir el tema de la responsabilidad civil. Me refiero a la responsabilidad civil con respecto a la atención del adulto mayor.

Con respecto a situaciones que, en vida, y que luego al momento de que, efectivamente, puedan proceder en el tema de los reclamos, en el aspecto patrimonial, el acceso a la herencia es, efectivamente, un tópico que no puede pasar desapercibido.

Definitivamente, nuestra regulación en el tema de la indignidad ya recoge algunas situaciones muy generales como un antecedente de determinadas situaciones que están detalladas ahí para poder dar respuesta.

Pero, nosotros creemos que con el devenir del tiempo han surgido otras posturas, conductas, sobre todo en la que la realidad del derecho sucesorio no queda, única y exclusivamente, limitado a lo que dice el Libro IV del Código Civil.

Y el tema que siempre también cuando inicia el contacto con el Libro IV, y ésta es una de las características básicas y resaltaba mucho lo que manifestaba el doctor Benjamín Aguilar. El doctor es uno de los mejores tratadistas peruanos en el tema del derecho de sucesiones, que es un tema netamente transversal.

Y, por eso que el curso se estudia —el derecho de sucesiones— en los ciclos superiores. ¿Por qué? Porque uno, para ingresar al tema de las reflexiones que se puedan plantear en torno al mismo, debe de tener conocimiento de derecho de personas, derechos reales, obligaciones, familia, con el cual son, diría yo, hermanos gemelos, primos hermanos, ahí hay, efectivamente, una vinculación tan fuerte que el tema del bagaje y la preparación que uno debe de afrontar cuando tiene frente a sí temas de responsabilidad civil, no sólo se va a quedar en el ámbito de conocer el Libro IV como una especie de isla alejada en el tratamiento y en la explicación del tema.

Nosotros creemos que eso no es así. La realidad, efectivamente, nos ha llevado a encauzar este tipo de situaciones, sobre todo en el manejo de soluciones con respecto a situaciones no tipificadas, donde se va a ver, por un lado, la creación y la capacidad de la judicatura, la búsqueda de respuestas, como también en el ámbito de todos aquellos que somos observadores jurídicos, en este caso, me refiero de manera particular a los abogados, a construir respuestas jurídicas, es decir, a poder plasmar situaciones, por ejemplo, en el tema del daño moral, en la afectación que puede haber, de repente, una tercera persona falleció y en lo que éste falleció se le tuvo que hacer un ADN *post mortem*; y, efectivamente, trajo consigo ese entroncamiento que tanto fue reclamado y que, en vida, la persona, pues, en este caso, el causante, nunca llegó a reconocer.

Y, para concluir, por el tema de la hora y por el tema del bagaje de cada una de las ideas tan ricas que han sido vertidas por las personas que me han antecedido en la palabra.

El tema del derecho de sucesiones, al igual que el derecho de familia, es una de las ramas más sensibles, si podemos decirlo así. ¿Por qué? Porque sólo en ellas dos vamos a poder ver plasmada esa conexión entre los vínculos que muchas personas de sangre o afinidad, van a surgir esas controversias, ese *versus* jurídico en que, lamentablemente, el desgaste que, sobre todo despierta la misión de un factor humano hacia la riqueza.

Lamentablemente, los casos que se han venido dando en la repartición y la lucha jurídica entre los hermanos por tener mayor porcentaje patrimonial, es un denominador común en el ámbito peruano, situación que, efectivamente, nos habla de lo sensible que es esta materia y de las consecuencias y situaciones que se puedan plantear.

Hasta aquí mi conclusión con respecto a la parte académica.

Esta última parte, cinco minutos no más voy a hablar. Quiero primero hablar con respecto a nuestro homenajeado. Con respecto al doctor Mario Castillo, se ha dicho y se hablará mucho más con respecto a su trayectoria académica. Lo conozco al doctor hace más de quince años. Cómo pasa el tiempo. Con el doctor en Argentina nos conocimos, pero con respecto a su trascendencia, en una etapa importante de un estudiante de derecho, fue cuando él me obsequió este libro que, en mi época de dirigente estudiantil, marcó efectivamente mi desempeño en el Consejo de Facultad de la Universidad de San Martín de Porres. Es éste: *Acción Estudiantil y el movimiento democrático universitario en la Universidad Católica. Una visión personal. Historia, propuestas y planteamientos*. Un libro que, efectivamente, refleja lo que es la vida universitaria, la lucha por ideales, y que, efectivamente, quien se ha acercado a ver, nos da esa conexión que debe estar en las responsabilidades de ser un estudiante universitario, y, sobre todo, con su Facultad.

Doctor, nuevamente, reiterarle mi agradecimiento por poder dirigir la mesa n.º 4, la mesa de sucesiones, nuevamente a cada uno de los juristas nacionales y extranjeros que nos han acompañado el día de hoy, cada uno de ellos con su contribución jurídica dan muestra y testimonio de nuestro afecto, nuestro cariño hacia su persona, y que, efectivamente, somos testigos de su desprendimiento, no sólo académico, sino también personal. A nombre de la mesa n.º 4 del derecho de sucesiones, queremos agradecerle a la comisión organizadora y a usted, doctor, al cual cedo el uso de la palabra en la finalización de este día de jornada.

Mario Castillo Freyre: Bueno, muchas gracias, querido Emilio, y aprovecho simplemente en veinte segundos la oportunidad para reiterar mi agradecimiento a todos los profesores que esta tarde y noche han hecho uso de la palabra, y para reiterarles mi más profunda gratitud por todos esos conceptos y por el esfuerzo que han hecho de participar en este evento que ha sido convocado por el Instituto Peruano de Derecho Civil y por el capítulo peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Muchísimas gracias, y bueno, hasta mañana. Gracias.

Emilio Balarezo Reyes: Hasta mañana, doctor.

Gracias, gracias a cada uno de ustedes. Hasta luego.

MESA N.º 5: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO.
«¿A DÓNDE VA EL DERECHO CIVIL?»

Laura Gázquez Serrano
Domingo Bello Janeiro
Gustavo Ordoqui Castilla
Ernesto Álvarez Miranda
Gustavo Vallespinos
Enrique Ferrando Gamarra
Joel Melgarejo Allegretti
Walter Krieger

Laura Gázquez Serrano: Domingo Bello Janeiro es profesor catedrático de la Universidad La Coruña, queda con el uso de la palabra.

Domingo Bello Janeiro: Muchas gracias y muy buenas tardes a todos los amigos de Paraguay, de Uruguay, por supuesto, de Argentina y de Perú, y buenas noches a los que nos sigan en España.

Para mí, desde luego, al margen de formalismos protocolarios, es un altísimo honor participar en este congreso, además, en esta mesa con tantos amigos y quiero ya, por tanto, manifestar, en primer lugar, que es un altísimo honor el poder asistir y participar en este más que merecido y más que justo homenaje a un gran maestro del derecho, como es el doctor Castillo Freyre, por su impecable magisterio durante, nada menos, que treinta años.

El doctor Castillo Freyre, durante ese tiempo, seguramente que antes, incluso, ha brillado en Perú, por supuesto también, por lo que yo conozco en España, aparte de otros muchos países en donde he podido, desde hace más de quince años en que lo conozco personalmente, en Lima, en

el I Congreso Internacional de Arbitraje, disfrutar aprendiendo del profesor Castillo Freyre con sus disertaciones magistrales, en donde ha puesto siempre de relieve su grandísima preparación, su brillante elocuencia, su rigor, su inteligencia, y de ello da buena prueba, y a algunos los tengo aquí detrás, su amplísima producción bibliográfica, su apuesta en el despacho que con tanto acierto dirige, una biblioteca modélica, como todo en él corresponde. Habiendo devenido, además, muchos de sus libros en clásicos y en referencias en buena parte del mundo.

Agradezco, por tanto, en grandísima medida, aunque no tenga tiempo, esto lo voy a decir, de todas maneras, por la vía civil o penal, esta oportunidad para mí es un altísimo honor de compartir, de estar cerca del profesor Castillo Freyre, siquiera sea virtualmente en este congreso; un congreso que —por lo que he visto ayer— y será a lo largo de estos días, emotivo, entrañable y repito, desde luego, más que merecido.

Hubiera sido mi intención, por supuesto, hacerlo personalmente; de momento las circunstancias impiden el viaje. Espero que pronto pueda hacerlo para testimoniar en persona mi reconocimiento a tan insigne maestro del derecho, al que hoy le rendimos el justo y merecido homenaje, pero es que, además, de sus condiciones y cualidades jurídicas, Mario Castillo Freyre es una gran persona; exquisito en el trato; educado; afable; elegante, aunque alguna vez, si me lo permiten, también impartió, dentro de su elegancia, magistral conferencia, brillantísima como siempre, pero sin saco ni corbata por culpa del avión, claro está.

Es una persona cariñosa, generosa, es un magnífico padre de familia, excelente; y, por tanto, es para mí un motivo de enorme gratitud ver que los organizadores se hubieran acordado de mí para poder hablar brevemente en esta mesa con tantos amigos, hacia dónde va el derecho civil.

El derecho civil, como sabemos, es el derecho de la persona que afecta las parcelas de la vida de los ciudadanos, que repercuten más directamente en su entorno inmediato, la familia, los arrendamientos, los testamentos, las anulaciones, los contratos, todo lo cual, en gran parte del mundo, en España, desde luego, ha sufrido desde marzo muchísimos cambios nor-

mativos que afectan directamente a su sustancia, y que, muy brevemente trataré de exponer.

Al margen, por supuesto, de que en estos momentos hemos podido constatar fácilmente las consecuencias de la necesidad de una mayor protección de las personas vulnerables, mayores y menores, que son los grandes afectados por el virus, de la incidencia cada vez más acusada, como estamos apreciando en este momento del teletrabajo, del ciberespacio, con la consecuencia de que ello conlleva, no sólo de pérdida de la intimidad, sino, incluso, respecto de la seguridad jurídica, sobre todo los que llevan a cabo la práctica tribunalcia, la práctica forense de impetrar el derecho civil ante los tribunales de justicia, como ya digo, de una manera virtual.

Yo, en concreto, y buena parte de los compañeros y amigos lo conocen, estoy en el noreste de España, con vistas aquí a la dársena de La Coruña, antes al lado de las vacunas. De aquí partió en 1803 la corbeta filantrópica María Pita con la expedición del doctor Balbis, que consiguió llevar en niños del orfanato de La Coruña, la vacuna de la viruela a Iberoamérica.

Sirvan también estas palabras del homenaje al doctor Mario Castillo, de reconocimiento a todo el personal sanitario que está trabajando denodadamente contra este maldito virus que nos asola, y a los investigadores, que están tratando de descubrir también la vacuna, y que, desde luego, es un importante desafío para todos los que nos interesamos por el derecho civil.

El congreso que esta semana se celebra, creo que es una plataforma digna, consolidada, fiable; capaz de intervenir, de participar, de influir en el debate abierto del derecho civil en Iberoamérica.

Ésta es una tarea común que a todos nos interesa, para la cual contamos con el equipo de profesionales que me van a continuar en el uso de la palabra, de primer nivel, comprometidos. Les invitamos también a todos los que están como asistentes, a unirse conscientes, como somos, de los avances más rápidos del derecho en tiempos de pandemia, de la necesidad de la mayor cooperación internacional posible, precisamente, para que

todos podamos beneficiarnos de las aportaciones mutuas. Agradeciendo, desde luego, de nuevo, y no me canso en repetirlo, esta amable invitación para compartir este momento con todos ustedes.

Les felicito a los organizadores por esta iniciativa tan brillante por los temas y por los ponentes, y, por supuesto, por el constante y acertado trabajo del profesor Castillo Freyre, especialmente, en la búsqueda de aportaciones al debate público del futuro de nuestro ámbito del derecho civil.

Por tanto, con este abrazo virtual, que espero que pronto lo podamos dar en persona, paso muy brevemente a decir que en la legislación española no existía hasta que se decretó en marzo esta situación de pandemia, el decreto de alarma, ninguna provisión normativa. Sólo existía para un caso similar que nos encontramos, un artículo... el artículo 701 del texto definitivo del Código Civil de 1889, del testamento abierto en caso de epidemia, y sólo resultó de aplicación en una sola ocasión: en una sentencia del Tribunal Supremo del 10 de julio de 1944, quien pidió extender ese precepto en cuestión a la situación de guerra civil.

Por tanto, éste es un momento excepcional, en donde hay aquí en España más de doscientas normas como consecuencia del covid-19, y quiero comenzar, por tanto, recordando y reconociendo esa labor impresionante de esos excelsos juristas integrantes en el siglo XIX de la Comisión General de Codificación, a la cual me honro en pertenecer como vocal permanente en la actualidad, por haber podido legislar en ese momento de modo impecable, desde un punto de vista técnico, con esos visos de prosperabilidad y de futuro, teniendo en cuenta la experiencia, tradición y la realidad práctica en un momento también trágico con los desagradables efectos, entonces, en 1889, de la epidemia del cólera en España.

La segunda situación que aquí se ha planteado es, como en gran parte de nuestros países, hubo que adoptar una serie de medidas extraordinarias, y, por tanto, que hubo que declararse un estado que aquí se ha llamado «de alarma».

Aquí tampoco existía ningún precedente, sólo existía el precedente en el 2010, ante un caos aeroportuario, de haber decretado tres medidas de urgencia, como son la presencia de fuerza militar en los centros de control aeroportuario por parte del gobierno español.

Por tanto, con ese único antecedente de una situación de caos aeroportuario y de decreto de estado de alarma, y de una declaración en el Código Civil del testamento en caso de epidemia que se pretendió, incluso, abolir en una reforma del Código Civil, y el profesor Albaladejo, ya fallecido y el profesor Mario Castillo Freyre coincidió en algún seminario con su viuda, el profesor Albaladejo dijo, para que no se supliera ese artículo que se instauró en 1889, que los bichos, igual que se van, vienen, y fijaros ahora en qué previsión normativa de antecedente de 1889, prever una situación de testamento en caso de epidemia.

Pues bien, en esos momentos presentes, después de la declaración del estado de alarma el 14 de marzo, se declara para la gestión de la situación de crisis sanitaria, una serie de limitaciones a la libertad de circulación de las personas; de medidas de contención al ámbito educativo que duraron más de dos meses; de medidas, además, de restricción a las actividades de hostelería, todas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud.

Y, asimismo, durante ese pedido se suspendieron los plazos procesales, los plazos administrativos; se llevaba a cabo la determinación también de la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad.

Justamente, como continuación de esa declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud de la situación de pandemia internacional.

Pero es verdad que ante esa vigencia en más de dos meses desde el 14 de marzo hasta el 9 de mayo, las personas sólo podían circular por vías o espacios públicos para adquirir alimentos, productos farmacéuticos, para asistir a centros y servicios y establecimientos sanitarios, y se establecieron también en una serie de sanciones importantes, en caso de incumplimiento; y todo ello con enorme repercusión en el ámbito del derecho civil.

En el ámbito del derecho de familia, por supuesto, porque, evidentemente, se puede circular por vías de acceso público para asistir y cuidar a menores, porque el sistema de custodia no se ve alterado por esas limitaciones porque había también una serie de previsiones en el orden jurisdiccional, en la suspensión y la interrupción de los plazos. No se aplicaba si había medidas respecto de la violencia sobre los menores o la adopción de medidas también de violencia de género, y, evidentemente, también, por supuesto, una serie de medidas de protección y de asistencia a las víctimas de violencia de género.

Imaginaros si tienen que convivir, si no pueden salir del domicilio, y si aún encima no existe una medida especialmente de protección si existe una situación de víctima de violencia de género.

Por tanto, sobre la mujer o sobre los menores; y, por supuesto, también tienen una especial incidencia a ese problema general que se hizo de ayuda a las víctimas de violencia de género a las personas objeto de desahucio, de desalojamiento de la vivienda habitual, a las personas sin hogar, a personas especialmente vulnerables.

Antes decía que el derecho civil se replantea, aparte de la situación del ciberespacio, también la especial protección de las personas especialmente vulnerables.

Y, en esa situación jurídica, se establece también una solución habitacional, poniendo a disposición de una persona viviendas, en el caso de que haya sido objeto de desalojo, que haya tenido que abandonar la vivienda por cuestiones relativas a violencia de género, etc.

Bueno, pues, realmente, se trata también de dar una asistencia integral, una protección singular; y, desde luego, el covid-19, como suceso extraordinario, imprevisible e irresistible, ha afectado, aparte de las relaciones personales, también a las relaciones patrimoniales: la fuerza mayor por el brote del virus; el caso fortuito ante las medidas del gobierno, a partir de la liberación de la alarma, del aislamiento que todos estamos sufriendo, que tiene un impacto general sobre toda la sociedad, incluidos los no enfermos.

El virus repercute directamente en el cumplimiento de las obligaciones, en su conservación, en su eventual delación, en la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando el deudor o el acreedor ven comprometida su disposición material al ser infectados, o cuando el mercado reacciona sobre los precios y la disponibilidad de los bienes; el efecto más drástico lo conocemos todos, se produce en los casos en que la prestación literalmente es imposible porque el objeto no existe, se ha perdido, por razón de la oportunidad y el plazo esenciales. Al acreedor le interesa o no que se cumpla más tarde, y si no le interesa que se cumpla más tarde, el negocio pierde sentido o interés sin culpa de las partes. La relación concluye de pleno derecho sin responsabilidad, y en su caso, con restitución de las prestaciones que se hubieren pagado.

En apreciación de la teoría del riesgo, el acreedor, al no recibir lo que esperaba, recupera lo que pagó, mientras el deudor se queda con los restos de una prestación que no logró su fin.

Si sólo se causa retraso en el cumplimiento de las prestaciones, pero no es posible; es imposible todavía su ejecución posterior, el deudor no deberá de indemnizar los daños y perjuicios moratorios. Y, sin que el contrato sea imposible, incluso, un simple medio retraso por ahora, podría ocurrir que el costo de cumplir se eleve de modo severo. En cuyo caso, por la excesiva onerosidad de las prestaciones, se revisa las mismas modificando sus valores o su contenido para lograr que el negocio se mantenga, y si esto no es posible, el contrato se podría resolver.

Ahora bien, estas consecuencias legales se podrían haber alterado convencionalmente. En cada contrato estas reglas funcionan, si las partes no le dan al deudor una carga mayor y lo hacen responsable, incluso, por casos fortuitos o por fuerza mayor, o si lo privaron de revisar el equilibrio de las prestaciones, salvo en los contratos en masa, en los que el consumidor no tiene capacidad de negociación, en cuyo caso, los grandes proveedores soportan necesariamente la carga.

Y tan así también la pena de tenerse en medidas que las agotaron en materia de arrendamiento para apoyar de nuevo a familias y a colectivos más vulnerables.

Se ha suspendido el período de desahucio durante seis meses. Se ha prorrogado severamente en los contratos de arrendamiento del bien habitacional durante seis meses desde que se levanta el estado de alarma. Y, por supuesto, también van a surgir, y lo saben bien los abogados, algunos aquí presentes, multitud de litigios en materia de responsabilidad profesional sanitaria. A lo que se suma el dolor de la pérdida de seres queridos, también en el ámbito de riesgos laborales con la exposición de profesionales sanitarios, a un riesgo desconocido, sin contar con la adecuada protección.

Y, desde luego, también, incluso, materia de las respectivas administraciones por la gestión de la crisis, con multitud de muertos. En nuestro país, muchos de ellos en residencias sanitarias de mayores, porque se ha dado prioridad a la asistencia a enfermos de corona virus, y a veces postergando otras patologías, enfermedades o, incluso, mayores o con la dificultad añadida. Antes se había hablado de ello por parte del doctor Ballistinos de gran número de enfermos asintomáticos.

Ahora, incluso, los hay presintomáticos, que todavía no han desarrollado los síntomas, pero que lo van a desarrollar. Pero, enfermos asintomáticos que pueden propagar y contagiar el virus; y eso, en definitiva, provoca una dificultad añadida, incluso, respecto del nexo causal.

En todo caso, es oportuno, desde luego en esta primera aproximación hacia el futuro del derecho civil, mayor protección a los vulnerables, mayor presencia del teletrabajo y del ciberespacio, con la dificultad de la seguridad jurídica respecto a los elementos probatorios en los juicios en los que no está presente, a lo mejor, el testigo físicamente o el perito.

Hay que tener en cuenta el caso completo, lo que suceda día a día, para evaluar la figura jurídica del derecho civil que, a partir de ahora va a tener, desde luego, una perspectiva distinta, pero también, básicamente, motivada sobre la base de los principios generales por los efectos que produzca esta alteración que ha venido, desde luego, a suponer un cambio rotundo en las relaciones. Incluso, en las relaciones personales es necesario tener en cuenta cada caso, preparar las defensas legales para cuando todo esto pase, que pasará, estoy seguro, y para eso espero que sea más pronto que tarde.

Y para todo ello es una vía, al margen de los tribunales en buena parte de los casos, y de ello, precisamente, en este sentido y más merecido homenaje al doctor Mario Castillo que ya termina con esta misión. Es muy buena vía al margen de los tribunales lo que él tantas veces ha propiciado, propulsado e impulsado: los métodos alternativos de resolución de conflictos, con menos costes, con agilidad, con sencillez, con más rapidez, a través del diálogo, del arbitraje, de la mediación, de la negociación, especialmente, incluso también en el ámbito sanitario en que debe de tratar de conseguirse llegar a un acuerdo satisfactorio de mutuo entendimiento, más allá de la judicialización, porque en España, con ese retraso, con esa congelación de plazos, y con esa avalancha que va a haber de litigios, los asuntos judiciales cada vez están más atrasados, y me imagino que el doctor Melgarejo también tendrá un parecido punto de vista, pues, desde la práctica judicial del Paraguay.

En todo caso, repito, y quiero terminar agradeciendo a todos ustedes su asistencia virtual, y agradeciendo especialmente que me hayan conferido el altísimo honor de participar en esta cualificadísima mesa para participar, como digo, con el más que merecido y más que justo homenaje emotivo y entrañable, desde luego, a una persona que durante más de treinta años ha brillado en Perú, en España, lo he conocido yo en muchos sitios, en Colombia, en México, en Argentina, en muchos otros países, en donde ha puesto de relieve siempre su categoría humana excepcional, su grandísima preparación, su rigor y su inteligencia.

Muchas gracias, y enhorabuena, Mario, porque todos te queremos mucho y te lo mereces.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Domingo. Gran abrazo.

Walter Krieger: Muchas gracias, Domingo. Vamos a dejar en el uso de la palabra a la doctora Gázquez Serrano, que es profesora titular de la Universidad de Granada, así que Laura, todo tuyo.

Laura Gázquez Serrano: Bueno, muchas gracias, Walter, muchas gracias a los organizadores del congreso, y lógicamente, supone para mí una gran

satisfacción formar parte del grupo de amigos de Mario; formar parte de este gran grupo de personas, y muchas gracias a los realizadores por haber contado conmigo para poder participar en este tan merecido homenaje.

En estos días, cuando estaba dándole vuelta a la cabeza a ver qué palabras podría hacer; qué palabras podría dar en honor de Mario, no me acordaba exactamente de cuándo es la fecha en la que nos conocimos. No sé decir el año en que yo conocí a Mario, pero luego, pensando, la verdad que tampoco me preocupa porque Mario es un amigo de siempre. Mario es un amigo de toda la vida. Con lo cual me da igual que lo conozca hace diez, quince, veinte años, porque a Mario lo considero como mi amigo de toda la vida.

Y, además, Mario es el amigo que todos quisiéramos tener, porque es un amigo que es cariñoso, un amigo que se preocupa de los problemas de los demás, amigo generoso como hay pocos, y además generoso en todos los aspectos, y además un magnífico anfitrión.

Si yo conozco Perú y conozco Lima, ha sido gracias a Mario. O sea que, Mario, muchísimas gracias por todo lo que representas.

Y, si Mario me lo permite, quiero recordar una anécdota que ha mencionado un poco Domingo, y es que Mario, hace unos cuántos años, vino a la Universidad de Granada, a la Facultad de Derecho de Granada, y, efectivamente, fue la primera vez que intervino y que dio una conferencia sin saco, sin chaqueta y sin corbata. Lógicamente, no por su voluntad, sino porque los de Iberia se demoraron en entregarle el equipaje. Y era una anécdota que quería mencionar porque eso pasó en la Facultad de Derecho de Granada.

Y, precisamente, en esa conferencia que realizamos en Granada, creo que el tema de la intervención de Mario, no sé si era relativo a la codificación o si era relativo, incluso, al futuro del derecho civil, que es el objeto de nuestra mesa de ahora. Fíjense la coincidencia que puede que sea, pero era un tema muy relacionado.

Y, claro, en este momento que nos ha tocado vivir tan difícil es para el mundo entero, plantearnos el objeto del derecho civil o el futuro del derecho civil, o hablar de futuro, en general, creo que resulta bastante difícil, pero también es cierto que el derecho civil no puede quedar atrás en darnos respuesta a todas las nuevas necesidades que se nos están planteando.

En España, por delante, como creo que, en el resto del mundo, los más perjudicados por este maldito virus, han sido nuestras personas mayores; nuestros ancianos. Muchísimos han muerto, muchos han muerto en residencias. Muchos han muerto solos; muchos han muerto abandonados, y el derecho civil o la sociedad en general no se puede permitir el lujo de dar la espalda a estas personas.

Hace poco, en estos días, leía recientemente en prensa y creo que ha salido también en televisión, cómo muchísimas personas mayores en España están aumentando sus demandas de desheredar a sus hijos por el maltrato que los hijos, sus descendientes, le han dado en esta época de pandemia, en la que los pobres se han sentido desasistidos.

No sé si, a lo mejor, quizá el momento ahora de una... no sé lo que ocurra en el resto de Sudamérica, en el resto de vuestros países, en España seguimos con un sistema de legítima. No sé si, a lo mejor, en estos momentos sería la ocasión de revisar el sistema de legítima de nuestro derecho sucesorio.

Pero lo que está claro es que el derecho civil no puede quedarse atrasado; no puede quedar atrás de las nuevas demandas que se está plantando la sociedad.

Y el derecho civil no puede quedar atrás de la protección de los más vulnerables, como han sido, en este caso, las personas mayores de edad.

Igualmente, el derecho civil, en estos momentos, ha tenido que dar respuesta a problemas que se han planteado en relación con la custodia de los menores.

Por mi situación, en el estado de alarma, se ha impedido la movilidad de las personas, con lo cual se han planteado muchísimos conflictos, en relación con parejas separadas, y en relación con el uso y la custodia de esos menores, en manos de quien estaban, y con respecto de algunos progenitores, le ha impedido el ejercicio de esa custodia, precisamente, por la imposibilidad de movilidad con la que nos hemos encontrado por estos momentos.

Esto puede ser con respecto al nivel personal. Ya sabemos que el derecho civil es el derecho de la persona, pero ¿qué ha ocurrido también con los contratos?

En estos momentos, en estos meses nos hemos dado cuenta de cómo se ha tambaleado el principio de irrevocabilidad del contrato. Cuando yo le explicaba a mi alumno, también a través del ciberespacio porque, en el mes de marzo dejamos de dar clase y tuvimos que empezar a dar las clases a como estamos haciendo ahora por teleconferencia.

Y yo les explicaba a los alumnos que los principios del contrato eran: la relatividad, la obligatoriedad y la irrevocabilidad del contrato.

Nos hemos dado cuenta, por desgracia, en estos momentos, cómo esa irrevocabilidad del contrato ya no es un principio tan fuerte del contrato; ya no es un principio. Ya hemos visto cómo se tiene que aplicar esa cláusula *rebus sic stantibus*. Es decir, vemos que esos principios que creíamos inamovibles casi de los contratos, se han tambaleado ante esta situación.

A lo mejor, deberíamos de pensar replantearnos distintos principios del derecho civil. O, igualmente, qué ocurre en el derecho civil ante las nuevas tecnologías y las nuevas maneras que tenemos de comunicarnos. Que, de un día para otro, nos hemos visto que lo tenemos que hacer todo por Internet. Y, ¿quién garantiza la intimidad?, ¿quién garantiza en estos momentos que a mí no se me esté grabando, cuando yo en ningún momento creo que yo he prestado mi consentimiento; no he dado ninguna autorización; a lo mejor, se me está grabando y, a lo mejor, se puede reproducir en cualquier momento.

¿Qué protección tengo? ¿Qué protección me otorga el derecho civil? Luego, vemos que ante esta pandemia, esta situación tan horrible que, por desgracia, nos está tocando a todos vivir, nos tenemos que replantear muchísimos principios del derecho civil, porque el derecho civil, lógicamente tiene que seguir protegiéndonos y no puede quedar atrás ante los avances que estamos viviendo.

Creo que con esto no sigo avanzando. Simplemente, una vez más mandarle un beso enorme a Mario, mi gran satisfacción y mi orgullo de sentirme amiga suya y, cómo no, mi enhorabuena por este merecidísimo homenaje.

Un beso a Mario y un saludo a todos vosotros.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Laurita querida.

Walter Krieger: Muchas gracias, doctora Serrano. Bueno, seguimos con el programa y le dejamos la palabra al doctor Álvarez Miranda, que es el decano de la Universidad de San Martín de Porres, y expresidente del Tribunal Constitucional.

Le dejamos el uso de la palabra.

Ernesto Álvarez Miranda: Muchas gracias.

Buenas tardes con todos los invitados; con un panel tan enriquecedor para el mundo del derecho.

Me imagino que los estudiantes de postgrado y de pregrado deben estar disfrutando con estos breves mensajes llenos de contenido civilista, llenos de contenido jurídico.

Yo con Mario, en realidad, trataba de sacar las cuentas, pero creo que también estamos cumpliendo treinta, da en el palo y veintinueve años de ser amigos, porque nos encontramos de casualidad en el pasadizo de la primera facultad de derecho en la cual ambos enseñamos, que es la facultad de

derecho de la Unifé; de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón en Lima; y allí hicimos una amistad en torno a una simpatía natural, porque, al final, los constitucionalistas solemos hacer amistades y profundos odios, por cierto, entre nuestros colegas; entre los colegas de la comunidad jurídica constitucional, pero no solemos conversar más allá del saludo protocolar en la sala de profesores, con los profesores de civil; y, claro, huimos de los derecho penal.

Con la amistad que nos tenemos con Mario, de muchos años y muy intensa, yo creo que yo he salido ganando muchísimo más porque, no solamente por las virtudes profesionales, personales de Mario, sino que, en esencia, Mario es, posiblemente, una de las personas que pueda recibir, y en forma merecida, un homenaje como éste.

Sabemos que los juristas, en Latinoamérica en especial, en los países latinos, en general, suelen ser objeto de homenajes singulares e, incluso, por parte de una comunidad jurídica internacional extensa, pero, básicamente, por aprecio a sus teorías, en contraposición de las odiosas de los profesores rivales, o una situación de poder más que de *auctoritas*.

En cambio, lo de Mario es amistad, reconocimiento y admiración pura. No le conozco enemigos a Mario, y eso es inusual en el mundo del derecho; inusual, incluso, en el que nos ha tocado vivir en este último año, en el que escucho a ustedes, maestros del derecho civil, exponer preocupados diversas situaciones que van a ocurrir, una vez que la emergencia amaine.

Cuando la emergencia ceda, de alguna manera, esperemos que el próximo año, van a haber un sinnúmero de ocurrencias de procesos judiciales, de demandas: algunas con razón y otras sin razón, pero, en materia del derecho constitucional también es preocupante porque ya, en este momento, y Latinoamérica no es, precisamente, el hogar de élites políticas encumbradas.

En nuestro Congreso peruano, ya se vienen presentando, no solamente proyectos de ley, sino ya se están elaborando y aprobando dictámenes de comisión legislativa, ya listos para entrar al debate y votación en el ple-

no, de proyectos de ley que vulneran —entre otras cosas— el artículo 62 de la Constitución peruana, que dispone, básicamente, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Y es así como el Tribunal Constitucional, en el año 2012, en la sentencia de inconstitucionalidad n.º 006, determinó que esta disposición constitucional era un límite a la potestad normativa del Estado, por la cual la ley no podía modificar el contenido de un contrato, pero hoy día vemos, por ejemplo, que la Comisión de Educación ha dictaminado ya y está a la espera de pasar al debate en el pleno, la próxima semana, tal vez, u n dictamen que une varios proyectos que altera las relaciones contractuales, no solamente padres de familia con los colegios particulares, que son, aproximadamente, el 35% de la educación primaria y secundaria en el Perú, sino, esencialmente, las relaciones contractuales respetadas en la Constitución que, desde un inicio, no solamente en el texto de la Constitución que viene desde 1993, sino en esencia de la jurisprudencia constitucional continua y permanente, establecía, por ejemplo, que el Estado —las leyes— no pueden establecer precios ni tarifas, porque eso correspondía a un trato, a una relación directa entre los usuarios de un sistema —en este caso, educativo— con aquéllos que ofertaban el servicio.

Estamos a punto, entonces, en el Perú, de sufrir por el tema de la pandemia, por el tema de la necesidad de los legisladores, que son políticos, de tratar de dar respuestas apresuradas, por cierto, a una situación grave y problemática, porque muchas de las familias no tienen medios para pagar las pensiones. Estamos a punto, decían, de sufrir una mutación constitucional grave, por cierto, porque si hay que establecer una virtud a la Constitución vigente, es la de haber separado la política de la voluntad del gobernante; el voluntarismo típicamente populista y latinoamericano de las relaciones económicas y de las relaciones contractuales, provocando, propiciando un auge que ha durado también, aproximadamente, treinta años como los que hoy nos unen y nos congregan hoy en homenaje a Mario Castillo.

Esperemos que estas preocupaciones encuentren soluciones, tanto en el derecho civil de cada uno de los países, tanto en la jurisprudencia y en

la prudencia de los jueces que van a tener que interpretar casos extremos, casos límites, y también de las élites políticas y del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en Argentina para que, en lugar de desandar lo andado, podamos seguir avanzando. Dicen que las grandes crisis son las que prueban y hacen madurar a las personas.

Que esta grave crisis en Latinoamérica, en lugar de hacernos retroceder y hacernos nuevamente países adolescentes, nos haga madurar y nos haga mirar hacia un futuro promisorio, lleno de modernidad y lleno de madurez.

Muchísimas gracias a esta mesa; muchísimas gracias a Mario Castillo y a los organizadores por haberme permitido compartir estas breves palabras, y no me voy sin antes recomendar a todos los participantes y asistentes que nos escuchan, un libro de Mario Castillo que, posiblemente, a muchos se les haya pasado: *Todos los poderes del presidente*, que fue la incursión de Mario al derecho político; al derecho constitucional y a la ciencia política que es, en mi caso particular, una joya en mi biblioteca.

Muchas gracias; buenas tardes y buenas noches, donde corresponda.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Ernesto. Te agradezco infinitamente, y además por toda la amistad que yo creo que son treinta años, porque tú dictabas Constitucional I y yo empecé con Obligaciones el 1990; de manera que son treinta años de amistad, ¿no? Así que muchas gracias.

Un gran abrazo a la distancia.

Gracias por el recuerdo. Un abrazo.

Walter Krieger: Muchas gracias, profesor Álvarez Miranda.

Ahora sí le damos la palabra al profesor Ordoqui Castilla, que es profesor de la Universidad Católica del Uruguay.

Gustavo, querido amigo, te dejamos en el uso de la palabra.

Gustavo Ordoqui Castilla: Bien, buenas tardes para todos. Una alegría de participar en este encuentro y de verlos, por lo menos, vía Zoom. Un abrazo muy especial a Mario. Felicitaciones por su merecido homenaje.

Yo sí saco los cálculos: me da más de treinta años que estoy yendo a Lima. Desde ya la época con Fernández Sessarego que quizás haga más tiempo, según mi visión, pero conozco a Mario; conozco a su bellísima familia; su señora; todo lo que él ha sembrado ya, mucho más allá de lo que es estrictamente la cultura jurídica, como persona y como hombre, es un verdadero ejemplo.

Cuando nos convocaron a participar en este evento, realmente, nos dio una alegría de justicia, una alegría de decir: «Bueno, al fin no estamos esperando que las personas no estén para hacer los homenajes, sino se lo hacemos en vida, para poder transmitir nuestra alegría, nuestra amistad, nuestra forma de ser». Quién sabe lo que nos depara el futuro; no sé cuánto tiempo vamos a estar en contacto fuera o, por lo menos, por esta visión, por este medio.

Es lo que nos es particular en nuestro país. Los cortes con las vías, no han modificado muchísimo. Yo tengo nietos que están en la Argentina encerrados hace más de seis meses que no nos vemos porque no pueden venir, y además, las peculiaridades que se están dando en nuestro país, con referencia a la forma cómo se ha tratado esto, no es con —me estoy refiriendo al covid—, no es con imposición de soluciones, sino con el criterio de libertad y responsabilidad; tratando de convencer a la gente de cuáles son los caminos que tienen que optar sin imponerles ningún tipo de sanciones, más que más de a pocos, progresivamente, se va avanzando. Dios quiera que esto sea breve.

Pues bien. Tenemos... disponemos de unos diez minutos para hacer algunas reflexiones sobre «¿a dónde va el derecho civil?», y en qué momento venimos a hacer estas reflexiones donde, precisamente, son varias las circunstancias que nos ponen en jaque o que hacen temblar sus cimientos en lo que se refiere a sus figuras tradicionales.

Nosotros, en lo particular, hemos ya, a nivel de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, hemos hecho un estudio que está al alcance de todos, titulado «La pandemia y el corona virus. La responsabilidad civil en el Uruguay», donde, precisamente, vemos y analizamos las afectaciones más importantes que, desde nuestro punto de vista, ha tenido este momento difícil que nos toca vivir.

En segundo lugar, quiero asegurarles y citarles, no olvidar la referencia a la Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, el año 2018, tomo IV, donde se estudia específicamente toda la evolución que tiene el derecho civil a la luz de la Constitución. Y la verdad que hay estudios muy buenos de Pascual Alferillo, de Luis Vivas, de Joel Melgarejo; estudios que realmente visualizan y facilitan mucho pensar en un futuro, ya no solamente de la mano del Código Civil, sino de la mano del sistema jurídico en su totalidad.

Cuando uno habla de derecho civil, piensa, bueno, ¿a dónde van las normas del derecho civil? Y nosotros pensamos a dónde va el derecho civil dentro del sistema normativo general, porque, en definitiva, no es el derecho civil una isla, como lo vamos a ver ahora, brevemente, parte de un sistema que se interacciona mutuamente con otras disposiciones.

Bien, para saber una evaluación de a dónde va algo, quiero saber, por lo menos, cómo está compuesto, qué pautas son las que, de alguna manera, lo determinan. Y ahí vemos que la realidad es la que tiene que dar respuesta al derecho civil hoy. Es muy diferente a la que era años atrás.

El amigo Fernández Sessarego, que siempre lo recordamos con mucho cariño, nos enseñó algo muy importante, y es que el derecho no podemos verlo sólo como un conjunto de normas, porque aquí la pregunta se concretaría así: ¿a dónde van las normas del derecho civil?

No, es mucho más la pregunta. ¿A dónde van las normas del derecho civil y todo lo que corresponde al derecho civil tutelar y que está bajo su propia responsabilidad? Como materia institucional quizás más importante del sistema jurídico, porque de la vigencia plena del derecho civil y de

sus exactos valores, depende la defensa de la dignidad como persona, de la familia, del sistema negocial y de la propiedad como un todo.

La forma que hemos tratado de resolver esta propuesta, complejo tema en diez minutos, ya va por la técnica del flash. Lo que hago, simplemente, es proponer ideas concretas y después, en algún momento, será posible desarrollar.

¿Cuáles son estas pautas de desarrollo o de evolución que pudo tener o que se visualiza del derecho civil?

La primera, marcada por un proceso de constitucionalización que vamos a ver cómo, progresivamente, las realidades se valen de las Constituciones y Valores, a los efectos de visualizar nuevas soluciones de interacción entre sistemas normativos constitucionales con carácter general y las disposiciones del Código Civil.

En segundo lugar, hay otro flash, otro aspecto importante que marca la evolución del derecho civil, y que se identifica con el nombre del proceso de la decodificación. Ya algunos temas han cobrado legislación expresa, como el caso, por ejemplo, de las relaciones de consumo que han creado, inclusive, un proceso de doble vía.

Primero, tratando de generar figuras, como la cláusula penal, el contrato de adhesión, pero que luego esas figuras han evolucionado de tal manera, que ya hoy se convierten en disposiciones de uso general para toda la vigencia del derecho civil, no solamente para las relaciones de consumo.

Hay acá sentencias en las que se ha dicho: «Bueno, y por qué vamos a tener un concepto de contrato de adhesión o un contrato de cláusulas abusivas para las relaciones de consumo, que no sea de utilidad para el derecho civil con carácter general, y ahí vamos viendo cómo es este proceso, digamos, de decodificación; normas que han surgido al margen del Código Civil, han facilitado su desarrollo y su evolución.

Y, dentro de este proceso, aparecen normas no sólo legislativas. Actualmente, nosotros en el sistema jurídico, en los últimos cuatro meses, hay disposiciones que se titulan «protocolos», que son nuevas pautas; unas nuevas fórmulas dentro del protocolo. Antes teníamos la Constitución, la ley, los decretos y las resoluciones, y ahora aparecen protocolos que van regulando distintas actividades puntuales, en lo que se refiere al desarrollo de distintas negociaciones; al desarrollo de distintas evoluciones. Aparece la figura del protocolo como una nueva disposición muy importante.

Pero, en este proceso de evolución, ya no quedándonos solamente con el covid de los últimos cuatro meses, sino viendo un poco el proceso del derecho civil en los últimos años y mirando hacia el futuro.

Hay un cuarto o quinto flash que me parece interesante destacar, que es el denominado proceso de judicialización que está viviendo el derecho civil, a través del cual se instituye o se impone una determinada evolución de determinados valores, y que van marcando pautas que, inclusive, no están expresamente consolidadas en el Código Civil, pero que son aceptadas por lo que es la evolución del derecho jurisprudencial, a través de sus verdaderas máximas consolidadas.

En la tarde de ayer, en nuestro país, desgraciadamente, tuvimos la noticia de que un hogar de ancianos tuvo un incendio donde fallecieron algunas personas; y, en concreto, la vigencia, lo que se planteaba hoy por la mañana y desde hace tres días, era la vigencia de la obligación de seguridad que tienen los que venden ese servicio respecto a los que son usuarios del servicio.

Si la vamos a buscar en el Código expresamente, no la tenemos, pero nadie duda de que la obligación de seguridad se debe en función de la aplicación de uno de los principios del Código que es el principio de la buena fe al que vamos a hacer referencia en el día de mañana, brevemente.

Vemos así cómo la jurisprudencia construye y colabora y marca un rumbo.

Estamos seguros de que las pautas y los movimientos de las nuevas necesidades del derecho civil que vamos a afrontar en el Código, hay instrumentos, que, si los sabemos utilizar con calma, con mesura, pueden darnos una mano en ese proceso.

No es imprescindible pensar: ahora hay que borrar, hay que cambiar, hay que empezar de vuelta, porque lo que dice el Código no sirve para nada. Muy por el contrario, el Código Civil, en la regulación de sus principios generales, como lo vamos a ver, tiene ya pautas; puertas abiertas para recibir nuevas realidades dentro del concepto de la realidad del propio Código Civil; no hay que tirarlo; no hay desperdiciarlo, sino tratar de aprovechar lo que en él se dice.

En este proceso de evolución, la Constitución, como les decía recién, tiene un empuje sentimental de la evolución del derecho civil. Marca valores que son imprescindibles, por ejemplo, a la hora del derecho de daños; a la hora de marcar las relaciones de familia; a la hora de preocuparnos por la libertad, la justicia, la dignidad de las personas; nuestras Constituciones tienen más claros estos valores y orientan la vigencia del Código Civil en sus pautas hacia esos valores que están, no tanto impuestos, sino sugeridos para que la vigencia de las normas del Código Civil, sean más acordes a las nuevas necesidades y den las respuestas que se hacen necesarias.

La tecnología también ha sido otro factor importante en la evolución del derecho civil. Ahora estamos terminando un estudio muy importante denominado *El contrato inteligente*, partiendo de la base de los efectos de la memoria digital; los efectos de la inteligencia artificial; bueno, toda esa temática le va a obligar al derecho civil a adaptarse a las nuevas formas de expresión de la voluntad, o porque o se ajusta a la realidad, o la realidad va a vivir sin el Código.

Nosotros somos partidarios de que estos nuevos cambios tecnológicos, van a exigir sí disposiciones del Código que, seguramente, van a ser de mucha utilidad y nos van a dar esa solución.

Hay una nueva normativa. Yo festejo mucho, por ejemplo, cuando leí el artículo 1, por ejemplo, del Código Civil y Comercial argentino del 2014, que dice: «Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución, los Tratados de Derechos Humanos de los que la República sea parte.

Quiere decir que hay normas que ya lo están diciendo: que la integración ellas lo hacen: derecho civil, derecho comercial.

Pero ya las primeras disposiciones y la sabiduría de este artículo nos está diciendo que el derecho civil y el derecho constitucional, lo que antes presentábamos como una teoría, ahora ya hay normas que lo están diciendo y hablando de lo que se denomina el diálogo de las fuentes.

Cómo, en definitiva, todas las fuentes se interaccionan, se inter determinan para ayudarse mutuamente. Es la respuesta a las nuevas necesidades.

Pero, claro, yo no quiero terminar esto sin manejar con cuidado y enunciar o advertir de ciertos peligros que puede haber respecto al uso abusivo de la normativa constitucional sobre las leyes, sobre los decretos o sobre las resoluciones.

A veces, hemos vivido casos en los que se invoca la Constitución, en realidad, no tanto para coexistir con las disposiciones que le preceden, sino para derogar injustamente disposiciones de menor rango, cuando eso no es conducente.

La Constitución no está solamente para marcar derogaciones, sino para ensamblarse con el sistema y favorecer salidas conducentes.

Ya en el último minuto, no quiero dejar de marcar, en definitiva, cuando nos preguntamos ¿a dónde va el derecho civil?, tenemos la ilusión, tenemos la responsabilidad, nosotros como Asociación Iberoamericana de Derecho Privado; una de las, o la asociación más importante de América, y esto se lo debemos mucho al esfuerzo de Carlos Humberto, que ha mar-

cado un grupo de trabajo que hoy por hoy le responde, la responsabilidad de asumir pautas y marcar conductas. Una asociación que cuenta con más de dos mil juristas de primerísimo nivel en toda América; tiene voz, tiene voto y tiene sobre todo una responsabilidad.

Nosotros sólo estamos convencidos de que la Asociación en este momento y en el grupo que dignamente integramos con Raúl, que integramos con Walter, que integramos con Gustavo; que inventamos con Enrique; todos nosotros juntos no podemos, como decimos en términos futbolísticos, arrugar frente a un problema. Tenemos que encararlo y tenemos que unirnos todos para marcar la doctrina mayoritaria, porque cuando salen pautas y salen criterios de nuestras asociaciones, son ya, de alguna manera, pautas asumidas por una realidad en respuesta a una realidad que tenemos que valorar.

Mario, te mando un fuerte abrazo. No quiero robar más mi tiempo. Sé que eran nada más que diez minutos, pero el abrazo te lo doy con el espíritu positivo. Creo que van a pasar muchos años, y que gracias a tu mentalidad y todo el equipo que tú integras vamos a encontrar soluciones para momentos difíciles, pero vamos a salir adelante.

Un fuerte abrazo.

Mario Castillo Freyre: Gracias, querido Gustavo. Un gran abrazo para ti y toda tu familia.

Gracias.

Walter Krieger: Muchas gracias, Gustavo, y vamos a dar la palabra al otro Gustavo; a Gustavo Vallespinos, que es profesor titular de la Universidad Nacional de Córdoba, querido amigo; así que Gustavo también te dejamos en uso de la palabra.

Gustavo Vallespinos: Un gusto de estar con todos ustedes en tan merecido homenaje.

Hay muchas veces que las personas nos conectamos sin necesidad de que transcurra mucho tiempo y sin muchos preámbulos, y es lo que me sucedió a mí con Mario, en un encuentro realmente casual en una mesa, en una cena de las tantas que se organizan cuando uno participa de un congreso, compartí casi el mismo espacio, porque nos sentamos casualmente al frente, y desde ese momento, la verdad que tengo que reconocer que sentí una conexión personal muy agradable que emanaba de él, sin ninguna duda, de su señora, y el hábitat que él fue marcando en ese ambiente que... en esa pequeña cena, y en ese pequeño momento. Tú lo recordarás, Mario, seguramente.

Y, por cierto, esto no vino más que a confirmar que su identidad jurídica que, obviamente, que la conozco y la había leído, pero la gratitud fue de encontrar que se unía a una gran persona con un gran jurista. Por eso es que estoy muy satisfecho de que me hayan invitado a participar de este homenaje y muy contento de que te hagan este homenaje todos tus seres queridos, todas las personas que te han acompañado a lo largo de tu vida.

La verdad que hacer una reflexión en los pocos minutos que nos han asignado acerca de hacia dónde va el derecho civil, es realmente difícil. Sí advierto que hay un denominador común en todos los panelistas, que es una marcada preocupación que existe entre ellos, acerca de cómo va a funcionar el Estado de derecho en todos sus aspectos frente a lo que se avecina como un nuevo mundo que pareciera que va a desembarcar después de la pandemia.

Coincido plenamente con mi tocayo Gustavo, en que tenemos elementos, tenemos bases, tenemos instituciones, tenemos juristas, tenemos personas de bien, que no tengo duda de que se van a poner a la altura de las circunstancias y van a dar de sí mismos el mayor de los esfuerzos. Y también tenemos instituciones como nuestra querida asociación, que va a aportar su grano de arena.

Yo, en verdad, es difícil sintetizar el pensamiento que a uno le viene a la cabeza, después de estar padeciendo esta pandemia, pero me parece que el derecho civil del porvenir tiene que establecer una base sobre la cual edi-

ficar todos los nuevos problemas y brindar soluciones frente a esos nuevos problemas, en base a una cuestión que ya nosotros la tenemos instalada, por eso, es que no hay que tirar las cosas por la borda.

Nosotros tenemos instalado que el eje del sistema del derecho privado es el hombre, y me parece que una de las medidas que nosotros tenemos que trabajar, y mucho, es que no se agote ese eje en la persona, sino que debemos buscar la dignidad de esa persona, porque lo que se advierte en los últimos tiempos, y se ha acentuado ahora con la pandemia, es que existe una marcada vulnerabilidad y una potente fragilidad del ser humano, que se expresa en la actuación que tiene en el campo de las relaciones.

Fíjense ustedes que ha tomado un impulso muy potente en los últimos años, y acá en nuestro país muy fuerte con un proyecto de Código de Consumo.

Esto, debido a un factor que todos conocemos, que todos sabemos que existe, que no lo podemos domar y que es el recrudecimiento del poderío que tiene el mercado en las relaciones de las personas.

Esto, para mí, encuentra un camino para establecer los límites a ese poderío, que es la ruptura de la unicidad del contrato que se advierte en los últimos tiempos, y que, por suerte, nuestro nuevo Código Civil lo ha instalado como derecho positivo.

Ha tomado una realidad económica jurídica; conoce la inyección que tiene y la profundidad de esa inyección que tiene el mercado en las relaciones comerciales y ha dicho: ya no podemos estar regulando un único contrato: el contrato nacido de la autonomía de la voluntad de las partes, donde lo expresado es ley para ellas y el *pacta sunt servanda* es la norma que va a privilegiarse en esa relación, no es la única expresión de las relaciones contractuales, sino que junto a él, y así lo dispone nuestro Código, existen otras dos modalidades, como es el contrato que se ha alcanzado a través de una adhesión a condiciones generales, y el conocidísimo y transitado contrato de consumo, donde lo que se evita o se pretende evitar, es la ins-

talación de cláusulas verdaderamente vejatorias para el hombre y para su dignidad.

Por eso recalco, el hombre es el eje del sistema, pero hay que robustecer su dignidad en ese sistema. Yo creo que ya veníamos y estamos en ese camino, y yo creo que la tarea; una de las tantas tareas que nos espera en el futuro, es, precisamente, que todas las instituciones, todos los principios, todas las interpretaciones que se hagan en la nueva sociedad activada general de este fenómeno, y está todo, y en las relaciones comerciales que surjan; no en las que ya en este momento están, las que van a surgir *a posteriori*.

La dignidad de la persona tiene que acompañar perfectamente esa nueva modalidad que debe tener el derecho civil.

Obviamente que no puedo escapar de señalar algún reflejo que yo advierto de la pandemia en el campo del derecho civil. Porque hablábamos de, y Laura nos señalaba la vulnerabilidad y yo le añado la fragilidad del ser humano frente a un fenómeno de la naturaleza y creamos y queremos que sea de la naturaleza y no provocado por el hombre.

Verdaderamente, no somos nada. Los sistemas sanitarios no estaban estructurados para contener las consecuencias de un virus y se ha presentado muy raudamente y se ha desparramado por el mundo.

Esa fragilidad del ser humano me parece a mí que nos lleva a pensar que también en el ámbito del bioderecho o de la biotecnología o en la biomedicina, con tantas denominaciones que se han aplicado para una cuestión que hace al hombre en su estado de enfermedad; a la relación médico-paciente; a la intervención del Estado en las políticas públicas sanitarias; es decir, el hombre enfermo; el hombre aquejado.

Y a mí me parece que el derecho civil también ha tomado y debe y deberá en un futuro seguir tomando más participación en esta relación. En la relación contractual he mencionado, hemos avanzado y tenemos que seguir avanzando y seguir robusteciendo esa dignidad del hombre en el contrato.

Y ahora me parece que hay todo un desafío en la dignidad del hombre en la relación médico-paciente, paciente-hospital, paciente-Estado, porque el Estado es el principal sujeto obligado a brindarnos salud, por lo menos, para los que creemos que es una de las obligaciones que pesan sobre el Estado y no dejar toda la salud en manos de los particulares.

Y ahí yo advierto que el derecho civil va hacia tres grandes instituciones y con un denominador común de fundamento, que es, vuelvo a repetir, la dignidad de la persona, en este caso, la dignidad del paciente.

Allí está la figura del consentimiento informado, que aparece, en muchas leyes particulares y en pocos códigos de derecho privado; el nuestro lo tiene. El nuestro ha incorporado el instituto del consentimiento informado como para brindarle pautas de garantía a la autonomía de la voluntad del paciente, y que él, en base a la información que le brinde el profesional, determine cuál es el camino que quiere transitar.

Y, esto respecto de la vida misma; del paciente en relación con el profesional. Pero, también hay otra institución que me parece que el derecho civil la comenzó a tomar; no está lo suficientemente desarrollada, pero es algo que vamos a tener que comenzar a trabajar, que es el instituto que se lo podría denominar como «las directivas médicas anticipadas». Es decir, disponer qué es lo que yo autorizo cuando yo no pueda tener la suficiente conciencia para hacer mi autonomía de voluntad, mi ley; decirle anticipadamente qué tratamiento admito y qué tratamiento no admito con el límite de la eutanasia. Es decir, la figura verdaderamente compleja y que nos va a llevar a pensarla mucho, porque esto hace a la dignidad, la muerte digna, la enfermedad digna; el soporte del padecimiento de una enfermedad digna.

Por eso, de nuevo, el eje del sistema es el hombre, pero no alcanza ya con eso. Ahora hay que sumarle la dignidad del ser humano.

Y también hay una tercera institución en el derecho privado... Nos hemos acostumbrado ahora nosotros a hablar de derecho privado más que

de derecho civil, porque tenemos unificado el derecho civil con el derecho comercial, entonces, hablamos del derecho privado.

Me parece que la tutela a los más vulnerables, que son frágiles y también tienen derecho a una dignidad en su trayecto mortal, que es el anciano y los niños; son los dos extremos de la vida del ser humano, que necesariamente tienen que tener las garantías suficientes para que transcurran su vejez, su niñez, en el máximo de las dignidades posibles.

Como ven, un mundo del porvenir. Pero, les quiero decir que lo debemos asumir todos con gran responsabilidad, pero también con una cuota importante de esperanza de que todo esto va a estar bien. Ya Domingo dijo: «Vamos a salir». Claro que vamos a salir. Claro que vamos a poner lo mejor de todos nosotros.

Yo creo que en esta salida, creo que en este mundo nuevo que se va a sentar sin ninguna duda; nosotros los que estamos con la responsabilidad de estar frente a un curso, a una jornada, a un congreso donde asisten muchos jóvenes, donde los hacemos o pretendemos o debemos hacerlos pensar, yo creo que nosotros debemos, tenemos una tarea muy importante desde el punto de vista humano; muy importante.

En primer lugar, lograr que la juventud despierte y nos conduzca a un mundo mejor.

Muchos de nosotros, creo que, si hacemos una revisión de nuestras vidas para ese mundo, no en lo personal, pero para ese mundo, quizás nos encontremos en deuda. Quizás no hayamos dado todo lo que podríamos haber dado de todo para mejorar el camino que ha tomado el mundo en nuestra vida. Hemos fracasado rotundamente en el principio olvidado de la revolución francesa. ¿Se acuerdan que dice: libertad, igualdad y fraternidad? Y hemos fracasado en fraternidad. El mundo ha fracasado en la fraternidad. Y yo creo que ése es un segundo eslabón al cual nosotros tenemos que unir nuestro esfuerzo para buscar una convivencia más fraterna: el encuentro con el otro.

Y también en esta nueva realidad, en este nuevo mundo que se avecina, de marcadas desigualdad y pobreza, porque va a ser extrema la pobreza; ya lo es y se va a prolongar en el tiempo.

Creo que eso tiene que servir también para que, de alguna manera, podamos buscar que las políticas sociales sean más proclives a entender que al hombre hay que educarlo; hay que educarlo y hay que educarlo. No hay otra posibilidad, si no es a través de la educación, de que podamos tener un mundo mejor.

Y estas palabras mías son con enorme esperanza. Siempre he apostado a la gente joven; todos ustedes son jóvenes, así que todos ustedes están comprometidos en este nuevo barco al que nos hemos subido ya todos.

Un gusto estar con ustedes, y bueno, de nuevo mis felicitaciones para Mario. Un gusto.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Gustavo. Un abrazo.

Walter Krieger: Bueno, muchas gracias, Gustavo, y ya le damos la palabra al doctor Enrique Ferrando Gamarra, que es socio del Estudio Osterling.

Doctor, lo dejamos en el uso de la palabra.

Enrique Ferrando Gamarra: Muchas gracias.

Bueno, es un honor para mí participar en este merecido homenaje al doctor Mario Castillo, que es uno de los más destacados civilistas del país, como todos sabemos, y tiene una obra doctrinaria muy prolífica y enriquecedora, que a todos nos ha servido muchísimo, y sigue produciendo de una manera incansable. Es una cosa impresionante y admirable, realmente.

Bueno, y entrando a la materia «¿A dónde va el derecho civil?», yo creo que este tema se puede enfocar, eventualmente, de dos maneras. Una es preguntarnos, anticipar de qué modo y en qué aspectos continuará enriqueciéndose el derecho civil en su proceso de adaptación a los cambios

sociales, económicos, tecnológicos y, sobre todo, los coyunturales que ahora estamos viviendo en el mundo entero, y otra posibilidad es enfocarlo también preguntándonos si existen amenazas que puedan poner en riesgo la subsistencia futura de las instituciones y los valores del derecho civil.

Yo quiero enfocarme un poco en este segundo tema, porque para enriquecer un poco el panel con la experiencia peruana; quería contar un poco la experiencia peruana. Quería hacer un poco de historia; historia a partir de la propia experiencia que he tenido y es parecida, además, en sus inicios, a la experiencia del doctor Mario Castillo.

Cuando yo empiezo a estudiar derecho; paso a la facultad, todavía estaba vigente el Código Civil de 1936. Entonces, los profesores nos enseñaban, pues, el Código Civil de 1936; las instituciones del 1936, pero ya se había forjado el Proyecto del Código Civil de 1984 y tuve la gran suerte —como Mario también— de que parte de nuestros profesores fueran autores de varios libros del Proyecto del Código Civil que más adelante se promulgó en el año 1984.

Entonces, en algunos de los cursos que nosotros llevamos, no solamente se discutían las instituciones del 1936, que respondían un poco también a las necesidades de la época, sino a las normas que se estaban proponiendo en el Código de 1984, que lo voy a denominar «Código del 1984», aun cuando esto estaba ocurriendo cuando todavía no había sido promulgado el Código, y entonces, tuvimos la suerte, además, de aprender derecho comparando el Código del 1936 con lo que sería el Código de 1984, analizando las razones por las que el Código de 1984 estaba cambiando instituciones; estaba evolucionando; estaba enriqueciendo lo que había sido el Código de 1936, y además corrigiendo algunas cosas que, por razón de las épocas, bueno ya no tenían lugar.

El Código de 1936, por ejemplo, le otorgaba menos derechos al hijo natural que al hijo nacido dentro del matrimonio, y eso era una cosa, pues, discriminatoria que no tenía razón de ser, y son cosas que se fueron corrigiendo en el Código de 1984.

Entonces, finalmente, el Código de 1984 se promulga, y la verdad, yo tengo una gran opinión sobre el Código. Es una norma extraordinariamente bien lograda.

Entonces, así es como egresamos de la universidad; egresamos de la universidad con un Código recién promulgado, sobre el que habíamos estudiado en el camino y en el proceso. Eran épocas en las que quienes habían tenido una experiencia como ésta, pues salían civilistas de la universidad.

Más bien, lo común era, en ese entonces, que los estudiantes que egresaban de las facultades de derecho, tenían un sólido conocimiento del derecho civil. Unos eran civilistas y otros, quizás no lo eran por un tema de afición o de convicción, pero se manejaban muy bien en el mundo del derecho civil.

Pero, como ocurre con todo en la vida, tan pronto como el Código Civil fue promulgado, también surgieron los detractores del Código Civil. Y, digamos que los detractores podemos ubicarlos en dos grandes rubros.

Primero, había civilistas; civilistas muy respetables, además, que consideraban que el Código Civil de 1984 había cometido errores, excesos, etc., o que había resuelto unas situaciones de un modo equivocado, de un modo obsoleto, y entonces, proponían la modificación inmediata del Código Civil. Y el Código Civil, bastante joven, acabada de ser promulgado, pero ya se estaba proponiendo una modificación.

Esta, digamos, tendencia determinó que se formaran una serie de comisiones de revisión del Código Civil, pero, al final y felizmente, ninguna de éstas prosperó, pero hubo un segundo grupo de detractores del Código Civil, que eran los estudiosos del análisis económico del derecho, que era una corriente, una disciplina que estaba cobrando cada vez más fuerza y que se basaba en conceptos económicos para tratar de explicar instituciones jurídicas; y, a partir del análisis económico del derecho, que puso en tela de juicio una serie de soluciones que el Código Civil planteaba, fun-

damentalmente, para proteger, tutelar a la persona; tutelar a la dignidad, como todos hemos manifestado en nuestras exposiciones.

Y, entonces, ¿qué planteaba el análisis económico del derecho?

Básicamente, que una serie de soluciones que el Código tenía, para proteger, digamos, para limitar esa libertad irrestricta que tenía una persona al momento de contratar, al momento de desempeñarse en la vida social, estaban en contra del mercado; que el mercado solo, el mercado va a buscar las eficiencias, y esas eficiencias las va a conseguir cada persona por sus propios medios; entonces, no necesitan una ley que los proteja y los ayude.

Entonces, por ejemplo, se cuestionaba las tasas máximas de interés. No, pues, no debe haber tasas máximas de interés. Dejemos que el mercado se autorregule solo. Si alguien no está de acuerdo con una tasa, pues no contratará el crédito.

La excesiva onerosidad de la prestación: *rebus sic stantibus*. No, eso está mal. Está mal. O sea, por qué vamos a modificar el principio *pacta sunt servanda*.

Acá lo que tenemos es la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad y la excesiva onerosidad de la prestación es una figura que rompe la autonomía de la voluntad y se sustenta, además, en una premisa equivocada. Una premisa que ha asumido el Código Civil, pero que no es real.

¿Cuál es la premisa? Que existe un equilibrio económico entre las prestaciones. Por lo tanto, si hay un hecho externo, irresistible, imprevisible, que rompe ese equilibrio, entonces, la parte perjudicada tiene derecho de pedir que se restablezca el equilibrio.

Entonces, postulaba, bueno, que no hay tal equilibrio, porque cuando uno contrata, siempre le otorga más valor a aquello que adquiere que a aquello que paga, porque si no, no contrata.

Entonces, no existe tal equilibrio y la premisa está mal. Estando mal la premisa, pues también está mal la figura.

Entonces, dejemos que las partes se autorregulen y quitemos eso del Código Civil.

La lesión, por supuesto, la lesión en la compraventa, pues tenemos que eliminarla, pues, al final nos hace más daño que beneficio.

Se sostenía: la persona que está en un estado de necesidad y realmente necesita vender algo para poder financiar un problema, pues el Código, automáticamente le dice, pues, «nadie te va a comprar porque existe la figura de la lesión, y con lesión ese contrato va a poder ser revisado o el comprador va a ser obligado a pagar un sobreprecio».

Entonces es que la lesión creaba un problema mayor que el que pretendía resolver.

El plazo máximo del contrato de arrendamiento que ha sido tan criticado. O sea, nuestro Código dice: «el contrato de arrendamiento puede tener un plazo máximo de diez años».

Entonces, por qué diez años, porque no veinte y por qué no treinta.

Todos sabemos que el plazo máximo del contrato de arrendamiento se estableció con la finalidad de evitar que, a través de un contrato de arrendamiento, se simule una transferencia perpetua de la propiedad. Un arrendamiento por trescientos años, pero, al final, dada la modernidad de los negocios, se decía: «Bueno, pero diez años nos está creando complicaciones a los negocios. Diez años es muy poco».

La nulidad del pacto que prohíbe enajenar se establecía, los analistas económicos del derecho decían: «por qué se le prohíbe al propietario enajenar, si él puede enajenar porque es propietario, también puede no enajenar porque es parte del derecho de la propiedad y, por lo tanto, él podría pactar

no enajenar». Entonces, por qué la ley propone, por qué el Código Civil propone que ese pacto se anule.

En fin. O sea, se generó toda una polémica a partir de estos cuestionamientos que tenía el Código Civil, y, por supuesto, todo esto tenía como correlato propuestas de modificación del Código Civil.

Y, yo quería hacer un poco historia sobre esto, porque Mario Castillo ha sido uno de los más destacados defensores de estas instituciones del Código Civil, al extremo, inclusive, de que no solamente en conferencias, no solamente en escritos explicó cuáles eran las razones importantes por las que el Código Civil debía tener estas limitaciones a la autonomía de la voluntad, sino que, incluso, publica un libro, *Analizando el análisis*, donde, básicamente, examina argumento por argumento, todas las propuestas que se proponían en el *Análisis económico del derecho*.

Libro extraordinario, definitivamente, y por eso es que me parecía importante hacer toda esta historia porque cuando nos preguntamos hacia dónde va el Código Civil, y hacia dónde va el derecho civil, parte de esto es la historia que tenemos de atrás, y que hoy día, en el contexto actual vale la pena preguntarnos si, por ejemplo, estas figuras que tanto se han protegido en el Código Civil, todavía siguen siendo pertinentes y siguen aportando soluciones en el contexto actual.

De hecho, la excesiva onerosidad de la prestación, por ejemplo, no ha sido una figura muy utilizada; no ha ido mucho a los tribunales. Yo creo que más se ha discutido a nivel doctrinario y en polémicas y en conferencias, que las horas que se puede haber dedicado a esta figura en los tribunales.

Pero, la verdad es que, desde que empezó la pandemia, una de las figuras que más se discute y una de las más recurridas, es justamente, la excesiva onerosidad de la prestación, porque hay muchos negocios, muchas actividades económicas que se han visto seriamente afectadas, en tanto que la contraparte, no. Y, entonces, se está recurriendo, pues, a esta figura. Yo creo que las consultas que ha habido en materia de esta excesiva onerosi-

dad de la prestación que, por lo general, ha sido mi experiencia que me ha llegado en los últimos tres meses, superan en largo lo que yo he tenido que ver sobre esta materia en los últimos treinta años.

Pero, no es el único tema. O sea, al lado de la excesiva onerosidad de la prestación, por ejemplo, se presentan problemas con el tema de las tasas de interés. Siempre se ha discutido si debe haber limitaciones a las tasas o no.

En el Perú existe la limitación en los negocios entre particulares, pero, por ejemplo, el sistema financiero no tiene una limitación a las tasas. Entonces, el sistema financiero puede fijar las tasas que desee.

¿Y qué pasa? Que hay instituciones del sistema financiero que, en los créditos de tarjetas de crédito, cobra tasas que están por encima del 100% anuales, lo que les permite, por ejemplo, a la entidad, hasta duplicar o triplicar el monto de la deuda en un año.

Y, entonces, en épocas de crisis como las actuales, en donde la gente recurre al crédito de la tarjeta de crédito y después no puede pagarlo, lo que se genera es un problema social.

Entonces, la pregunta es ¿es correcto que tengamos limitaciones a las tasas de interés?, ¿es correcto que tengamos un mecanismo que nos permita revisar el contenido de los contratos cuando se produce un desequilibrio de tal naturaleza, que es de tal naturaleza injusto, que uno diga: el derecho tiene que tener una respuesta frente a esta situación.

Al final, la reflexión es que hay muchas respuestas que están en el Código Civil. O sea, aun cuando el Código Civil, y aun cuando el derecho civil, por lo menos, hablo por el Perú, no se haya adaptado a situaciones muy novedosas desde el punto de vista de la tecnología, desde el punto de vista de las consecuencias imprevisibles, que ha generado la pandemia.

Muchísimas respuestas están en el Código Civil. Al final, el Código Civil tiene soluciones, y hay que encontrarlas.

Hay situaciones en las cuales, definitivamente, va a ser aplicable la excesiva onerosidad de la prestación. Hay otras situaciones en las que hay que analizar cómo están distribuidos los riesgos en el contrato, porque no se trata tampoco de que un juez, simplemente, diga como él la pasó mal, ahora le voy a trasladar la desgracia a la otra parte, porque entonces no estamos ganando nada.

Es un poco la discusión que tiene lugar en los contratos de arrendamiento, en donde, por un lado, el arrendatario no ha podido usar el local arrendado, el local industrial, o el local comercial arrendado, por efecto de la cuarentena porque ha tenido que cerrar el local por mandato de una norma legal, pero, mientras tanto, el arrendador vive, pues, de esa renta. Entonces, la pregunta es ¿debe pagar la renta o no debe pagarla?

Si recurrimos a las instituciones tradicionales, la pregunta va a ser ¿existe una situación de fuerza mayor? ¿Esa fuerza mayor está impidiendo cumplir la prestación? ¿Está siendo imposible cumplir la prestación? ¿O, simplemente, le está generando una dificultad económica al arrendatario?

Entonces, la discusión sobre fuerza mayor es una de las discusiones, en este momento, más recurridas en el mundo entero. No solamente fuerza mayor; institución propia del derecho civil; no solamente temas de excesiva onerosidad de la prestación.

En el derecho anglosajón, uno de los temas que se está discutiendo muchísimo es una figura propia de ellos, que es la frustración del objeto del contrato.

Nosotros no la tenemos en el Código Civil peruano, pero es una discusión absolutamente válida y que podría tener lugar también bajo el derecho peruano.

Definitivamente, uno de los grandes límites que tenemos acá es que constitucionalmente, ya lo mencionaba Ernesto, constitucionalmente el Estado no puede dictar leyes que interfieran o intervengan en los contratos.

Esto se ha respetado, más o menos, hasta ahora, pero hay una serie de proyectos de ley, en este momento, en donde se está proponiendo interferir en el contenido de los contratos. Se está proponiendo no solamente expropiaciones, se están proponiendo confiscaciones en el Congreso, particularmente, la Comisión de Educación, con la finalidad de ayudar a grupos vulnerables.

Entonces, ojalá que eso no prospere y que el Estado de derecho se siga respetando, pero al final, yo concluyo esto diciendo, bueno, el derecho civil tiene mucho para darnos. El derecho civil se seguirá adaptando, desde luego, pero tiene soluciones que hoy son perfectamente válidas para el contexto que estamos viviendo, y lo que tenemos que hacer es atenderlas, recurrirlas y respetarlas.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias a ti, Enrique.

Walter Krieger: Muchas gracias, doctor. Le dejamos la palabra al profesor Joel Melgarejo, profesor y juez de la República del Paraguay.

Querido Joel, todo tuyo.

Joel Melgarejo Allegretto: Walter, muchas gracias.

Bueno, en estos once minutos voy a tratar de resumir tres temas: primero hablar de Mario; segundo, hablar sobre el tema, que el tema realmente tiene un título: denominado: «Teoría general del derecho. ¿A dónde va el derecho civil?»; y, en tercer lugar, hablar de vuelta de Mario Castillo Freyre.

Bien, respetando este orden, bueno, yo sería un novel recién conociéndole a él en persona, no llevo más de cuatro años. El año 2016 fue cuando lo conocí a Mario y, bueno, es un merecido homenaje porque quién no ha... ¿qué cristiano no ha ido a Perú a conocer a Mario? ¿No entrar a su biblioteca que tiene una mística especial? ¿No es cierto? Uno ve ya un camino al costado de su escritorio que parece un camino al *Stone Lineman* de

fútbol, donde ya está gastado porque él camina por ahí cuando dicta sus apuntes y sus libros, imagínense qué gastado está el piso de esa zona.

Y, por supuesto, me he ahorrado muchos soles. ¿Por qué? Porque no he comprado algunas cosas, ya que Mario siempre regala algunos libros. ¿Cómo no ir a saludar a Mario Castillo sin traer algunos libros de obsequio?

Todos hemos vivido eso, y sobre todo hay un libro en especial. El volumen 35 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio de Mario Castillo Freyre, *Entre el derecho civil y el arbitraje* de ese año 2016. Lo tengo aquí con una dedicatoria de él; una dedicatoria porque este libro lo hemos publicado aquí en Paraguay. Lo hemos publicado en Paraguay; lo hemos traído a Mario Castillo con su esposa, con Laura estuvieron aquí en Paraguay, en un auditorio de más de quinientas personas, a quien él ha cautivado con su estilo, tan rebelde, tan entusiasta, con un discurso efusivo.

Sí, por suerte, estaba lejos del auditorio porque parecía que agredía al auditorio con los gestos que hacía, que le caracteriza al dar las clases de aquellos que ya lo han visto y escuchado, saben de qué estoy hablando, pero transmitiendo, sobre todo, su lucha por el derecho: su lucha por el derecho.

Y entrando al tema, bien, es singular la vida jurídica de Mario Castillo, en el sentido de que, si bien es cierto es conocido por su conocimiento de derecho civil, pero tiene un amor muy fuerte al arbitraje.

Y, si bien es cierto, el arbitraje es el brazo ejecutor del derecho civil y comercial, es derecho procesal. Y es una particularidad de él que se maneja muy bien en esos dos ámbitos, haciendo solamente uno al arbitraje y al derecho civil. Si una persona que no lo conoce, ve sus libros de arbitraje, diría «éste es un procesalista», pero esto no es así. Él es un gran profesor de derecho civil y lo observamos en sus videos y en sus cátedras.

Ahora, yo diría bien con esta pregunta ¿a dónde va el derecho civil? Yo diría ¿dónde ya estábamos con el derecho civil?

Sí, ¿por qué? Porque el derecho civil nos muestra la Argentina con su reforma, de que no se ha sentido comprendida por otras ramas del derecho común, por ejemplo, el derecho procesal.

Así es que encontramos en las reformas muchas normativas procesales, ya recurriendo de vuelta a esos inicios del derecho civil napoleónico que contenía normas procesales en sí.

Entonces, nos encontramos en un derecho civil no tan comprendido y lo vemos reflejado en el Código Civil argentino, donde tiene varias normas procesales, y yo diría dónde ya nos encontrábamos. Y ese dónde nos encontrábamos quiero enfatizar en la interpretación.

En la interpretación del derecho civil. Entendamos que todos los derechos en la vida jurídica son tuitivos, excepto el Código Civil. El derecho de la niñez es *in dubio pro minore*; el derecho laboral *in dubio pro operario*; el derecho penal *in dubio pro reo*; el derecho electoral *in dubio pro electione*; el derecho legislativo *in dubio pro* parlamento; y el derecho administrativo *in dubio pro* Estado, a favor de la generalidad, porque el Estado cuida a los ciudadanos.

Y el derecho civil no es tuitivo. El derecho civil no es tuitivo, excepto el Código Civil, y esa teoría general y a dónde va el derecho, dónde ya estábamos, y nos encontrábamos donde decía el profesor Ordoqui y señalaba en la constitucionalización del derecho civil. ¿Por qué? Porque es querer dar sentido a lo que nos decía el doctor Gustavo Vallespinos también, esta dignidad humana que no se ve reflejada en lo que nos decía Enrique: la doctrina económica del derecho civil.

Nos vemos sobrepasados por una fuerza superior a la ley, y bien podías decir a quien es magistrado Ernesto Álvarez, si es que realmente ese derecho tuitivo se encuentra realmente en la Constitución o utilizamos como ejemplo la Constitución para darle un sentido moral. Un sentido moral a la norma civil con una excusa de constitucionalizar el derecho civil.

¿Por qué? Porque se encuentran firmes hoy en día las teorías de la democratización de la responsabilidad civil. No hace falta antijuricidad, sino directamente el daño injusto, y ese daño injusto lo encontramos en la Constitución, ¿pero realmente en la Constitución o le damos el sentido moral a la Constitución?

Y esa pregunta de la dignidad humana que nos dice Gustavo Vallespinos; ahora bien, ¿la dignidad de quién sabemos? Del hombre. Pero ¿la dignidad desde quién? ¿Desde quién? Desde el que interpreta. ¿Mi dignidad?

Sabemos que todos interpretamos el derecho civil, por supuesto, al comprar, al vender, ciudadanos que quieren realizar alguna actividad comercial desde ir a la despensa, al supermercado. Todos interpretamos el derecho civil, pero realmente aquellos que no interpretan, sino, juzgan al derecho civil, observan la dignidad, pero ¿desde quién?

Ése es el gran problema del derecho civil de antes de la pandemia, durante la pandemia, y va a continuar después de la pandemia.

Interpretar el derecho civil desde una Constitución porque no es tuitiva. Por eso el derecho al consumidor, para frenar y hacerlo tuitivo.

Entonces, nos preguntamos en relación al homenajeado qué decía o qué dice en relación a esto, y vemos en la obra de Mario Castillo Freyre, en su libro *Lecciones de contratos. Parte general*, segunda edición, y nos dirá un centro, digamos en términos futbolísticos, al decir la autonomía de la voluntad, algunos juristas llegan, incluso, a propugnar que más que como poder de decir de la propia esfera jurídica personal o patrimonial, la autonomía privada puede ser vista como un derecho de libertad, y por ende, como un derecho fundamental de la persona.

Tal postura no es descabellada si tomamos en cuenta, además, que la autonomía privada se encuentra contemplada en la propia Constitución Política del Perú. La misma que señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Dentro de estas manifestaciones podemos observar que ya se encontraba mirando

la Constitución dentro de esta tendencia de la constitucionalidad del derecho privado, a los efectos de darle un sentido a lo que nos decía Gustavo Vallespinos: la dignidad.

Pero hoy en día de vuelta cae en la responsabilidad del intérprete: el juez. Si realmente ve al hombre, a qué hombre; a qué dignidad; a la dignidad de quién se refiere al realizar esta interpretación.

Yo creo que estamos hoy, durante la pandemia, antes de la pandemia y posterior a la pandemia, nos encontraríamos aún con esta gran incógnita.

Antes era la jurisprudencia. Decíamos: el derecho civil dice una cosa y la interpretación jurisprudencial dice otra cosa. Hoy en día decimos: la ley dice una cosa, el Código Civil dice una cosa, la jurisprudencia dice otra cosa. A la mirada de la Constitución, yo creo que es otra cosa, porque cuando interpretamos esta Constitución de arriba para abajo, la interpretamos con nuestra moral.

Y me pregunto ¿ése es el Código Civil que realmente recibimos? Ya lo decía también el homenajeado en esta, en su *Biblioteca de Arbitraje*, elementos básicos o necesidades para una reforma y descartaba la posibilidad de una reforma civil en Perú, por citar unos componentes. Salir de lo tradicional para realmente abrazar lo moderno, teniendo esta función los jueces, es la pregunta que me hago.

Yo creo que ésta no es una discusión civil, sino más bien una discusión filosófica, pero yo creo que estamos entregados a esa interpretación. A esa interpretación por querer hacer alcanzar el derecho a la modernidad, y debemos recordar que ese código napoleónico ha sobrellevado varias revoluciones industriales y otras, sin necesidad de una modificación estructural; sin necesidad de muchas y nuevas noveles y novedosas incorporaciones jurídicas.

Repensemos esto. Pues, bien, para hacer honor al tiempo, voy en la tercera parte de la ponencia.

El homenajeado. El homenajeado, sin duda, es un maestro. Es una gran persona. Una persona humilde, cara a sus amigos, con ganas de compartir en derecho, con ganas de compartir sus conocimientos y seguir aprendiendo.

Esto me hace recordar esa carta que Albert Camus, Premio Nobel de Literatura de 1957, le hacía a su maestro Germain, y yo diría que hoy en día Mario Castillo es Germain.

Y la carta dice así:

«Querido señor Germain: —le decía Albert Camus— He esperado a que se apague un poco el ruido que me ha rodeado en estos días antes de hablar de todo corazón. He recibido un honor demasiado grande que no he podido buscar ni pedido, pero cuando supe la noticia, pensé primero en mi madre, y después en usted, mi maestro. Sin usted, la mano afectuosa que tendió al pobre niño que era yo, y sin su enseñanza y ejemplo», y sin su enseñanza y ejemplo, doctor Mario Castillo Freyre, no hubiese sucedido nada de esto. No es que demasiada importancia a un honor de este tipo yo le dé, pero ofrece, por lo menos, la oportunidad de decirle lo que usted ha sido y sigue haciendo para mí, y le puedo asegurar que sus esfuerzos, doctor Mario Castillo Freyre, su trabajo y el corazón generoso que usted puso y continúan siempre vivos en uno de esos pequeños discípulos, pequeños y jóvenes discípulos que, a pesar de los años, no ha dejado de ser su alumno agradecido.»

Muchas felicidades. Merecido homenaje, mi querido amigo.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, querido Joel.

Un gran abrazo aquí, desde Lima; gran abrazo.

Walter Krieger: Bueno, muchas gracias, Joel, por tu aporte.

Me he quedado para el final, y la verdad es que todos los que me han precedido en el uso de la palabra han hecho un poco de cada una de las

cosas que había pensado. Así que, bueno, vamos a ir armando un rompecabezas, por supuesto, n sin antes agradecer a los organizadores el honor de poder participar en este homenaje a un amigo queridísimo.

Recuerdo la primera vez que lo conocí a Mario que fue en el congreso que organizó la Asociación Iberoamericana de Lima, que había organizado él, que justo coincidía con mi cumpleaños y llegamos a Perú y tuvimos el primer congreso; era mi cumpleaños; y, sin conocernos, a la noche nos invitó a todos a la casa de él y nos sorprendió él y Laura con una torta de cumpleaños, en un gesto fabuloso que lo describe en lo buena persona que es.

Siempre me acuerdo de esa historia, Mario, y sabes que acá todos, mi familia, todos te tenemos un aprecio enorme a vos, a Laura, a tu hijo, así que es una alegría muy grande participar en este homenaje que, además, siento que es más que merecido.

Como dijo alguien al principio, los homenajes parecería ser que son para las grandes teorías jurídicas y yo creo que los merecedores de los homenajes son, además, las grandes personas. Ha habido grandes juristas que han pasado desapercibidos porque a nadie le interesaba hacer un homenaje y yo creo que la convocatoria que ha tenido este congreso es una devolución muy grande a lo que has sido vos como persona y lo que sos vos como persona.

Es un enorme placer poder ser parte de este evento y gracias a todos por la invitación. No quiero extenderme demasiado porque estamos corridos de tiempo.

Me quedaron algunas cosas picando de hacia dónde va el derecho civil y comparto lo que dijo Domingo Bello Janeiro y lo que decía el expresidente de la Asociación de Fútbol Argentino, que tenía grabado en su anillo en el dedo, «todo pasa», ahora caracterizado en la serie *El presidente*, y es verdad, todo pasa y esto también va a pasar.

De alguna manera, la pandemia va a pasar y me parece que es interesante pensar en qué huellas nos va a dejar esta pandemia.

Una de las huellas, por ejemplo, que hay cierto acuerdo de la comunidad científica es que adelantó la relación de las personas con la tecnología varios años. Cosas que estos eventos a través de plataformas digitales iban a ser comunes quizás dentro de cinco o diez años, y son ahora.

El dictar clase es, principalmente, en forma virtual, iba a ser algo que quizás iba a suceder dentro de seis, siete años, está sucediendo ahora.

Esta pandemia ha obligado a la humanidad a adelantarse en el uso de la tecnología a cosas que iban a suceder si las cosas hubieran seguido su curso natural, en mucho tiempo.

También creo que esta pandemia nos ha dejado un impacto muy grande en la forma de relacionar con las personas. Esta cuestión de la pérdida de la conexión humana, va a dejar una huella que también vamos a tener que pensar cómo vamos a manejar este reencontrarnos con la conectividad física, con el estar presentes, y esto también creo que va a tener, ahora vamos a ir viendo, algún impacto en las regulaciones.

Sin duda, creo que las leyes de emergencia no son tan necesarias. Comparto lo que dice Gustavo y lo que ha dicho buena parte de la mesa respecto de que el derecho tiene principios generales y tiene normas que han ido, que vienen de arrastre desde el Código de Hammurabi en adelante, no ya tampoco ni siquiera el Código de Napoléon, y que la humanidad, aunque no tengamos recuerdo de eso, memoria viva. No es la primera vez que se enfrenta una situación excepcional. La humanidad, a lo largo de su historia, ha atravesado pandemias, guerras, desastres naturales, y por eso la idea del *rebus sic stantibus*, y por eso en los principios Unidroit está la idea de las *hardship clause* y la renegociación contractual.

Digo, el derecho, a lo largo de su historia, ha pensado también en la excepción, más que nada si pensamos en derecho romano que era un pueblo que vivía en guerra.

Entonces, la idea de la excepción era algo que lo tenía muy a la mano.

Más allá de eso, creo que pensar en el futuro implica pensar también en algunas novedades que este avance de las tecnologías, que esta manera nueva de relacionarnos nos obliga a pensar más distinto.

Me deja mucha esperanza encontrar en el mensaje de Gustavo Vallespinos, en Gustavo Ordoqui, de Joel. Esta idea de que hay un acuerdo, de que el derecho tiene que avanzar hacia la protección de la dignidad, hacia la protección de los vulnerables. Digo, creo que nadie se atrevería a decir: no, no, el derecho no tiene que darle más bolilla a los vulnerables y los tiene que dejar librados a su azar y a su buena suerte y que, bueno, si alguna persona necesita alguna protección especial por su edad, por su, por alguna discapacidad física, bueno, que se arregle y veremos que Dios lo ayude.

Me parece que tenemos, que ahí se empezó a generar a través de este impacto de la pandemia, conciencia de que el derecho tiene que servir para la protección —como decía Joel—, tenemos que encontrarle la vuelta para la función tuitiva.

Y desde esta función tuitiva tenemos que ver también; creo que hay que ver algunas cuestiones.

La primera es una de las piedras basales del derecho civil, que es la noción de la autonomía de la voluntad y la teoría del acto jurídico.

Hemos construido una teoría de la autonomía de la voluntad y del acto jurídico, partiendo de una premisa casi incuestionable de que los seres humanos somos libres, y que los actos jurídicos que realizamos son las consecuencias de los actos racionalmente reflexionados y ejecutados. Y la psicología, la inteligencia artificial, los algoritmos y etcéteras, etcéteras, nos vienen a demostrar cada vez más que nuestros actos son cada vez menos reflexivos, reaccionamos frente a incentivos que esto que, en algún lugar decía Domingo, de la afectación a la privacidad, también se transforma en la utilización de tecnologías como el *big data*, donde los sistemas los

escuchaba un experiodista argentino que ahora tiene una empresa de tecnología.

Muy interesante hablar sobre el tema, las empresas de tecnología, revisando nuestros perfiles de Facebook, Instagram y tres o cuatro cosas más, saben más de nosotros que nosotros mismos. Ellos ya pueden estar hoy en condición de decir qué queremos nosotros, qué vamos a necesitar nosotros y, por eso, encontramos publicidades direccionadas, campañas políticas direccionadas.

El político hoy es un producto al cual hay que venderle a un mercado que son los electores. Un politólogo americano, Dick Morris, que era el asesor de campaña de Bill Clinton.

Entonces, esta idea de que la tecnología, de que nosotros tomamos decisiones basadas en la racionalidad, está siendo puesta a prueba y esto nos desafía también a pensar si no tenemos que repensar la teoría del acto jurídico.

Sí, realmente, podemos seguir imputándole consecuencias a un ser humano, presuponiendo que fue su elección celebrar un contrato, por ejemplo, cuando quizás no haya sido una decisión del todo libre.

¿Cómo vamos a regular y cómo vamos a proteger la privacidad?

En el camino de los avances tecnológicos hemos cedido algunos ámbitos de nuestra privacidad, que jamás se nos hubiera ocurrido.

Si yo hace cinco o diez años, a cualquiera de ustedes les decía: «ustedes están dispuestos a que una empresa sepa dónde están ustedes en cada uno de los momentos de su vida; tener un GPS adentro del cuerpo o en la mano, y que alguien sepa todos sus movimientos», y estoy seguro de que todos me hubieran dicho que no.

Y hoy graciosamente todos lo hacemos inconscientemente, dándole permiso a Facebook y hasta a la linterna que tenemos en el celular para que

revise nuestros contactos; envíes información de qué páginas de Internet navegamos, qué publicamos en Facebook, Twitter o Instagram o la red social que sea, dónde estamos, cuáles son nuestros recorridos, el programa Waze, por ejemplo, ya nos anticipa en el horario en que nosotros frecuentamos el recorrido de nuestra casa a la oficina; cuál es el mejor horario; cuál es el mejor camino y función del tránsito que va a haber, lo cual quiere decir qué está almacenando nuestros recorridos.

Entonces, hemos cedido espacios de privacidad casi sin darnos cuenta, y en forma muy sutil que claramente el derecho civil va a tener que regular.

¿Qué van a hacer las empresas con esta información? ¿Cómo se va a utilizar? ¿Cómo vamos a evitar que estas empresas usen esta información en contra nuestra? Que nos incentiven a contratar cosas que en algún momento puedan ser perjudiciales.

Me parece que hay todo un desafío ahí por delante, que va a ser interesante. No tengo la respuesta de cómo hay que regularlo, de cómo hay que hacerlo, sino, y es más, imagino que va a ser una discusión que va a trascender a generaciones, que va a ser una discusión que se va a venir. Los jóvenes van a tener que sentarse y pensar en este nuevo mundo o este mundo con mayor impacto tecnológico cómo lo vamos a poder regular.

También, creo que cada vez más y sin ninguna duda, la teoría de la conexidad contractual y la idea de la flexibilización de la noción del principio de relatividad de los contratos, es algo que se va a venir imponiendo, como explica el jurista italiano Enrico Gabrieli, es cada vez más raro, más poco común, encontrar contratos de las personas, y cada vez es más la cantidad de contratos que antes eran simples, que pasarán a ser complejos donde muchas de las personas intervienen para poder realizar un negocio jurídico.

Antes uno quería comprar un pasaje de avión, iba a la aerolínea y lo compraba a la aerolínea directamente.

Hoy lo hacemos a través de plataformas de Internet, que se colocan como intermediarios en la relación con la aerolínea, y además lo financiamos con una tarjeta de crédito.

Por lo tanto, lo que antes era un contrato, ahora son tres o cuatro, o cinco, depende del negocio. Por lo tanto, la idea de la relatividad de los contratos, me parece que va a tener, a través de la conexidad contractual, que en el Código Civil argentino está regulada en los artículos 1073 al 1075, va a tener que tener una fuerza cada vez mayor, porque por más que nuestra apariencia, y esto lo explicaba muy bien Jorge Mosset Iturraspe, nosotros nos sentamos delante de una computadora y tenemos un sistema que es sencillo y fácil de operar para cualquiera.

Cualquiera intuitivamente puede generar una compra a través de Internet o puede adquirir un servicio o lo que fuere. Pero, atrás de este sistema que en apariencia es sencillo, que en apariencia es simple, hay una complejidad no solamente técnica, de programación, de algoritmos, etc., sino también una complejidad jurídica de contratos que se van interrelacionando entre sí, para que nosotros podamos comprar un pasaje de avión con sólo hacer un clic; y, por lo tanto, esa realidad no nos puede ser indiferente, y, por lo tanto, esta realidad también va a tener que ser en alguna medida atendida por el derecho civil.

El tercer punto que me parece que también va a generar un cambio interesante a la hora de interpretar los contratos, es esta idea que hace rato vienen trabajando en la doctrina alemana y que la leo cada vez más en los juristas brasileiros, como Claudia Lima Márquez o Diógenes Carvalho, de entender que en el principio de la buena fe, ya no alcanza solamente la idea de la buena fe lealtad, esto de esperar de la otra persona que determinada conducta, sino que en la relación contractual tenemos que despojarnos de esta idea de que entre las partes que integran un contrato existen intereses contrapuestos que se está tironeando, sino que existe un deber de cooperación entre las partes, que si tenemos un contrato de compraventa, el interés del comprador no es distinto del interés del vendedor, y que cada uno trata de, en el contrato, negociar a ver qué más agua lleva para su molino, sino que este deber de buena fe, entendido desde la cooperación, importa te-

ner que el contrato implica el interés de ambas partes a llegar a un mismo resultado, y que, por lo tanto, no hay intereses contrapuestos, de intereses comunes, tienen que ejecutar con la cooperación de las partes, y entender el contrato a través de la cooperación implica entender que si se rompen las estructuras económicas del contrato hay que sentarse a negociarlas y las partes la tienen que reencontrar.

Después, eventualmente, podrá el juez imponer alguna solución como acá la jurisprudencia argentina ha admitido cuando fue la crisis del 2002 y la teoría del esfuerzo compartido.

Pero que el deber de cooperación obliga a la negociación; el deber de cooperación obliga a buscar soluciones; obliga a asumir conductas que eviten o que incentiven de acuerdo a cuál sea el caso, a buscar una solución o el mejor camino para llegar a la finalidad perseguida por esas partes.

Parece que este cambio de mirada del contrato, de apartarnos, insisto, de la noción del conflicto y de la no coincidencia entre las partes hacia una idea de cooperación.

La mirada al Código argentino tiene un artículo muy interesante para mí, que es el artículo 960, donde habla de las facultades del juez, en relación al contrato y queda en una posición; bueno, Juan no se puede meter, lo que importa es la autonomía de la voluntad de las partes, salvo que, y ahí nos abre la puerta a que el juez se meta, y nos da tres opciones: que las partes le pidan al juez: «Mire, señor juez, no nos podemos poner de acuerdo. Usted resuélvanos este problema, que la ley le manda meterse y a integrar el contrato, por ejemplo, cuando hay una cláusula abusiva en un contrato de consumo, el artículo 37 de la Ley de Defensa al Consumidor dice: «Bueno, el juez tiene que completar el contrato y el juez se tiene que meter, pero hay un último renglón aquí que dice de oficio: «cuando se violentare manifiestamente el orden público».

Entonces, si hubiere una afectación al orden público, la norma autoriza al juez a meterse ahí y a restablecer el equilibrio y eso me obliga a pensar qué entendemos por orden público y ahí podemos meter el principio de la

buena fe; violentar la buena fe no implica en alguna buena manera violentar el orden público, sobre todo en un sistema como el argentino, donde la buena fe, lo explica alguna jurista rosarina, Noemí Nicolao, está citada 152 veces, obvio, si hay una afectación de la buena fe; si hay una ruptura del equilibrio del contrato, no sería bueno que el juez pueda meterse y encontrar una manera cuando las partes no lo pueden hacer, de hacer llegar el contrato a ese buen puerto, que el principio de cooperación nos integra, me parece que hay nuevas cosas para pensar frente a esas nuevas realidades, creo que el derecho civil va hacia un derecho, como decía Joel, más preocupado por la dignidad, más preocupado por la protección de los vulnerables, y que esa protección se tiene que se va a lograr mediante el reconocimiento de cómo afectan los cambios tecnológicos a nuestros derechos personalísimos, y mediante cómo regulamos las relaciones contractuales y, en buena medida, de manera de tener contratos autónomos, pero equilibrados y no injustos.

Parece que por ahí debería venir la mano. De vuelta, Mario, ha sido un placer enorme haber podido participar. Agradezco muchísimo la invitación, y bueno, será hasta la próxima.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, querido Walter. Un gran abrazo. Gracias por todo.

Walter Krieger: Un abrazo enorme.

Milo, no sé cómo sigue el próximo panel. Lo dejo en tus manos.

Milo Ruiz González: Perfecto, Walter. Muchísimas gracias a ti y a todos los profesores y amigos que nos han honrado con su presencia en esta mesa.

Ha sido muy, muy enriquecedor.

Antes de pasar a la siguiente mesa, queremos brevemente darle la palabra al doctor Mario Romero Antola, decano de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón – Unifé; justamente, el día de hoy, se cumplen exactamente los treinta años de docencia del profesor Castillo, que empezó un

20 de agosto, entonces, el decano de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón nos va a dirigir unas palabras, brevemente, antes de empezar la siguiente mesa.

Adelante, doctor Romero.

Mario Romero Antola: Perfecto, muchas gracias.

Mis felicitaciones a todos los profesores. Realmente muy interesantes los comentarios que han efectuado. Mis disculpas porque yo estaba preparado para participar el día de ayer, pero problemas técnicos me lo impidieron. Escuché con mucha atención todas estas ponencias, y sobre todo los motivos por los cuales distinguidas personalidades del mundo jurídico consideraban que este homenaje era necesario para Mario.

Yo me había preparado y, como estamos entre amigos, con el objeto de poder ceñirme al tiempo que me habían dado, preparé algo que quería leer para no omitir ninguno de los conceptos que quiero expresarle a mi querido amigo Mario.

Entonces, si me permiten, para ceñirme al tiempo, que espero que lo voy a cumplir, quería comentar que Mario dijo alguna vez en uno de sus libros «confieso que estas líneas las he preparado más con los sentimientos que con la razón», y yo también estas líneas también las he preparado, Mario, más con los sentimientos que con la razón.

Conozco a mi tocayo desde hace treinta años. A pesar de estudiar en el mismo colegio y en la misma universidad, nunca coincidimos: yo salía de la facultad y Mario recién ingresaba.

Fue recién pocos años después, en 1990, no sabía que era un 20 de agosto, cuando nos cruzamos en las aulas de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Unifé, dábamos clases gracias a la iniciativa de la entonces decana Gabriela Aranibar Fernández Dávila: nuestra recordada Gaby.

Imagínense ustedes la convulsión en esta universidad de mujeres por la llegada de varios docentes jóvenes. La diferencia es que yo era casado y Mario era soltero. ¿Se pueden imaginar a ustedes a Mario soltero, treinta años atrás, en un salón de clases, rodeado de mujeres?

Como docente, a decir de las estudiantes, llevaba con ellas una relación de amor-odio. Veían en él un profesor exigente, implacable, mordaz y hasta, a veces, irónico.

Terminado el primer ciclo, corrían a solicitar a las autoridades para llevar con Mario el curso siguiente. Siempre dejó huella en todas sus alumnas.

Mario, de la Unifé se llevó dos cosas: su formación inicial en la docencia, siendo hoy docente ordinario, y el amor de su vida: su esposa Laura, a quien le envío mis saludos.

De las calidades académicas de Mario tengo poco que hablar. Hay quienes están mucho más capacitados que yo; quiero resaltar, sin embargo, que muy pocas veces he visto en nuestro país un jurista que incursione en tantas áreas del quehacer jurídico, tanto en lo profesional como en lo intelectual y de manera multidisciplinaria.

A las ya conocidas áreas del derecho civil, de arbitraje, que todos hemos tenido oportunidad de conocer, hay que agregar muchas otras, yo sólo quiero resaltar que el homenajeado ha incursionado también en el estudio, en la investigación y en la crítica del derecho de la persona y la familia, especialidad de estudio de la Unifé, y no creo que esto sea casual.

El interés por comentar aspectos jurídicos de la familia con acuciosidad, deviene de su gran cariño por la misma.

Me conmovió leer en uno de sus libros cómo reconoce y extraña a su abuelo, abogado de nota, abogado destacado, y su tristeza de no haber podido compartir con él más.

El amor por Laura, su hijo y sus padres es la expresión real de la importancia que él siempre tuvo, tiene y tendrá por la familia.

Quiero enfatizar tres aspectos que siempre han destacado en Mario.

En primer lugar, su espíritu solidario del que ayer se conversó bastante. Su vocación de servicio, de compartir sus conocimientos. Sus treinta años como docente así lo testimonian.

Pero también el desprendimiento que siempre tuvo, por ejemplo, en hacer obras colaborativas o de coautoría, en animar a otros a investigar, estar siempre solícito a apoyar a cualquier colega o estudiante en asuntos académicos o profesionales, en compartir gratuitamente sus obras por Internet. El estar siempre presto a presentarse en conferencias, charlas, congresos y cuanto foro es requerido en donde su participación la realza.

Este afán colaborativo y desinteresado lo puede resumir en una anécdota que ocurre cuando ambos asumimos los decanatos de dos facultades de derecho: Mario en Arequipa y yo en Lima. Y su primera acción fue juntar a un grupo de decanos para lograr una colaboración efectiva entre las distintas facultades de derecho, algo que no es común en nuestro país; en un país donde más bien cada uno ve cómo arregla su problema.

Lamentablemente, este esfuerzo no dio frutos, pero su vocación de compartir quedó claramente evidenciada.

El segundo aspecto que quiero comentarles es su gran espíritu crítico, del cual también ya se ha hablado en extenso. Siempre dado a hacer un comentario inteligente, reflexivo y cuestionador de temas jurídicos, y en general. Sin embargo, y a pesar de esto, y podría parecer un poco contradictorio, ha sido un gran defensor de mantener nuestro actual Código Civil, con algunas modificaciones como él dice «urgentes y necesarias».

El tercer aspecto que quiero resaltar de Mario es que ha sabido ganarse la amistad de muchos, y conservarla, lo que es más difícil, siempre con un

humor especial que sólo conocen sus amigos, y reitero, con la generosidad que lo caracteriza.

Termino diciendo que Mario se definió a sí mismo en uno de sus libros, de la forma siguiente: «soy abogado en ejercicio, investigador y profesor universitario».

Razón tienen los que dicen que las definiciones son siempre limitadas y deficientes.

Mario, sobre todo, es un ser cariñoso, gran amigo, colaborador, crítico e innovador. En resumen, un gran e íntegro ser humano.

Por estas razones, Marito, y muchas más, y el tiempo no me permite desarrollar es más que justificado el homenaje que en estos tres días te ofrecemos, agradeciendo a los organizadores por haberme permitido participar del mismo, de lo cual me sentiré siempre muy orgulloso y honrado.

Un gran abrazo, Mario.

Mario Castillo Freyre: Gracias, queridísimo Marito. Gran abrazo, tocayo. Gran abrazo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, doctor Romero. De esta manera terminamos la mesa relacionada con el tema de «Hacia dónde va el derecho civil».

Agradeciendo a los amigos y profesores que han participado. Siempre es un gusto verlos. Desde Argentina, España, Uruguay y Paraguay.

MESA N.º 6: EL ACTO JURÍDICO.
«LA PRESCRIPCIÓN DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD»

Manuel Villa-García Noriega
Fernando Vidal Ramírez
Arturo Aza Riva
María Isabel Vásquez Villacorta
Gilberto Mendoza del Maestro
Juan Miguel Rojas

Milo Ruiz González: Cedo el uso de la palabra al doctor Manuel Villa-García, quien será el encargado de moderar la mesa siguiente.

Adelante, doctor, muchas gracias.

Manuel Villa-García: Buenas tardes con todos.

Mario, un gran abrazo virtual. Es un gran día los treinta años que celebras como docente. No hay duda; muy bien merecido. Has sido promotor de infinidad de libros. Te has arriesgado a desarrollar varios temas, e inclusive con el patrimonio subacuático de arbitraje conmigo, cometiendo un gran riesgo. Te agradezco muchísimo.

Veamos, entonces, esta mesa n.º 6, que va a tratar sobre «El acto jurídico, la prescripción de la pretensión de nulidad».

Señor doctor Fernando Vidal Ramírez, exdecano del ilustre Colegio de Abogados de Lima. Le cedo el uso de la palabra

Fernando Vidal Ramírez: Bueno, en primer lugar, mi agradecimiento por la invitación que me hace el señor moderador para el tema que está expuesto sobre la mesa.

Pero, mis primeras palabras van dedicadas a Mario, por sus primeros treinta años de ejercicio docente, por su tránsito en las aulas universitarias.

Y digo que son los primeros treinta años, porque realmente creo que su vida la va a dedicar a lo que es su vocación; o sea, la práctica del derecho y la enseñanza.

En segundo lugar, también quiero agradecer a los organizadores de este certamen, no solamente por el acierto que han tenido de darle el homenaje que se le está dando a Mario Castillo Freyre, sino también por la manera cómo ha sido organizado, y mi agradecimiento por la invitación que me permite participar.

El tema que se ha puesto sobre la mesa es «la prescripción de la pretensión de nulidad». Es un aspecto que corresponde a la teoría del acto jurídico. Pero tendría que decirle con su anuencia, señor moderador, que el tema tiene ya parámetros que no permiten que sea un tema muy extenso, y yo estoy pensando que tras de mí vienen varios distinguidos expositores. La tela no tiene mucho que cortar. Y, entonces, me voy a permitir hacer algunas cuestiones que, buscando, de esta manera, la respuesta de parte de los expositores que van a participar posteriormente.

En primer lugar, en el lenguaje común aun de los abogados, cuando hablamos de la pretensión de nulidad, nos estamos refiriendo no solamente al caso de una nulidad absoluta, sino también a una nulidad relativa. Y sabemos perfectamente que la nulidad absoluta es la que genera el acto nulo, mientras que la nulidad relativa, el acto anulable.

Hay consideraciones de orden público para determinar que el acto nulo es un acto que no alcanza existencia jurídica.

En los sistemas de nulidades incorporado al Código Civil no se diferencia la nulidad; o sea, lo nulo de lo inexistente, y el concepto de la inexistencia jurídica está intrínseca en el acto nulo. Y ésta es una premisa que quiero dejar planteada. Y el acto nulo se fundamenta en consideraciones de orden público, mientras que el acto anulable se fundamenta en consideraciones de interés privado.

De ahí, entonces, que el Código Civil haya establecido las diferencias entre una y otra clase de nulidad por sus causales, pero también por sus plazos prescriptorios.

Los plazos prescriptorios, como todos sabemos, forman parte del concepto de la seguridad jurídica.

Las situaciones jurídicas no pueden estar permanentemente latentes. Y como dicen que el tiempo todo lo cura, también en el caso de situaciones jurídicas que están abiertas y que están en la latencia, el tiempo también las viene a consolidar, a curar.

Se habla de la pretensión de nulidad. Sabemos que esta pretensión de nulidad está referida a la nulidad absoluta. Pero, también quisiera yo dejar en claro que, por lo menos, yo entiendo la pretensión como una facultad que el derecho subjetivo le confiere a su titular.

Derecho subjetivo originado por un hecho jurídico u originado por un acto jurídico. Pero, dentro de las características que reviste el hecho subjetivo está la de las facultades que ese derecho considera su titular; y, en consecuencia, esas facultades vienen a ser las pretensiones que el mismo derecho subjetivo tenía.

Si bien en materia procesal, la doctrina procesal no hace distinguos, yo me voy a permitir hacer el distingo entre la pretensión y la acción, entendiendo el derecho de acción como un derecho subjetivo, pero con un derecho a las tutelas jurisdiccionales; y, en consecuencia, cabe hacer una distinción entre la pretensión como facultad que otorga el derecho subjetivo de la acción, como la actitud que toma el titular de un derecho para hacer

valer su pretensión mediante el ejercicio de la acción correspondiente, en búsqueda de la tutela jurisdiccional.

Obviamente, el hecho de la existencia de una pretensión legítima generada por un derecho subjetivo confiere al titular del derecho la legitimidad favorable.

Y, en consecuencia, yo planteo en este caso para poder verlo con los panelistas y los expositores que van a venir después, la interpretación del artículo 220 del Código Civil, que señala que la nulidad absoluta puede ser alegada por cualquiera que tenga interés.

Entonces, yo me permito plantear si las partes que han celebrado el acto nulo, porque, como repito, viene a ser un acto inexistente, tiene como consecuencia de la situación jurídica que se ha generado previamente, tiene la pretensión, puede hacer uso de la pretensión de nulidad y materializar la pretensión de nulidad a través de la acción correspondiente.

Yo me permito interpretar el artículo 220 del Código Civil, en el sentido de que al decir la norma que la nulidad absoluta puede ser alegada por cualquiera que tenga interés, dentro de esos cualquiera que puede tener interés por hacer valer su pretensión de nulidad, están los mismos celebrantes del acto jurídico que ha caído en una causal de nulidad absoluta del acto jurídico nulo.

Puede generarse una consecuencia, un efecto ulterior a la celebración del acto jurídico que asfixie la esfera jurídica de una de las partes de la celebración de este acto jurídico. Y yo creo que, de conformidad con el artículo 220, quien está así afectado, tiene legitimidad para hacer valer su pretensión de nulidad mediante el ejercicio de la acción correspondiente.

Pero, obviamente, también dentro de los alcances del artículo 220 del Código Civil, están los terceros. Terceros, porque no son parte en el acto jurídico nulo, pero tienen un interés legítimo que lo obliga a llevar su pretensión de nulidad a buscar la tutela jurisdiccional mediante el ejercicio correspondiente.

No quiero referirme al Ministerio Público porque el artículo 220 hace una mención expresa de que el Ministerio Público también tiene legitimidad para el ejercicio de la pretensión de nulidad mediante la acción correspondiente.

Obviamente, es un principio general de derecho; está contenido en el título preliminar del Código Civil, y reiterado en el título preliminar del Código Procesal Civil, que la legitimidad para obrar, para presentar o contestar una acción, requiere que quien pretenda ejercitarlas, tenga un legítimo interés económico o moral.

En consecuencia, las partes que celebraron el acto que ha devenido en acto nulo, tienen la legitimidad, si es que están afectados sus intereses morales o intereses económicos; y, obviamente, los terceros también.

El plazo establecido por la codificación civil para la nulidad de los actos jurídicos que padecen de nulidad absoluta; en este momento, nuestro Código Civil les da un plazo relativamente breve: diez años.

En el Código de 1936, el plazo se había ceñido al modelo napoleónico que establecía; el modelo napoleónico, no el Código del 1936, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de un acto jurídico.

Entonces, en este momento, desde la tendencia que inspiró al codificador de 1984, debido a un acortamiento de plazo, estableció que el plazo de diez años para la prescripción de la pretensión o acción de nulidad absoluta.

Pero yo me planteé una cuestión: ¿qué pasa si transcurre el plazo prescriptorio, pasan los diez años y no se ha planteado la nulidad; no se ha recurrido a la tutela jurisdiccional para que se declare la inexistencia de ese acto jurídico que está incurso en las causales de nulidad absolutamente. Y, obviamente, que eso crea esa situación. Una situación jurídica de hecho. Una situación jurídica, de hecho, de la que hay que analizar si realmente transcurrido el plazo prescriptorio, quien celebró un acto jurídico nulo, adquiere los derechos que se han pretendido transferir mediante el acto incurso en la nulidad absoluta.

Es una situación jurídica la que se presenta, pero, indudablemente, planteo yo, podría alguien, por ejemplo, que adquirió un derecho de propiedad sobre un inmueble, y que entró en posesión del inmueble, y que transcurridos los diez años, no ha habido frente a posición de la acción de nulidad, este señor que tiene un título que es inexistente, nulo, ¿puede llegar a convertirse en propietario del inmueble por haber transcurrido el plazo prescriptorio?

Es un tema, indudablemente, que lo planteo como un tema de debate, de discusión.

Hay una situación generada, simplemente, por el transcurso del tiempo frente a algo que era jurídicamente inexistente, lo cual hace que al término de ese plazo prescriptivo, lo que haya es una situación de hecho. Se alegan derechos que no han sido legítimamente adquiridos porque no existía el título para adquirirlos. No existía el acto jurídico del que se pretende derivar esos derechos.

Entonces, pensando que la tela es corta, señor moderador, yo me permito abrir este tema como un tema que espero escuchar las soluciones que den los expositores que me van a seguir en esta mesa.

Agradezco mucho nuevamente la invitación que me han hecho. Le hago llegar a Mario un fuerte y cordial abrazo por estos primeros treinta años de docencia universitaria.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Fernando.

Muchas gracias, maestro.

Manuel Villa-García: Muchas gracias.

Ahora le cedemos el uso de la palabra al señor doctor Arturo Aza Riva, socios del Estudio Rodrigo Elías & Medrano Abogados.

La cancha es tuya, Arturo.

Arturo Aza Riva: Muchas gracias, Manuel, y primero que nada, agradecer con todo el corazón a los organizadores por hacerme celebrar junto a Mario sus treinta años de docencia, la verdad, aparte de mi alegría inmensa.

Conozco a Mario también desde hace, serán veinte años que me llevó de la mano el doctor Vidal, cuando yo era un novel abogado y conocí a Mario en las aulas enseñando en la Unifé, y desde ahí hemos compartido en diversos quehaceres del ejercicio profesional que yo sé él tanto calor y tanto entusiasmo le pone siempre.

Entonces, para mí, Mario, un gusto inmenso estar compartiendo este homenaje merecidísimo y te mando un abrazo fortísimo desde acá. Seguramente por la situación nos permitirá vernos en persona.

Ahora, tomando las palabras del maestro, del doctor Vidal, sobre la prescripción, sabemos, pues, todos que estamos frente a un tema muy muy complejo. Sobre todo porque el contenido de la prescripción va variando según las legislaciones, y hay posiciones sumamente encontradas en la doctrina, respecto a qué debe entenderse por prescripción y qué no debe entenderse por prescripción.

Y para poner más complicada aún la situación, nos llevan los organizadores, a un tema particularmente espinoso, que es el de la nulidad del acto jurídico y cómo opera la prescripción respecto de una situación que todos entendemos que es insalvable, inconfirmable.

Pues, bien, yo quisiera comenzar haciendo referencia a que, desde mi visión, que tiene más de abogado en ejercicio que de, obviamente, profesor, la prescripción siempre me ha sonado como una institución como la institución menos civil de las instituciones civiles, porque el tratamiento que el Código le da cuando enfatiza que lo que se extingue es únicamente la acción, dice el legislador, y la doctrina ha ido perfilando el concepto hacia la pretensión, como hoy se le conoce y como hoy es creo que pacífi-

camente reconocido a nivel jurisprudencia, y acota el legislador, extingue la acción o la pretensión, no el derecho.

Desde esa perspectiva de dejar a salvo el derecho, de dejar incólume la exigibilidad misma del derecho, en el sentido de que si el deudor renuncia a la prescripción y paga bien, y paga bajo el mismo título; no hay una novación, no hay un pago fundamentado en una fuente legal distinta, sino en el mismo título que respecto del cual la pretensión habría prescrito, pero él ejercita el pago, creo yo que estamos entendiendo, pues, que la prescripción tal y como está regulada en el Código, tiene una connotación más de instrumento procesal que permite al demandado, al deudor demandado oponer esta figura a título de excepción; el Código lo reconoce, o en todo caso, una defensa previa. Es decir, la prescripción sirve en nuestro sistema en esencia para impedir que se instaure una relación jurídico-procesal válida en el ámbito jurisdiccional.

Y esta perspectiva es muy importante porque, precisamente, cuando la llevamos a aplicar a la figura específica de la nulidad del acto jurídico, nos permite entender una primera idea.

Creo que, para nosotros, en general, la circunstancia de que la pretensión de nulidad de acto jurídico opere, en modo alguno puede convalidar la invalidez del acto jurídico en cuestión.

Cuando estamos frente a un acto nulo, como se sabe, estamos, en realidad, frente a una autorregulación privada empírica que no ha cumplido con elevarse al rango de jurídica, en la medida de que no ha sido validada al confrontarse con el ordenamiento.

Entonces, estamos frente a una situación de hecho, esta autorregulación privada, empírica, no tutelada por el ordenamiento, que puede producir efectos materiales que puede desplegar sus efectos, pero que en modo alguno va a recibir una validación por parte del ordenamiento y va a tener juridicidad.

Esta circunstancia se mantiene. Es decir, esta autorregulación cuando se produce o cuando transcurren los diez años de la acción de prescripción de nulidad, y simplemente podemos hablar de que el acreedor no podría exigir las obligaciones, pues, bien, eso no significa que estamos hablando, entonces, de un acto válido o confirmado o que alcance esa juridicidad que el ordenamiento le niega.

Simplemente, se está sosteniendo la autorregulación empírica para, en la misma situación en la que estaba antes de que operara el transcurso legal.

Entonces, ¿qué cosa debemos entender por la pretensión de nulidad?

Desde mi visión, la pretensión de nulidad del acto jurídico no busca, entonces, desconocer la invalidez del acto, mucho menos, confirmarlo.

Lo único que hace es darle a la parte interesada la posibilidad de obtener esta certificación de invalidez del acto. Es decir, este instrumento, este pronunciamiento jurisdiccional que determina con firmeza, de modo declarativo, obviamente, que el acto específico bajo análisis, es un acto inválido.

Esta posibilidad de acceder a esta, insisto, certificación de invalidez, simplemente se pierde, pero los efectos de la prescripción del acto jurídico nulo, estarán limitados a esta situación. A no poder contar con esta situación. En modo alguno, a confirmar el acto o, mucho menos, a otorgarle a alguna de las partes del acto nulo, una posición jurídica que le permita válidamente exigir tutela del ordenamiento ante el «incumplimiento» de alguna de las partes de esta regulación empírica no convalidada por el ordenamiento, como es el acto nulo.

Ahora bien, interesa y tomando una de las ideas que mencionaba el doctor Vidal, acerca del artículo 220, yo sí quisiera recoger la idea que él dejó mencionada sobre la función del Ministerio Público, porque entiendo que hay distintos, dentro de la nulidad absoluta, y sabemos todos que la nulidad obedece, básicamente, a la omisión de uno de los elementos esenciales en la estructura del acto, hay nulidades y nulidades.

Habrá nulidades que afectan elementos que, básicamente, tienen que ver con la tutela, la eficacia o el equilibrio del negocio jurídico. Se me ocurre rápidamente, por ejemplo, el objeto jurídicamente posible, la formalidad solemne, pero también hay otros elementos que, además de buscar preservar y cautelar la eficacia del negocio, buscan proteger a la sociedad; es decir, tienen una connotación más pública en este ámbito del derecho privado.

Y me refiero, por ejemplo, al elemento de la finalidad lícita. Qué duda cabe de que si se celebra un acto jurídico con finalidad ilícita, el perjuicio no solamente se constri ne a las partes vinculadas en la celebración de este negocio, sino que puede trascender y generar un perjuicio mayor a la sociedad, y es en atención, entiendo yo, a esta circunstancia que el 220 del Código Civil, correctamente también le entrega al Ministerio Público la legitimidad para perseguir, sancionar y declarar la validez de un acto jurídico.

Entonces, desde esa perspectiva, la pregunta que cae de madura es  el plazo de prescripción de nulidad de los diez años, también alcanza al Ministerio Público?

Y no es una pregunta menor porque, como podemos deducir, si es que fuera el caso que una de las partes involucradas en un acto inválido, deja transcurrir por la razón que fuere el plazo, pero está interesada en la declaración de nulidad, nada le impediría denunciar esta circunstancia al Ministerio Público para que éste en ejercicio de sus atribuciones legales, determine si procede o no a plantear la demanda de invalidez de determinado acto jurídico.

Alguien podría pensar  pero por qué al Ministerio Público no le resulta también de aplicación el plazo de prescripción?

Porque la parte que, más bien, busca evitar esa declaración, ese certificado de invalidez no podría oponer. Es un tema complejo y es un tema bien discutible, porque no puede obviarse que la prescripción es un instituto civil que depende de la disposición de las partes privadas. Es decir, está pensado en el ámbito de los intereses particulares, que son los que en esencia regula el Código Civil. De hecho, por ejemplo, la prescripción

está habilitada a ser renunciada cuando se gana. Es decir, aquella parte que se beneficia de la prescripción, puede perfectamente renunciar a esa prescripción ya ganada, y cumplir, como decía hace unos minutos, con la obligación bajo el mismo título.

¿Podría el Ministerio Público actuar de esa misma manera? Entiendo yo que no, porque tiene que cumplir una función de tutelar el interés público, y ése sí es irrenunciable.

Estas diferencias que creo que podrían ser materia de un análisis mayor, me permitiría postular que en el caso del Ministerio Público, la prescripción de los diez años no le resulta aplicable; y, por lo tanto, ésa sería una vía que termina haciendo o dándole coherencia a esta circunstancia particular que mencionaba, en virtud de la cual la prescripción no confirma el acto inválido; la prescripción no le otorga tutela ni juridicidad a este acto que nace con omisión de elementos esenciales.

Y un punto final para no extenderme también demasiado, que también merece un análisis y crea aberturas dentro del análisis de la prescripción, es el de la acción del tercero. Como bien mencionaba el doctor Vidal, la acción, la pretensión de nulidad no se restringe a las partes, sino, dice el Código, a cualquiera que tiene interés legítimo.

Esta norma, evidentemente, extiende esta legitimidad a terceros que pudieran verse afectados por la invalidez.

La peculiaridad es que, como bien conocemos, el Código Civil, en su artículo 1993 señala que el plazo prescriptorio inicia su decurso cuando es conocido, cuando es posible acudir a plantear la pretensión.

La pregunta es, en el caso de los terceros, ¿ese momento cuándo ocurre? ¿A la celebración del acto jurídico? Sería difícil sostener esa tesis, a menos que el tercero participe o conozca de manera objetiva y probada de la celebración del acto. Lo usual sería que este tercero tome conocimiento en un momento posterior, y entonces, recién desde ese momento posterior podría oponérsele la prescripción, en todo caso.

Esto generaría que esta finalidad de la prescripción que se entiende como dar su seguridad al acto jurídico, se desvirtúa, de manera, pues, notoria en el caso de la pretensión de la nulidad del acto jurídico.

Bajo estas consideraciones, yo me atrevo a concluir en, básicamente, tres ideas.

Que, en primer lugar, la prescripción de la pretensión de nulidad de acto jurídico, en modo alguno, confirma la invalidez del acto; no lo vuelve tutelable, no lo vuelve jurídico. No permite que las partes puedan, con posterioridad a ese plazo, exigir bajo tutela jurisdiccional el cumplimiento del acto.

En segundo lugar, considero que existen argumentos que permiten sostener que el plazo no le sería oponible al Ministerio Público, y por ende, éste mantendría la posibilidad de solicitar la nulidad del acto inválido, incluso, en un momento posterior a este plazo prescriptorio, cuyos años posteriores a la celebración del acto, en atención a que ejerce funciones de pura protección del interés público.

Y, finalmente, que en el caso de los terceros, este plazo también se desdibuja porque se extendería más allá de aquél que se otorga a las partes, en la medida de que podría defenderse, sólo empieza a correr desde que estos terceros conocen de la celebración del acto jurídico, o de los pretendidos efectos que los alcanza, los afecta, justifica su intervención.

Sé que Mario ha sostenido en un artículo sumamente leído que, de acuerdo a nuestro Código, «Todo prescribe, todo caduca, salvo que la ley expresamente diga lo contrario».

Yo creo que en este caso, a partir de esta interpretación sistemática, podemos decir que existe un espacio para que en determinadas circunstancias y bajo determinados factores, no sea oponible la prescripción de pretensión de nulidad del acto jurídico.

Finalmente, nuevamente le mando un fuerte abrazo a Mario. Agradezco la oportunidad y muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: A ti, Arturo, muchísimas gracias.

Interesante, muy interesante el punto de vista. Un abrazo.

Manuel Villa-García: Muchas gracias.

Ahora le cedo el turno a la señora doctora María Isabel Vásquez Villacorta.

Le damos la bienvenida. Ella es profesora de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana en Iquitos.

Adelante, por favor.

María Isabel Vásquez: Bueno, en primer término, muchísimas gracias por el honor de compartir este espacio en el aniversario de Mario por los treinta años de su docencia.

Cuando me llegó la invitación, definitivamente, acepté no solamente porque Mario significa para mí un mentor. Ha sido mi docente en obligaciones, contratos parte general y los contratos típicos. Ha sido mi docente desde el año 1991 y tengo que atribuir a Mario también el hecho de que yo sea docente desde el año 1995, cuando fui su asistente de cátedra en la universidad.

De verdad, Marito, me siento muy contenta, sobre todo de poder verte después de tanto tiempo.

Quiero empezar, definitivamente, mi intervención y mi reflexión, en relación al tema, precisamente, con unos cuestionamientos preliminares que ya el doctor Vidal Ramírez ha hecho referencia.

Yo, básicamente, tengo cuatro preguntas como para empezar el tema o el análisis así del tema en cuestión.

El primero es el siguiente: ¿qué sucede cuando se celebra un acto jurídico afectado por un vicio estructural y nadie dentro de los plazos pres-

criptorios de los diez años solicita ante el Poder Judicial que se declare su nulidad? Sería un primer cuestionamiento.

El segundo es: ¿el transcurso del plazo prescriptorio implica que el acto nulo se convierta en uno válido? ¿O es que acaso nos encontramos ante un acto que, si bien sigue siendo nulo, presenta la peculiaridad de que no se ha declarado judicialmente como tal? Es decir, ¿el transcurso del tiempo convalida ese acto?

¿El transcurso del tiempo tan sólo significa que nos encontremos frente a la imposibilidad de accionar judicialmente para declarar su nulidad? ¿Qué, ello no faculta a ninguna de las partes del acto a exigir su cumplimiento?

Ésos son los cuestionamientos preliminares que me hago para el análisis del presente tema.

En virtud a ello, empiezo también rememorando la conceptualización de lo que es el acto jurídico. Ya Ferri estableció que el acto jurídico involucra actos vinculantes de privada reglamentación e interés. ¿Y ello qué significa? Que, obviamente, los actos jurídicos son realizados por los particulares con el fin de alcanzar un resultado práctico tutelado por el ordenamiento jurídico. Es decir, si son celebrados conforme a ley, producen efectos jurídicos.

Cuando los actos no producen a su origen o inmediatamente los efectos jurídicos previstos por las partes, al momento de celebrarlos o dejan de producir tales efectos, estamos, pues, ante un supuesto de ineficacia.

La ineficacia, entonces, es la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela.

De ahí que se puede identificar la ineficacia con la falta de efectos que son propios de su estructura negocial, pudiendo producir otro tipo de efectos que, comúnmente, en la doctrina lo ha denominado los efectos indirectos.

Ahora es preciso, entonces, para seguir el análisis y poder responder los cuestionamientos preliminares, evocar las decisiones en relación a la ineficacia.

La ineficacia, como categoría genérica, no es más o se presenta cuando los actos nunca producen efectos jurídicos o dejan de producir aquéllos que venían produciendo, como la aparición de una causa sobreviniente a la celebración del acto.

De ahí que, incluso, existe la conocida distinción entre la ineficacia inicial u originaria y la ineficacia sobreviniente o funcional.

La ineficacia inicial es aquélla que se presenta por una causa implícita o estructural, mientras que la ineficacia sobreviniente es a consecuencia de una causa intrínseca.

En la ineficacia, el acto jurídico no produce efectos jurídicos como el haber nacido muerto o dejará de producirlos retroactivamente como haber nacido, aunque suene medio gracioso, gravemente muerto.

En cambio, con la ineficacia sobreviniente o funcional que el acto jurídico venía produciendo normalmente efectos jurídicos, pero cesa su eficacia posteriormente, con la aparición de una causa sobreviniente a la celebración del acto. De ahí que, incluso, se ubica a la nulidad y a la anulabilidad en la implicancia inicial, subsumiéndose ambas con el nombre genérico de invalidez, conforme está establecido en el artículo 219 del Código Civil.

En cambio, en el aspecto de la ineficacia sobreviniente, podemos ubicar a la rescisión o la resolución, que son figuras típicamente contractuales.

Evoquemos ahora las precisiones sobre la invalidez. Ésta se presenta cuando el negocio se ha formado de modo vicioso con la ausencia de defecto de algún presupuesto, de algún elemento o requisito previsto en el mismo pacto y en las normas jurídicas; es decir, se trata de un acto que no reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento.

Puntualicemos ahora la diferenciación entre nulidad y anulabilidad. Nulidad, cuando el acto no produce *ab por agent*, inmediatamente, los efectos jurídicos previstos en el sistema jurídico debido a la incorrecta formación y a la vulneración de la estructura del negocio.

La anulabilidad, entonces, se presenta cuando el acto, una vez celebrado, produce los efectos que le son propios, pero deja de producirlos, una vez que se pida y se declare la anulación del mismo por haberse formado con vicios en el consentimiento.

De ahí que podemos extraer o concluir la nulidad que opera de pleno derecho, por lo que no necesita previa impugnación o declaración especial. La nulidad que opere como causa de ineficacia no tiene necesidad de ser declarada. Los efectos perseguidos no se producen por el solo hecho del negocio o el acto jurídico, de seguro.

Sin embargo, para desconocer la nulidad de manera eficaz, para evitar que el acto jurídico nulo cree una situación de apariencia en la cual pueden ampararse terceros contratantes de buena fe o a título oneroso, será necesario, pues, pedir la declaración judicial de nulidad.

Entonces, teniendo esos conceptos preliminares o habiéndolos recordado al respecto, aboquémonos ahora a la prescripción de la acción de nulidad.

Barbero ya precisó, ordinariamente, que la prescripción de la acción de nulidad es aquélla en cuanto va dirigida a obtener una sentencia meramente declarativa. O sea, no está sujeta a prescripción extintiva.

¿Esto qué significa? Que existe, entonces, una relación inminente, se podría decir, entre la naturaleza jurídica de la nulidad y la naturaleza de la sentencia que se pronuncia sobre ella, y el plazo que existe para solicitar se declare nulo determinado acto jurídico.

Siendo la nulidad la reacción más enérgica, se podría decir, del sistema jurídico frente a un acto de reglamentación de intereses, la sentencia que se

pronuncia sobre ella posee un carácter meramente declarativo, en cuanto se limita a reconocer una situación que es la nulidad, que ya ha operado con la sola celebración del contrato.

Al ser declarativa la sentencia, no existe o no debería existir un plazo prescriptorio para que ésta pueda ser emitida, en tanto se invita a reconocer una situación que ya ha operado, como hemos establecido, *ipso iure*.

Veamos la precisión establecida en el artículo 2001 del Código, que establece que prescribe a los diez años la acción de nulidad del contrato.

Y sobre esa anotación que establece el Código, en el citado artículo, cabe también hacernos las dos interrogantes al respecto: ¿En qué se basó el legislador para establecer un plazo prescriptorio de diez años? ¿Cómo interpretar dicha norma para no caer en la conclusión de que el acto jurídico, luego de diez años sin haberse solicitado su declaración judicial como tal, pueda surtir efectos legales, incluida la posibilidad de que puedan tener las partes o cualquiera de las partes para exigir el cumplimiento de las obligaciones nacidas de tal acto?

Analizando esos cuestionamientos que, incluso, son cuestionamientos que se hacen, sobre todo cuando uno está dictando clases, y los alumnos plantean esos interrogantes para analizar este tema en concreto.

De hecho, está establecido que el paso del tiempo no convierte en válido un negocio jurídico. La nulidad es la respuesta, se podría decir, sistema jurídico en que al inicio estructuralmente presenta, pasados los diez años sin que nadie solicite la declaración de nulidad, el vicio, obviamente, no va a desaparecer. Por tanto, la estructura negocial se mantiene inválida.

Podríamos inferir, entonces, el paso del tiempo no constituye un mecanismo de convalidación de los actos jurídicos inválidos o nulos. Éstos siempre van a permanecer inválidos, salvo que sean confirmados, en el caso, por ejemplo, de que el acto sea anulable o se les aplique alguna técnica de conservación en caso de que el acto sea nulo.

Ahora bien, si el paso del tiempo, sin que se hubiese solicitado la declaración de nulidad, no convierte el acto nulo en válido, ¿qué efectos produce, entonces? El transcurso del plazo prescriptorio de diez años sin haber accionado judicialmente la declaración de nulidad, vuelve inoponible la acción de nulidad.

Sin embargo, ello no será óbice para que alguna de las partes pueda defenderse deduciendo la nulidad, ya no como una acción, sino como una excepción.

El vencimiento del plazo prescriptorio, tanto sólo trae como consecuencia que el acto nulo se vuelva inatacable, podríamos decir; mas no lo convierte en un acto válido. Por consiguiente, la nulidad del acto podrá ser planteada judicialmente, ya no en la forma de una pretensión, o sea, quizá como una demanda de nulidad de acto, sino como una excepción, cuando el interesado en la nulidad es demandado para ejecutar las prestaciones derivadas de un contrato nulo y opone la nulidad, por ejemplo, como excepción, a efectos de evitar tal ejecución.

¿Cómo debemos interpretar, entonces, el plazo prescriptorio establecido en nuestra ley?

Se considera que corresponde interpretar el plazo prescriptorio de la forma más restrictiva que sea posible, procurando entre aquellos actos los plazos prescriptorios que ya vencieron; aquellos otros, cuyos plazos aún se mantienen vigentes, y existen las mínimas diferencias posibles, pues en uno y otro caso, el vicio estructural se mantiene presente.

Podría concluir, en todo caso, precisando que la razón de ser de la prescripción o del plazo prescriptorio establecido para los actos jurídicos nulos tiene una razón de ser en un orden social; de orden público y de seguridad jurídica, a fin de que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas.

Marito, felicitaciones por esos treinta años, que sean muchos más. Recuerdo con mucho cariño... ayer le comentaba a una amiga mía abogada

que una vez cuando estabas por sacar las *Tentaciones académicas*, habías dicho: «Éste es el último libro que saco», ¿no? Y yo te había hecho recordar, el día que presentaste el libro, que no iba a ser el último.

Y así, efectivamente, es. Recibe, Marito, el cariño de todos los alumnos de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana. Eres padrino de una promoción. Dijeron que iban a estar atentos a estos días del congreso. Y también de mis alumnos que están llevando ahorita argumentación jurídica y derechos humanos.

Un abrazo fuerte, Marito. Saludos para Laurita y el pequeño Mario.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querida Maribel. Muchísimas gracias por todo.

Manuel Villa-García: Muchas gracias.

Entonces, presentamos ahora al señor doctor Gilberto Mendoza del Maestro. Él es profesor en la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Adelante, por favor.

Gilberto Mendoza del Maestro: Muchísimas gracias. Bueno, en principio, gracias por la invitación a Milo, a Roger.

Profesor Mario Castillo, gracias por considerarme entre las personas que, de alguna manera, van a exponer en estos días.

En realidad, yo no he sido su alumno oficialmente, pero lo he leído mucho. Lo he leído mucho, conozco mucho las obras, y son bastantes; todavía no las he terminado de leer todas y solamente me quedo con una cosita que, probablemente, ya han destacado muchas virtudes de usted, pero para mí, lo más valioso, por lo menos, en el ámbito académico, ha sido su facilidad de poder hacer lo complejo, sencillo.

Es una habilidad que pocos tienen que, de alguna manera, nos incentiva a los que estamos atrás de ustedes a tratar de poder imitarlos.

Entonces, yo he tratado de evocar en estos cortos minutos, justamente, cuando Roger y Milo nos dieron el tema, decía qué puedo yo decir ahora en esta presentación, y todavía es un homenaje. Algo interesante que quizá pueda llamarle la atención al doctor Mario Castillo, y al doctor Fernando Vidal que, de alguna manera, son personas con gran nombre y con gran profesionalismo académico, y lo que yo voy a tratar el día de hoy y voy a tratar de sintetizar, es darle una mirada un poco dogmática, al tema de la prescripción de la nulidad, buscándole un poco de la nulidad en función de alguna utilidad que, de alguna manera, verifiqué en un trabajo que hicimos conjuntamente con la profesora Ingrid Díaz en la Universidad Católica, sobre cómo aplican el tema de la prescripción, no en el ámbito civil, sino en el ámbito penal. Lo cual nos lleva a nosotros, los que intentamos estudiar y profundizar propiamente en temas de civil, a una gran responsabilidad de ya no elucubrar tantas teorías, simplemente, por un ánimo académico, sino de ser un poco más concretos, y dar soluciones, dar orientaciones o caminos que puedan servir a los litigantes, a los ciudadanos comunes, a poder utilizar, justamente, estas herramientas.

Miren, este texto, el cual trabajamos conjuntamente con la profesora, se ha aplicado a varios casos, pero es el caso de los señores Winter, en el cual se ha utilizado de manera equívoca el instituto de la prescripción como si fuese un ámbito de caducidad.

Es decir, tenían que pagar reparaciones al Estado y el juez, en el ámbito penal, señaló que, a pesar de que se les había requerido la deuda por un lapso mayor a los diez años, ésta había prescrito, pero se había utilizado el concepto de caducidad.

Esta idea que, de alguna manera, sale del ámbito penal, me hace pensar en poder, de alguna manera dilucidar o tratar de aclarar algunos conceptos que, por ejemplo, en Alemania se distingue claramente, lo que es la *verschreibung*, que es propiamente el tema de la prescripción; lo que es la *verwirkung*, que es propiamente el tema de la caducidad, pero que también

hay otros términos, que es la *gut dis keit ende* o la *defloschen*, que es la finalización de los efectos jurídicos de la autonomía privada.

¿A qué me refiero? Normalmente, el tema de la prescripción y caducidad son sanciones que brinda el ordenamiento a situaciones jurídicas concretas que, de alguna manera, están establecidas claramente en nuestro Código Civil.

Pero, también se han extendido a figuras de autonomía privada, por ejemplo, el tema de la oferta.

Existen muchos escritos en los cuales se señala: «Bueno, si a una oferta le doy un término de diez días, al décimo día caduca, se extrapola y ya es natural porque hay muchas sentencias que también hablan sobre ello, en el cual se aplica esta fórmula del ámbito de la caducidad.

Entonces, un poco la idea es dar o mostrar la aplicación propiamente de la actividad normativa del negocio jurídico, que es el punto de partida que voy a tener para poder señalar en qué casos, creo yo, se debería estudiar un poco más con los avances, con las tecnologías que tenemos ahora de poder leer, una facilidad que antes no se podía, textos de otros países para un poco encontrar cómo se ha construido en estricto la figura de la prescripción.

¿Qué es lo que nos dice la teoría normativa del negocio jurídico? Y he seguido atentamente a la anterior ponente, justamente, cuando hablaba del ámbito de la nulidad, y que, justamente, esta teoría lo que trata es, una de sus virtudes, de generar lazos propiamente entre lo que es el derecho civil y el ámbito público.

Y hay algunos que, justamente, señalan que el tema de la prescripción se ve mucho en el ámbito público con bastante contenido civil.

Entonces, esta teoría lo que busca es generar estos lazos comunicantes, sobre todo porque en la parte general que está desarrollada en Alemania, la parte general está formada por cuatro elementos fundamentales: los su-

jetos, que es propiamente nuestro Privado I, en la universidad; los objetos, que es propiamente el curso de Reales; las relaciones jurídicas, que podría ser el tema del negocio jurídico y contratos, y el ámbito del tiempo, en el cual está justamente esta institución de la prescripción.

Estos cuatro elementos son los que informan propiamente todo lo que es el ordenamiento civil.

Y, claro, ahora el ordenamiento civil porque cuando propiamente se dio el BGB alemán, tenía una vocación de todo el ordenamiento, como los títulos preliminares en Francia, correcto, y en otros ordenamientos jurídicos.

Esta teoría lo que señala es que existe una vinculación del sujeto dentro de los ordenamientos y en su relación.

Pero, ¿por qué un contrato es exigible?, ¿por qué un contrato es válido? La respuesta ya no se da en función de lo que las partes quieren, lo que sería la tradicional teoría propiamente de la voluntad. Sino Manuel de la Puente, por ejemplo, señalaba que es en función de que hay una institución atrás que otorga propiamente efectos jurídicos. En términos de Ferri, hablaría de un ámbito de autorización.

¿Qué significa ello? Que el Estado autoriza propiamente a los privados a crear relaciones jurídicas.

Miren qué importante puede ser esto, porque justamente con ello amplía el ámbito de actuación de lo que es la interpretación, porque vamos a tener negocios jurídicos con contenido heterónomo.

Veamos, por ejemplo, en el ámbito del derecho inmobiliario, en el cual los contratos inmobiliarios tienen contenido también de lo que es la regulación urbanística.

Entonces, estos contratos que, de alguna manera, tienen contenido privado y contenido heterónomo, tienen una fuente. ¿Cómo se analiza el

tema de la validez en este tipo de contratos? Hacen una distinción entre lo que es heteronomía y lo que es autonomía. Y, dentro de lo que es heteronomía se distingue lo que es heteronomía antigua y heteronomía positiva.

¿A qué me refiero con esto? Nosotros no vivimos de manera independiente, vivimos en sociedad. Y es como el profesor Deufemia, Giovanni Deufemia decía: «Los privados le otorgamos nuestra libertad natural al Estado, y el Estado nos devuelve libertad jurídica».

¿Qué significa ello? Que desde que nosotros nacemos y comenzamos ya a ejercer nuestra capacidad de ejercicio, esas relaciones que celebramos con los privados, es porque, justamente, el Estado nos ha autorizado. No nos ha dirigido porque, justamente, nos permite en función de lo que es el tema de la fuente de producción, desplegar una cantidad impresionante de relaciones jurídicas de diferentes tipos. Pero, sí lo que nos permite es, de alguna manera, establecer que el Estado a la autonomía privada le va a reducir propiamente sus contornos.

Los privados ya no podemos hacer todo. Los privados vamos a poder realizar solamente actividades en función de una porción que nos ha autorizado propiamente el ordenamiento jurídico. Eso es la heteronomía negativa. Pero el Estado también interviene en ese espacio de autonomía privada de lo que sería la heteronomía positiva. Es decir, dentro de ese espacio, en las relaciones privadas, el Estado también puede ordenar que, por ejemplo, la formalidad sea una y no otra. Por ejemplo, la donación de bienes inmuebles (artículo 1625).

¿Dónde está el tema de la validez? La validez forma parte cuando uno dicta propiamente el curso del negocio jurídico, hay muchas maneras de interpretarlo, y justamente lo que el tema es la prescripción de la pretensión de nulidad, y la nulidad es un supuesto de invalidez.

La invalidez, de alguna manera, nosotros, si tenemos esta concepción previa, lo que vamos a decir es: «¡Ah!, bueno, los privados están realizando sus contratos o son válidos o vinculantes sus contratos, porque el Estado les ha dado una autorización. Con lo cual, si el día de hoy yo con Manuel

celebro un contrato, lo que se va a decir es que la validez de ese contrato va a ser, probablemente, de repente el 1351 del Código Civil.

¿Y el 1351 del Código Civil, qué dice? Cómo se generan propiamente los contratos. Y la fuente de validez, el artículo 1351, probablemente, en resumen, nos va a llevar hasta el artículo 62 de la Constitución.

Con lo cual está el ámbito de la *drit wirkung*; podría entrar ahí, la afectación, la hibridación, propiamente, de los derechos fundamentales en el ámbito privado.

¿Cuándo va a haber un ámbito de nulidad? Cuando se rompa propiamente esta vinculación. Este supuesto de validez.

Y acá va el tema quizá interesante. En Alemania algunos autores señalan que cuando se vulnere la heteronomía positiva, podemos hablar de plazos de prescripción, pero cuando se vulnere la heteronomía negativa, ya no se puede hablar de plazo de prescripción.

Y, ¿por qué? Porque justamente la heteronomía negativa habla de esa limitación que no se puede subsanar que no se puede dejar sin efecto, y que, de alguna manera, da los contornos de la autonomía privada.

En resumen, porque creo que me queda un minuto, y disculpen que lo haya condensado tanto. Lo único que quiero transmitir es, en el ámbito de la prescripción, se ha dicho o se ha establecido un camino que creo que es claro. Sin embargo, con nueva información, con nuevos problemas que hay en el ámbito civil, creo que estamos llamados a poder investigar un poco más, a fin de buscar coherencias y poder dar soluciones a casos en concreto.

Eso sería todo. De nuevo, muchísimas gracias, profesor Mario Castillo, por la invitación a Roger y a Milo. Espero que haya sido algo interesante para ustedes.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, estimado Gilberto. Un abrazo.

Manuel Villa-García: Muchas gracias, definitivamente.

Entonces, quizá a manera de resumen, tenemos un acto jurídico nulo y lo que es nulo no cabe convalidarlo; siempre será nulo.

Tenemos una pretensión de alguien de hacer valer, obtener algo de ese acto jurídico nulo, y de ahí que otra parte planteará una demanda de pretensión de nulidad de ese acto jurídico, con lo que buscamos es que un juez lo declare nulo no es constitutivo, es declarativo y contra esa pretensión de nulidad viene la defensa contra esa pretensión, repito, que es la prescripción.

Un comentario y aquí discrepo con el doctor Arturo Aza, cuando la ley señala que prescribe, no hace ninguna excepción. Me parece a mí que donde la ley no distingue, no podemos distinguir y darle la oportunidad a un fiscal para que más allá de los diez años, plantee la prescripción, pero, en todo caso, será materia de un próximo conversatorio y podemos debatirlo.

¿Cómo se presenta esta prescripción? Se presenta como una excepción de prescripción extintiva, de acuerdo al Código Procesal Civil. Claramente, es un medio de defensa de la parte demandada.

Ahora también es interesante ver el otro lado, al demandar la prescripción, lo que estamos haciendo al demandar la nulidad de ese acto jurídico, lo que estamos haciendo es interrumpir el plazo de prescripción, y aquí hay que concordar los artículos del Código Civil con los artículos del Código Procesal Civil, donde expresamente se establece que esta interrupción no se realiza con el solo hecho de presentar la demanda, sino que se exige el emplazamiento al demandado, y esto es con una cédula.

Mis compañeros, sin duda, sobre todo el doctor Vidal, han extendido muy bien este tema y no me queda más que agregar y tan sólo volver a felicitar a Mario, y que sigan estos éxitos y que los sigas celebrando muy bien, querido amigo, porque te lo mereces realmente, y que vengan muchos años más de docente.

Buenas tardes.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Manuel. Muchas gracias.

Manuel Villa-García: Milo, dejamos el pase a la siguiente mesa.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Manuel. Muchas gracias por la moderación. Muchas gracias al profesor Arturo Aza, al profesor Fernando Vidal, a Gilberto, a todos, por ilustrarnos de manera tan clara.

MESA N.º 7: DERECHOS REALES.
«ANÁLISIS DEL PACTO DE NO ENAJENAR»

Gunther González Barrón
Martín Mejorada Chauca
Federico Torrealba
Mario Solís Córdova
José Beraún Barrantes
José Aguado López

Milo Ruiz González: Ahora, voy a dejar en la moderación de la siguiente mesa que trata sobre derechos reales a mi querido amigo, mi hermano, mi socio, José Aguado.

Muchas gracias.

José Aguado López: Muchas gracias, Milo.

Doctor Castillo, doctores todos.

Doctor, un honor. Pocas palabras quedan para decir, después de todo lo que he escuchado, simplemente, un honor estar al lado de usted y de tan prestigiosos profesores en sus treinta años.

Esperemos que sean treinta más y así sucesivamente porque es un honor para nosotros leerlo, escucharlo y aprender cada día de usted.

Bueno, en esta mesa que me toca moderar, vamos a hablar sobre el análisis del pacto de no enajenar.

Entiendo que se está conectando el profesor Mejorada. En tanto eso ocurre, me permitirá hacer una pequeña introducción de este tema.

Este pacto de no enajenar, como todos ustedes saben, consiste, más que nada, y se da en el contexto de las transferencias de derechos, donde el adquirente se obliga frente al transferente a no transferir un derecho a favor de un tercero.

Es regulado en el artículo 882 del Código Civil, el cual dice que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

La regla general es que estos pactos están prohibidos y, si pese a ello se incluyeran en un contrato, estaríamos ante un supuesto de nulidad virtual. El pacto de no enajenar sería nulo, por estar en contra del orden público o implicar un fin ilícito, de acuerdo a lo que establece el artículo 219, en sus incisos 4 y 8 del Código Civil.

Claramente estamos ante una norma imperativa; me sigo refiriendo al artículo 882. La nulidad, en principio, sería parcial a mi modo de ver, por una simple aplicación del artículo 224, porque la transferencia podría subsistir sin pacto de enajenación.

De esta manera, el adquirente podría desconocer el pacto de no enajenación por considerarlo nulo y, si no hubiera nulidad, opera de pleno derecho.

Es sumamente importante notar que si el pacto de no enajenar resulta el motivo determinante de la celebración del contrato; o sea, si solamente el contrato se celebraba para pactar este tema, estamos ante una nulidad total del negocio, claramente.

¿Cuál es la razón de esta prohibición? Seguramente, los profesores lo abordarán en mayor detalle, pero creo que es una única, que los bienes puedan circular libres en el mercado, y esa es la manera en que el legislador lo entiende.

Hay algunos autores que discrepan de este tema. Por ejemplo, en la doctrina nacional, para explicar la razón de esta norma, se suele decir que permitir que establezcan tales límites, el pacto de norma general, implicaría generar una suerte de inmovilismo jurídico, sacrificando la circulación de los bienes en el mercado. Si estos pactos se generalizan, pueden resucitar las llamadas propiedades vinculadas, con las manos muertas o las capellanías. Aquéllas de las que su titular ya no se puede deshacer.

El régimen, el denominado régimen de las manos muertas, es aquél que imperó en la Colonia. Sobre éste, Fernando Armas, en la obra *Patrimonio divino y capitalismo criollo, el proceso desamortizador de centros eclesiásticos*, señalaba que la Iglesia tuvo un rol clave en la distribución de la propiedad inmobiliaria en esta época, y la propiedad de la tierra y de buena parte de los bienes urbanos, estaba a cargo de la nobleza y también de la Iglesia.

Este régimen imponía a las propiedades, debido a las condiciones del legado o por las reglas de la institución de su dominio, el que no se pudieran vender, permutar o transferir en forma alguna. Por esta imposibilidad de disponer recibían la denominación de «manos muertas».

En este régimen, la mayoría de los propietarios no explotaban sus haciendas ni sus propiedades urbanas de manera directa, de modo que era realizada por terceras personas. Con éstas a cambio del usufructo del bien. Se firmaba un contrato de largo plazo con el propietario acreedor, llamando «censo», obligándose el censatario a pagar una renta.

Parecería claro, entonces, que el legislador no quiere nada con este tema, con este viejo régimen, propio de viejos tiempos y de la monarquía. No obstante, un sector de la doctrina criticaba esta opción del legislador, sosteniendo que debería considerarse la posibilidad de admitir pactos de no enajenar temporales.

Por ejemplo, el profesor Alfredo Bullard, en una de sus obras, señala un ejemplo típico y que establece esta posibilidad. Él dice:

«Imaginemos que Jorge tiene dos casas en la misma calle, una al lado de la otra. Sólo necesita una de ellas para vivir, pero no vende o alquila la otra porque no desea tener un vecino indeseable. Al que le guste las fiestas y el ruido. Ello porque Jorge ama la tranquilidad y desea sólo tener vecinos conocidos y que compartan las mismas ideas y principios. Francisco, amigo de Jorge, sería el vecino ideal, pues ama la tranquilidad y el tener un vecino tanto como Jorge. Ambos ganarían viviendo uno al lado de otro, pero Jorge tiene el temor de que, vendiendo la casa a Francisco, éste, a su vez, la venda y termine con un vecino no deseado adquiriéndola en un remate. Por ello, está dispuesto a vendérsela a Francisco, siempre que éste acepte no vendérsela a nadie más, y renuncie a gravarla».

Si los dos ganan y nadie pierde, ¿por qué prohibir este pacto?, dice el profesor Bullard.

Pues, bueno, estamos ante una norma imperativa, como dice Bullard; es el artículo 882, que sólo permite o autoriza este pacto cuando la ley lo señale de manera expresa, como lo es el artículo 101 de la Ley General de Sociedades, que establece que «cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto, o los convenios del titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir o gravar de otra manera».

La prohibición debe ser por un plazo determinado o determinable, y no podrá exceder de diez años, prorrogables antes del vencimiento en períodos no mayores.

En esa línea, si bien ésta es una norma a la que muchas veces no le ponemos atención, creo que es una norma interesante para comentar, y que nos puede dar mucho debate y que la jurisprudencia no se ha ocupado debidamente de establecer o de regular, ya que, al menos por mi lado, solamente he podido revisar los precedentes vinculantes del Tribunal Registral en esta línea.

En base a esto, quería hacer unas pinceladas para dar la palabra a los ilustres profesores y podamos cumplir con el tiempo.

Cedo la palabra al doctor Martín Mejorada, que es profesor de derechos reales y garantías, y dos veces *amicus curiae* de la Corte Suprema.

Profesor Mejorada, lo escuchamos.

Martín Mejorada: Buenas noches. Buenas noches a todos los amigos y colegas que participan de la mesa; y, sobre todo, especialmente, un gran abrazo a Mario Castillo, amigo, jurista valiente y leal profesor de derecho.

Estamos todos muy contentos de festejar tanto tiempo dedicado a la enseñanza y que no es sino fuente de aporte permanente para el país, para la región con esta prolífera producción literaria que nos abruma, y que, sin duda, te pone, pues, a la cabeza de los personajes y las personalidades del derecho más importantes de este siglo.

Un gran abrazo, Mario. Voy a ocuparme brevemente, a pedido de los organizadores, de comentar, efectivamente, la nulidad del pacto de no enajenar o gravar bienes, que está previsto en el artículo 882 del Código Civil.

Curiosamente, este pacto que es nulo por mandato de la norma, se supone que busca proteger la libertad de los propietarios para que en ningún caso queden contenidos congelados o impedidos de disponer de sus bienes, garantizando de esa manera el libre tráfico de los mismos. Es decir, se trata de, justamente, fomentar o asegurar que los bienes siempre circulen y que no queden detenidos, ni siquiera por propia voluntad del dueño.

Digo «curiosamente» porque se trata de una visión que proviene de un régimen constitucional económico, donde el aliento al tráfico de bienes no es, precisamente, la clave de ese modelo que dio lugar al Código Civil de 1984, porque, por lo menos, en algunos aspectos económicos del Código del 1984, parecían coincidir con dicha institucionalidad. Me refiero a la Constitución de 1979.

Como sabemos, ésta consagra o consagró un régimen económico basado en la intervención del Estado, donde la actividad privada no es el motor de la economía y, por tanto, el libre intercambio es más una declaración

de principios que un verdadero motor y fuente del desarrollo y generador de recursos. Eso era así en la Constitución de 1979, y acompañando a esos propósitos, el dirigismo económico; es decir, el planeamiento que desde el Estado se realiza para decirle a los particulares cómo es que deben hacer sus cosas, cómo es que deben actuar sobre sus bienes, es parte de esa política y de esa lógica que, repito, es constitucional y nadie podría cuestionarla como tal, pues era parte integrante de la Constitución de entonces.

Sin embargo, eso cambió en 1993, como todos sabemos, a partir de la Constitución. Digo que es paradójico, entonces, que esta norma pretenda fomentar el intercambio, cuando proviene de un sistema en el que el intercambio, precisamente, no es el motor de la economía.

Y, precisamente, por esa paradoja es que creo que podemos apreciar su error, su desintonía con lo que pasa ahora. Y es que, desde la visión del Estado, la transferencia de bienes y la circulación de éstos, solamente opera de una manera positiva. Es decir, pasando un bien de un patrimonio a otro; ése es el negocio, porque el Estado es quien define cómo son los negocios. Un bien sólo circula si se transfiere a otro patrimonio; si se hipoteca; si se grava; si se cede temporalmente a través de algunos de los atributos de la propiedad. Y, por tanto, no hacer eso es un acto contra el tráfico.

Eso desde el dirigismo estatal se entiende. Pero, desde una economía libre, que es la que ahora nos rige, ya no se entiende, porque, ciertamente, el negocio o las actividades privadas de intercambio, no se agotan en la transferencia del patrimonio de los activos, sino en toda operación que involucre bienes.

Y, ciertamente, el que una persona decida por razón de negocio y de interés económico, el contener la transferencia por algún tiempo, sea de la propiedad o de cualquier otro derecho, es parte de su libertad que, en atención a un propósito económico, es decir, algún interés o compensación que obtendrá por eso, está en libertad de poder decidir.

Es decir, el principal error de la norma, que se explica en su institucionalidad derogada, es creer que el tráfico sólo se expresa en la transferencia

positiva, y no en la contención o en la retención del derecho, que será, sin embargo, un acto de tráfico también, en la medida de que, a cambio de eso, se obtiene un beneficio.

Como es obvio, ¿no? Nadie va a acordar disponer de sus bienes o no gravarlos, a cambio de nada. Lo hará por algún interés, porque esto lo hace en favor de un socio, en favor de una asociación de la cual es parte, como ocurre en los clubes, por ejemplo, o en los condominios, que restringen sus capacidades de disposición o quisieran hacerlo, y ya no lo pueden hacer, gracias al Tribunal Registral, porque a través de esos antifaces hay un interés. Es un acto de negocios, es un acto de tráfico, pero que se explica de esa manera.

Entonces, el Estado, en su visión de que las cosas sólo circulan transfiriéndose, saliendo del patrimonio y pasando a otro, que es parte de su dirigismo en la Constitución pasada, es que consagra esta nulidad.

Por supuesto que estos pactos podrían ser, y quizás ésta es otra preocupación de la norma prohibitiva, materia de un acto abusivo, y entonces una parte poderosa en el contrato podría hacer que el débil se obligue a no enajenar o gravar sus bienes, sin que ésta sea su verdadera voluntad.

Ésa es otra preocupación que ha estado presente cuando esta norma se ha consagrado declarando la nulidad de este tipo de acuerdos.

Sin embargo, eso es un error, porque si todos los supuestos de debilidad de una de las partes en la contratación moderna, acarrearán la nulidad de los acuerdos, toda la contratación moderna sería nula, porque todas las partes débiles siempre estarán sujetas a la posibilidad de que su voluntad no sea real. Para eso existe la protección al consumidor; la garantía de que las voluntades sean claramente expresadas, informadas, la protección sobre ciertos pactos especiales que no son claramente éstos, y ése será su rol, pero éste no.

Termino diciendo, entonces, creo que la norma es ineficiente y no debe conservarse. Es posible, incluso, sostener en mi opinión, que desde el año 1993 la norma quedó derogada tácitamente por la Constitución nue-

va, porque sobre la base de una libertad económica, que es el principio que rige en la Constitución, tanto por la consagración de la propiedad como la libertad de contratar, creo que no se podría decir que la nulidad de este pacto es un tema de orden público.

Qué asunto que interese a toda la sociedad está en impedir que una persona, en ejercicio de su libertad, restrinja su capacidad de disposición por cierto tiempo, y a cambio de un beneficio que sólo a él le interesa.

Lo que tendría que generarse como una situación dudosa, acaso sea, pues, aquél que se obligue a no disponer de sus bienes, a cambio de nada. Eso será sospecha de un acto abusivo, de intimidación, de una violencia, pero no cuando quien lo realiza es alguien que lo está haciendo porque hay un interés de por medio.

Recuerdo, y con esto termino porque viene al caso, que en el 1991 y 1992, ahí cuando Mario iniciaba la cátedra y yo terminaba la carrera, era abogado o bachiller joven que atendía la privatización de las compañías de teléfonos en el Perú, y éramos en el Estudio, abogados del Estado peruano, que iba a vender las acciones de Entel y Telefónica o CPT a, pues, quien quisiera comprarlas.

Se había contratado un Estudio norteamericano y se preparó el esquema de cómo sería esta venta y los contratos que se celebrarían con el eventual comprador que, a la postre, fue Telefónica de España.

En la conversación y las reuniones con los abogados de Nueva York sobre cómo debían ser estos pactos era claro para ellos que, entre muchos otros, el que comprara las acciones del Estado de estas telefónicas, debía obligarse a no venderlas, porque no sólo se trataba de disponer de los bienes acciones del Estado, sino que éstas el ganador las conservara para desarrollar las telecomunicaciones y todo lo que era de interés del Estado en ese momento.

Y en ese momento apareció el 882. ¿Cómo? ¿Cómo puede existir una norma que prohíba a un propietario el pactar no disponer de sus bienes?

En este caso, el comprador de las acciones debía obligarse a no vender sus acciones. Entonces, pues, no existía la Ley General de Sociedades que hoy sí permite el pacto por el cual un accionista se obliga a no disponer de sus acciones.

Esto ha ido cambiando en el tiempo, tanto para la Ley General de Sociedades, que para el caso que comento de la venta de las telefónicas, se tuvo que expedir una norma especial que lo habilitara, pues el 882 lo impedía, y luego se ha ido ampliando.

Por ejemplo, no se habrán dado cuenta quizá muchos, pero en la Ley de Garantía Mobiliaria se permite también que, entre otros pactos que el constituyente de la garantía puede estipular, está el obligarse a no disponer del bien objeto de la garantía mobiliaria porque es parte de la libertad y porque hay muchos negocios en los cuales interesará que un propietario contenga ese poder de disposición, y a él le interesa hacerlo porque obtiene alguna ventaja por ello.

Entonces, más allá de que vayan dándose las normas puntuales que lo permiten, creo que en general, basta con verificar la constitucionalidad y la libertad y el tráfico como un concepto más amplio que la sola o la mera transferencia de bienes de un patrimonio a otro, para entender que un pacto de este tipo no tiene cabida, debe ser revisado o, eventualmente, considerado inconstitucional.

Muchas gracias por la invitación. Mario, nuevamente, un gran abrazo para ti y ya espero vernos pronto, como siempre, para compartir en esta vieja y querida amistad.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Martín. Un gran abrazo.

José Aguado López: Muchas gracias, profesor Mejorada.

Cedo la palabra al profesor Federico Torrealba, profesor en la Universidad de Costa Rica y socio de Facio & Cañas.

Federico Torrealba: Buenas tardes, Manuel. Muy buenas tardes, profesor Mario Castillo. Se nos ha hecho el honor de hacerlo a través de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, así que le envió un fraternal abrazo y saludo, enhorabuena por este festejo para el profesor Castillo.

Muchas gracias a Roger y a Milo por esta invitación que me han extendido.

Bueno, sobre el pacto de no enajenar, cláusulas de no enajenación, quisiera compartir, pues, mis reflexiones.

En general, toda estipulación negocial dirigida a restringir la libertad de disposición del propietario. Aquí se habla del tema de un pacto de no enajenar que perfectamente puede ser una disposición unilateral de no enajenar que me obliga de un negocio jurídico testamentario, por ejemplo.

Bueno, entonces, qué comprende la facultad de disposición. Básicamente, actos de enajenación inter vivos, *mortis causa* y también se entiende que comprende los gravámenes reales, ¿verdad?

Todo gravamen real no es sino una suspensivamente condicionada.

La principal clasificación de las cláusulas de no alienación es la que separa entre aquellas cláusulas que producen un efecto relativo, porque son, simplemente, obligaciones personales de no hacer, obligaciones personales de no alienación; y, en segundo lugar, las cláusulas que producen un efecto de carácter real; es decir, un carácter *erga omnes*.

Entonces, durante su vigencia, si son válidas, se excluyen ciertos bienes del comercio jurídico, o se sujetan al consentimiento de un tercero.

Otra clasificación entre esas cláusulas, es la que separa entre cláusulas transitorias o temporales y las cláusulas definitivas o perpetuidades.

Sobre las obligaciones personales de no alienación, podemos decir que desde el principio son válidas, producto de una expresión de la autonomía

de la voluntad. Claro, tiene que tener causa justa y están expuestas al control por abuso del derecho. Es decir, no pueden ser fruto del abuso de una posición dominante, por ejemplo, una que siempre me ha parecido una cláusula excesiva, abusiva, es la obligación de no hipotecar sin el consentimiento previo del acreedor hipotecario de primer grado. Eso se incluye en Costa Rica en todos los modelos contractuales de hipoteca.

El acreedor de primer grado acapara, de esta manera, el remanente de la capacidad garantizadora del bien, y no quiere competir; no quiere competencia; no quiere exponerse a que un acreedor hipotecario en grado inferior lo desplace de su posición mediante un pago con subrogación real.

¿Cuál es el efecto del incumplimiento de la obligación personal de no alienación? Bueno, en principio, el incumplimiento de esta obligación, es, simplemente, una acción personal de daños y perjuicios contra el deudor. Sin embargo, volviendo al ejemplo que ponía, el incumplimiento de la obligación de no hipotecar, dispara el decaimiento del plazo. Entonces, la obligación se vuelve exigible. Entonces, el potencial acreedor de segundo grado, por prudencia, le va a pedir al deudor que obtenga previamente el consentimiento del acreedor de primer grado para no tener que correr el riesgo de ir a tener que defender prematuramente en un remate, una posición de segundo grado, donde tendría que pujar, hacer una oferta por un precio suficiente para cubrir la hipoteca de primer grado y su propia hipoteca.

Entonces, vean ustedes que sirve para repeler, a pesar de tener efectos personales, sirve para repeler hipotecas de segundo grado.

Ésta siempre me ha parecido excesiva y falta de causa jurídica.

Ahora hablemos de las obligaciones reales de no alienación. El derecho costarricense, como veo, también, entre las exposiciones que me han precedido sobre el derecho peruano, ha sido tradicionalmente hostil a las cláusulas negociales que restrinjan la libre disposición de los bienes.

¿Cómo se ha manifestado esa hostilidad? Bueno se ha postulado el derecho de disposición como un atributo inherente del dominio.

Solamente se pueden establecer limitaciones —en Costa Rica— cuando los bienes se transmiten por título gratuito y con un límite temporal de diez años.

Entonces, bajo esta luz, la cláusula del límite de no otorgar; ésta que mencioné de no otorgar hipotecas ulteriores, sería contraria a esta prohibición que aparece en nuestro Código Civil.

Ahora, el deudor debería —ciertamente— poder conservar la facultad de disponer de esa capacidad garantizadora permanente de su bien, desde luego.

También la hostilidad se ha manifestado en el principio de libertad sucesoria. Se han proscrito. Se proscriben en Costa Rica los pactos sucesorios. Hay un derecho absoluto de revocación *ad nutum* del testamento, que se hubiera pactado lo contrario. No hay pactos sucesorios. No existen en Costa Rica tampoco reservas sedentarias legítimas.

También se prohíben las sustituciones hereditarias; es decir, el testador no le puede imponer al heredero a quién heredar cuando fallezca. Se prohíbe, en nuestra Ley de Garantía Mobiliaria del año 2014, se prohíbe la, digamos, se habilita, más bien, la sucesión en garantía o el gravamen de créditos, a pesar de la existencia de un pacto de no cesión del crédito, que se exime de responsabilidad al acreedor garantizado o cesionario.

El acreedor de la obligación de no ceder, tiene únicamente una acción personal de daños y perjuicios contra el deudor de la obligación de no hacer.

Ahora, hay ciertas excepciones en el derecho costarricense, hay ciertas excepciones a este panorama general donde se permiten las cláusulas de no disponibilidad con efecto real; con efecto *erga omnes*.

El ejemplo más notable es la aceptación al régimen de patrimonio familiar que establecía esta afectación de que el bien no se puede enajenar, no se puede gravar sin el previo consentimiento de los beneficiarios de este régimen de afectación a patrimonio familiar.

Y, por otro lado, han proliferado en Costa Rica los fideicomisos de garantía como sustitutos de la hipoteca. Y, por medio del fideicomiso de garantía, como se sabe, el bien garantizador sale del patrimonio del deudor e ingresa al patrimonio del fiduciario. Entonces, el deudor fideicomitente ya no puede disponer, mientras esté vigente ese fideicomiso de garantía, ya no puede disponer del bien fideicometido, el cual ya no le pertenece. Perdió su capacidad de disponer; es que perdió transitoriamente su derecho de propiedad. Con lo único que se quedó fue con un crédito a la eventual restitución del bien.

Bueno, también se permite en Costa Rica, a través de fideicomisos hereditarios o testamentarios, el gobierno de la mano muerta, que mencionaba José en la introducción de este capítulo; en la introducción de este capítulo.

Entonces, a través de un fideicomiso hereditario inter vivos o testamentario, que ha sido dispuesto por testamento, se pueden establecer sustituciones de beneficiario. Es decir, el beneficiario «AW», cuando fallezca, va a ser sustituido por el beneficiario «B», y cuando éste fallezca, va a ser sustituido por el beneficiario «C». El único requisito, según el Código de Comercio, es que todos los beneficiarios tienen que estar vivos, o al menos concebidos a la fecha en que fallece el fideicomitente.

Entonces, los beneficiarios intermedios no pueden disponer libremente de su dotación. En otras palabras, el fideicomitente sigue gobernando desde la tumba.

Cabe comparar esa regla, pues le aboca con la regla de contra perpetuidades: *the rule against perpetuities* del derecho estadounidense, donde se imponen límites temporales al alcance de la mano muerta: *the reach of the dead hand*.

El principio en Estados Unidos es que todos los intereses que se atribuyen por un fideicomiso se tienen que conferir durante la vida de las personas que el constituyente pudo haber conocido.

Entonces, para efectos prácticos, el límite temporal es la vida de las personas que estaban en gestación al fallecer el fideicomitente más veintiún años; hasta que cumplan la mayoría de edad.

En Costa Rica, si el beneficiario es persona jurídica, el plazo máximo del fideicomiso hereditario es de treinta años.

En el derecho costarricense, el único modo de establecer una perpetuidad es donar el bien a una fundación de interés público, pero este hecho es irreversible, ya no hay marcha atrás. Esa propiedad nunca va a volver al dominio privado o a la explotación privada.

Si la fundación se liquida, se extingue, ese patrimonio va a desembocar o en el Estado o en otra fundación de interés público.

Sin embargo, en Costa Rica se utiliza muchísimo las fundaciones de interés privado panameñas, y con eso se logra el objetivo que la ley parece proscribir.

Es muy frecuente, en efecto, la utilización para administrar fortunas para la planificación patrimonial con estas fundaciones de interés privado panameñas; las establecidas por la Ley n.º 25 del año 1995.

Esta fundación, lo que establece son patrimonios de afectación con personalidad jurídica. Un vehículo, digamos, de protección de activos que permiten la planificación patrimonial, pero hay absoluta libertad contractual.

Entonces, a través de este tipo de vehículos sí se puede establecer lo que la ley costarricense prohíbe, que son perpetuidades y mayorazgos.

Pues, en conclusión, si bien, en principio, las cláusulas reales de no enajenación, para ser válidas, tienen que ser transitorias y deben ser es-

tablecidas en negocios traslativos de carácter gratuito, en la práctica se encuentra el ingenio que el practicante ha diseñado y encontrado mecanismos para neutralizar la facultad de disposición en contratos onerosos, especialmente, de financiamiento y también en instrumentos de planificación patrimonial *mortis causa*.

Eso es todo. Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Federico.

José Aguado López: Muchas gracias, profesor Torrealba.

Cedo el uso de la palabra al profesor Mario Solís Córdova, profesor de la facultad de derecho de la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas.

Profesor Solís, lo escuchamos.

Mario Solís Córdova: Bien, muchísimas gracias.

Yo acá estoy más que honrado, primero por la invitación de Milo y de Roger a participar en el homenaje a una persona por la cual guardo una enorme estima y un enorme aprecio, que es el profesor Mario Castillo.

Y, bueno, son treinta años de enseñanza, cientos de alumnos que lo han acompañado en clases; y, además, lo más importante, el recuerdo de muchas generaciones. De su bonhomía, de su buen carácter, de la posibilidad de preguntarle siempre algo y que sea recibido por parte de un docente de tan buena gana y con una sonrisa. Muchas personas guardan ese recuerdo, Mario, y me siento muy honrado de poder participar en este homenaje, realmente, merecido, como dijo el profesor Mejorada.

Y también estoy honrado de compartir mesa, precisamente, con el profesor Mejorada, que hacia 1995 fue mi profesor de derechos reales y que doblemente orgulloso el profesor Mejorada por eso. Y sí, estas especialidades con las que tengo apego, precisamente, por el profesor Mejorada,

con el que llevé el curso de derechos reales, allá en el segundo ciclo, creo, de derecho de ese año.

Así que, bueno, muchísimas gracias, profesor Castillo, por la invitación, por estos años y que sean muchos más. Sé que tiene una pasión enorme por la docencia.

Quiero rescatar, además, las palabras de Gilberto Mendoza, que dijo que tiene esa habilidad de hacer lo complejo, simple. Y eso es muy importante en la docencia; es muy importante también en la actividad editorial profusa que ha tenido. Libros, bueno, hay espacio en derecho siempre para las discusiones más profundas, más elucubradas, pero es muy importante que las ideas jurídicas lleguen de manera clara a quienes están aprendiendo derecho, a quienes están tratando de aprender para administrarlo.

Es evidente que no todos los funcionarios judiciales son eruditos en el derecho, y de cierta manera buscan siempre referencias académicas, bibliográficas, que les permitan aclarar sus conceptos porque el derecho, al final, si no se aplica en la práctica, pues es útil. Es un área de conocimiento con un fin práctico evidente.

Entonces, muchísimos años más de docencia, Mario, y ya estamos conversando de nuestros asuntos académicos también.

Bien, este artículo, precisamente, del Código Civil, el artículo 882, que también ha comentado el profesor Martín Mejorada, y ha recreado el profesor Torrealba con la experiencia costarricense, país del que tenemos mucho que aprender, además. Me ha tocado estudiar con amigos de Costa Rica, tienen un altísimo nivel en derecho civil y comercial, sobre todo.

Pues, nos lleva a una reflexión, en realidad, de qué tanto se debe restringir la libertad o la autonomía de voluntad de las partes en el derecho civil. Y, como bien recordó el profesor Mejorada en los noventa, pues, precisamente, se cambia el chip, de cómo se debían concebir los efectos de las normas. Se cambia esa finalidad social, un tanto gaseosa y, a veces, un

tanto peligrosa, por la idea de protección de la propiedad privada, del libre emprendimiento, de las reglas del mercado y de la competencia.

Y no solamente fue un fenómeno peruano, fue un fenómeno latinoamericano. Salíamos de estas políticas estatistas y cerradas del Ceplan, y, bueno, en esta primavera liberal, pues, fue dada la Constitución de 1993.

Y esta dicotomía entre si restringimos o no restringimos la libertad, si la propiedad tiene un fin social o tiene un fin enteramente individual o personal, se ha mantenido desde aquella época, con vaivenes de uno y otro lado.

Recuerdo mucho, por ejemplo, el debate sobre el interés social o bien común, sobre el cual el profesor Mejorada tiene un trabajo, precisamente, sobre qué cosa interpretamos por bien común para entender las limitaciones al derecho de propiedad establecido en la Constitución, o si recogemos el viejo concepto de interés social.

Y también recuerdo mucho la introducción del análisis económico del derecho en el Perú, en los años noventa, en donde la eficiencia cambió la meta que debían conseguir las normas. Ya el efecto tenía que ser la eficiencia económica y no tanto, pues, la búsqueda de la justicia y algún otro concepto que no se puede materializar tan cercanamente.

Entonces, es una discusión que, además, se extiende a otros campos. Por ejemplo, es conveniente o no mantener el tema de la lesión; de la lesión enorme, de la posición contractual que, precisamente, el profesor Castillo tiene un trabajo sobre eso criticando el análisis económico con el doctor Ricardo Vásquez, *Analizando el análisis*.

Ésta, la existencia de la lesión no es una forma de restringir también la libertad de las partes.

El profesor Cantuarias también en los noventa, recuerden que criticaba el retrato, como una figura que también comparte esa idea, que me parece absolutamente restrictiva de la libertad.

Y otras más, la prohibición de venta de herencia futura. Alguna vez recuerdo, en aquella época, el profesor Benavides, que decía: «Bueno, si yo no tengo un peso para pagar la enfermedad que tiene mi padre —cáncer— necesito dinero para curarlo, ¿por qué no podría transferir los derechos como heredero si aún no muere mi padre? Ese dinero me podría servir para salvarlo».

Estas prohibiciones a la autonomía, a la libertad de las partes, a las decisiones de los individuos, pues son siempre recibidas, digamos, de una manera negativa, de una manera positiva por algunos.

La otra cara en el Perú de, por ejemplo, este artículo en los libros del profesor González Barrón, precisamente, que entiende más la propiedad de los derechos reales con un contorno un poco más social.

Ahora, yo creo que en derecho como en muchas cosas, el punto medio aristotélico aún tiene una cierta razón. Y alguna vez un profesor de ciencias políticas me decía: «A veces la intervención estatal es necesaria, a veces no». Tanto Estado como sea necesario, a veces, y menos Estado como lo requiera la situación.

Y, basándome en la idea de que no hay ningún derecho fundamental, digamos, ilimitado, las libertades tienen restricciones. Todo derecho, en realidad, fundamental, tiene restricciones. Creo que la redacción del artículo tal como está, la prohibición absoluta también nos resulta un poco arbitraria y un poco exagerada.

Claro, ciertamente, hay algunas posiciones que dicen, como se mencionó anteriormente, que esta restricción evita el mecanismo o el dinamismo de intercambio de las titularidades sobre los bienes, obviamente, y toda la vida no voy a poder vender un bien que es de mi propiedad, evidentemente, hay una limitación notable.

Pero, también se dice que esta prohibición o la permisón, en todo caso, de prohibir estos pactos de no transferir sean aceptados, podría llevar a situaciones de discriminación social y hasta racial.

¿Por qué? Porque en el Perú, por ejemplo, algunas urbanizaciones muy exclusivas, no quieren que determinados grupos sociales o determinadas personas accedan a vivir a estas urbanizaciones. Entonces, se ponen estas prohibiciones para evitar que otras personas accedan.

De cierta manera, son casos extremos, pero también creo que la legislación podría tener una salida que no tenga que ver con una regulación sobre derechos reales.

El profesor Alfredo Bullard, precisamente, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, criticaba que fuese una norma tan, digamos, tan carente de excepción. Absolutamente definitiva e imperativa. Y no cabe duda, sinceramente de que la libertad es lo mejor en las relaciones contractuales. Nadie discute eso, en realidad, hoy.

Los problemas de las personas y las necesidades de las personas son resueltos por ellas mismas. Ellas ya saben lo que quieren, ellas saben cómo negocian, ellas saben los límites de las prohibiciones que se pueden establecer.

Y a la vez, también, y siempre esta dicotomía, ¿no es verdad?, hoy como también se menciona a partir de la crisis generada por el covid-19, nos damos cuenta de que las relaciones contractuales son mayoritariamente no paritarias. Es decir, iguales, por lo general, y que siempre hay un lado muy débil del cual el otro se puede aprovechar.

Entonces, para no extenderme mucho, creo que existen razones evidentes de respeto a la libertad de las partes, a la autonomía de la voluntad, para que este artículo no tenga la rigidez que tiene. Tal vez podría tener sentido, en la medida de que se establezca un plazo para él. Alfredo Bullard proponía treinta años como el usufructo para personas jurídicas o una cantidad menor de años. Y que, en determinados supuestos, como decía el profesor Mejorada, por ejemplo, cuando yo restrinjo mi capacidad de transferir la propiedad del bien por nada, a cambio de nada, entonces, hay una sospecha ahí un poco extraña.

Una excesiva caridad, en todo caso, de una persona, de mutilar esa posibilidad de poder transferir un derecho de propiedad, pues, evidentemente, estos negocios tendrían algún vicio allí de nulidad. Pero, de todas maneras, creo que el impedir que las partes puedan negociar por un determinado precio la posibilidad de restringir un derecho, pues, sí me parece negativa por más conceptos de interés social, de interés común, de protección de la parte débil en la relación contractual, toda prohibición, en realidad, absoluta, sin ninguna excepción termina siendo perversa, finalmente, para los intereses del mercado.

Ahora, esta prohibición también se extiende al tema del gravamen, o sea, en realidad, de garantías. Básicamente de las garantías que tienen la posibilidad de ejecución, como la hipoteca y también, pero en el caso de la garantía mobiliaria, sí está permitido. Podría ser también extendida, por ejemplo, al derecho de anticresis, porque también se puede acordar, hay un contrato voluntario. Difícilmente al derecho de retención que es una garantía más formal constituida por mandato legal en determinada situación.

Bien, entonces, entre la ambivalencia siempre entre ese péndulo entre más libertad, menos libertad, restricciones o absoluta libertad para las partes de negociar y de establecer las maneras en que quieren satisfacer sus necesidades, en esa dicotomía permanente, en esa dialéctica, por decir de alguna manera, utilizando ya un desfasado término marxista que viene al caso, todo el enfrentamiento entre ambos conceptos, yo creo que debemos ponderar la situación.

Y en este caso, una prohibición absoluta como la que tenemos en el Código Civil, me parece muy restrictiva, y además de que no se engarza con los entendimientos de ordenamientos con los que hoy empezamos a negociar a partir de los tratados de libre comercio.

Bueno, espero no haberme extendido mucho. Reitero mi agradecimiento a Milo y a Roger por la invitación y muchas gracias a todos.

Mario Castillo Freyre: Gracias, Mario. Un abrazo.

Mario Solís Córdova: Muchas gracias, Mario.

José Aguado López: Muchas gracias, profesor Solís.

Finalmente, para terminar con nuestra mesa, cedo el uso de la palabra al profesor José Beraún Barrantes, profesor en la facultad de derecho de la Universidad de Huánuco.

Profesor Beraún, lo escuchamos.

José Beraún Barrantes: Muchas gracias, en primer lugar, para expresar mi agradecimiento, valga la redundancia, por la invitación en este homenaje que se le rinde al doctor Mario Castillo.

Yo he tenido oportunidades de compartir con él, y debo decir que, a pesar de su altura intelectual y de ser un referente dentro del derecho peruano, específicamente dentro del derecho civil, el profesor Mario Castillo tiene ese don de gente de tratarte, independientemente de quién seas, con un gran cariño y respeto, que, definitivamente, es lo que a mí me ha dejado y me ha marcado de haberlo conocido.

Además, obviamente, de haber acudido a sus textos para preparar clases, en mi caso —yo he sido juez— lo he citado en más de una oportunidad en mis sentencias, entonces, es en verdad un honor haber sido tomado en cuenta por Roger y por Milo, seguramente dos de sus más ilustres discípulos para participar en este homenaje.

Asimismo, me llena de satisfacción haber sido invitado a esta mesa que comenta la prohibición de establecer pactos que impidan la enajenación.

He escuchado con mucha atención al profesor Martín Mejorada, al profesor Federico Torrealba, al doctor Mario Solís, a José Aguado, que ha iniciado la mesa como moderador, y creo que podríamos decir, en general, que los extremos son aquéllos que, de alguna manera, están siendo cuestionados.

Nosotros tenemos un artículo 882 que yo creo está en línea, está en la misma, si queremos ponerlo así, dinámica del artículo 881 del Código Civil peruano del año 1984. El artículo 881 establece un principio rector para la creación y el reconocimiento de los derechos reales. Y ese principio es el principio del *numerus clausus* o número cerrado, te indica que los derechos reales, tanto los principales como los de garantía, únicamente pueden ser regulados por normas jurídicas: o bien el Código Civil o bien otras normas fuera del Código Civil.

Y creo que la razón de ser de esta norma es evitar que sobre el bien se puedan establecer, de alguna manera, limitaciones que afecten la certidumbre y la seguridad que requiere un derecho real.

Yo siempre le pongo a mis estudiantes este ejemplo. Si yo tengo un bien y necesito establecer algún derecho real sobre ese bien, voy a tener que ir al Código Civil y, de acuerdo a la naturaleza del bien, ver si transfiero o reconozco el derecho de propiedad, puedo entrar al tema de la posesión que es discutible si es o no un derecho.

Hace poco el profesor Mario Solís ha escrito sobre eso un artículo muy interesante sobre la naturaleza jurídica de la posesión como derecho real o, más bien, como un hecho con protección o con cierta protección y reconocimiento jurídico.

Si puedo darlo en usufructo, si puedo ceder un derecho de uso, de habitación, pero yo, por ejemplo, seguro un bien no podría establecer una suerte de derecho real llamado «viernes», por el cual tengo una afectación sobre el bien todos los viernes. ¿Por qué? Porque la cláusula o la disposición *numerus clausus* no me lo permite.

Yo tengo un número cerrado de derechos reales, principales y de garantía, y de acuerdo a la naturaleza del bien, tengo que establecer la transferencia, la adquisición y la extinción de cada derecho real específico.

En esa lógica, creo que tiene sentido una prohibición de establecer pactos que impidan la enajenación, porque esta prohibición enfrenta, como lo

ha señalado algún autor nacional, al criticar la posición más liberal de algunos profesores también nacionales, abanderados del análisis económico del derecho. Que lo que tenemos, básicamente, aquí es el enfrentamiento entre el resguardo de la libertad de disposición que primaría en el artículo 882 del Código Civil que dice, lo voy a leer: «No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita». Y la libertad contractual. Quienes defienden el 882 dicen: «Bueno, hay un resguardo de la libertad económica de la libertad de enajenar», y quienes lo critican hablan de la vulneración de la libertad contractual.

Y, en este sentido, de que se estaría poniendo una cortapisa, una limitación a mi autonomía privada.

Entonces, creo que en la línea del 881 y el 882 tiene sentido. No puede ser desterrado por una posición filosófica, porque, básicamente, es eso, adoptar una postura son posiciones filosóficas que, finalmente, en la técnica legislativa van a ser llevadas al derecho objetivo.

Creo que una economía de mercado privilegia la libertad contractual, pero también privilegia la libre circulación de los bienes. También privilegia la potestad del dueño de transferir estos bienes sin ningún tipo de limitación, a pesar de que también nuestra legislación habla del bien común, del orden público.

Ahora, creo que la interpretación, antes de ir a algunas cuestiones adicionales, para no extenderme demasiado, creo que la interpretación de nuestro artículo 882, está limitada solamente para la prohibición de establecer pactos de enajenación y de gravamen, mas no que son actos de disposición en buena cuenta, mas no actos de administración.

Por ejemplo, el arrendamiento de un bien es considerado un acto de administración y no está dentro de la prohibición prevista en el artículo 882. Finalmente, recordemos que cuando acudimos al registro y observamos las cargas y los gravámenes del bien. Los gravámenes van a ser las garantías reales, valga la redundancia, que afectan al bien, y las cargas, por ejemplo, un arrendamiento inscrito, un usufructo inscrito, una medida

cautelar, aunque, obviamente, la medida cautelar es un acto procesal y no un acto de administración, podría decirse, como el usufructo o el arrendamiento.

Es interesante, sobre todo a partir de lo que ha comentado el profesor Torrealba, recordar la legislación argentina. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina del año 2014. Tiene un artículo, el artículo 1972, que es un artículo muy interesante, porque primero establece absolutamente la posibilidad de establecer pactos prohibitivos cuando se trata de actos a título gratuito. Los actos a título gratuito tienen una vía libre para establecer pactos prohibitivos, pero los actos a título y estos actos a título gratuito tienen un límite temporal de diez años. Estos actos no pueden exceder los diez años.

Pero, en el caso de los actos a título oneroso, una compraventa, por ejemplo, una permuta, la prohibición puede establecerse, pero puede establecerse sólo contra persona o personas determinadas, no en la generalidad. O sea, yo no podría establecer un pacto para que ninguna persona pueda adquirir el bien vía un pacto prohibitivo, sino para prohibirlo a una persona o a unas personas determinadas. Fulano, mengano y zutano, como decimos en el Perú.

Entonces, este tratamiento del artículo 1972 es un tratamiento interesante; libertad de actos jurídicos a título gratuito, con un plazo: una vigencia de diez años renovable. En el caso de los actos a título oneroso no se establece el plazo, pero pueden ser a personas determinadas y en ningún caso a personas indeterminadas e, incluso, se extiende para el caso de los testamentos, indicando que en el caso de los testamentos no pueden afectarse las legítimas. Entiendo que se refiere a las legítimas, pero podrían afectarse las porciones disponibles, aquellas porciones de las cuales el testador tiene libre disponibilidad en el Perú. Si tienes descendientes, es la tercera parte; si tienes ascendientes, es la mitad.

Y, finalmente, quiero terminar con la propuesta de reforma que tiene el Código Civil peruano trabajado por una comisión y cuyo proyecto ha sido presentado hace muy poco, en realidad, este proyecto de reforma, bá-

sicamente, incluye un plazo para la validez de esto. No para la validez, sino para la vigencia de estos pactos.

El artículo 882 en el Proyecto de Reforma del Código Civil peruano dice: «Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar hasta por el plazo máximo de treinta años». Más o menos, la idea que recordaba el profesor Mario Solís.

«El plazo mencionado en el numeral anterior es renovable a su vencimiento, siempre que exista u nuevo acuerdo.

Todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido en el plazo indicado en el numeral 1».

Entonces, esta norma está en el artículo 882, en la propuesta de modificación o de reforma, está en la parte relativa a las disposiciones generales de los derechos reales, lo que me lleva a pensar que, incluso, podría establecerse a través de disposiciones testamentarias o actos jurídicos *mortis causa*. ¿Por qué? Porque habla en líneas generales de «mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de enajenar o gravar».

Primero, creo que el plazo es excesivo. Me parece que, incluso, si vamos a aceptar la viabilidad de los pactos de enajenar o gravar privilegiando la libertad contractual, creo que el plazo es excesivo, y también creo que debería hacerse una diferencia, como el Código argentino, entre actos a título oneroso y a título gratuito, si la opción del legislador, como parece ser de la propuesta de la comisión de reforma, va a ser ir hacia esa postura.

Yo no modificaría el artículo 882 del Código Civil peruano; lo dejaría tal cual, interpretándolo aplicable netamente para los actos de disposición o gravamen del bien, pero pienso que la libertad económica, pienso que la circulación de la riqueza es fundamental en una economía de mercado, aunque reconozco también posiciones valiosas en otras posturas.

Una vez más agradezco por la invitación y le envío un respetuoso y cariñoso saludo al doctor Mario Castillo.

Felicitaciones, doctor. Muchos quisiéramos llegar a treinta años de docencia, no sólo con el prestigio que usted tiene, sino además con el cariño de tanta gente.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido José. Un abrazo.

José Aguado López: Muchas gracias, profesor Beraún.

Por nuestra parte, creo que es todo respecto de nuestra mesa.

Cedo el uso de la palabra a Roger para que pueda continuar con el evento, y antes que nada, y no quiero irme sin despedirme del profesor Castillo y agradecerle por permitirnos estar presentes.

Gracias, profesor.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, querido José. Gran abrazo.

Mario Solís Córdova: Hasta luego, Mario.

Mario Castillo Freyre: Chau, tocayo.

Roger Vidal Ramos: Bien, muchas gracias a José.

**MESA N.º 8: DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. «LA CLÁUSULA
PENAL Y EL ARTÍCULO 1346 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO»**

Elvira Martínez Coco
Luciano Barchi Velaochaga
Olga Alcántara Francia
Mario Luis Vivas
Laura Castro Zapata
Guillermo Chang Hernández

Roger Vidal Ramos: Bueno, en esta oportunidad vamos a seguir con la mesa n.º 8, mesa que tiene de título «Derecho de las obligaciones. La cláusula penal y el artículo 1346». Mesa muy importante que se encuentra vinculada al profesor Mario Castillo Freyre, que es siempre muy importante recordar esta monumental obra del *Tratado de derecho de las obligaciones* y el *Compendio*, junto con su coautor, el recordado profesor Felipe Osterling Parodi.

En esta oportunidad, tenemos en la mesa a la doctora Elvira Martínez Coco, quien es profesora de la facultad de derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, es socia del Estudio que lleva su nombre y es una de las árbitros más reconocidas a nivel nacional e internacional.

Buenas noches, Elvira.

Elvira Martínez Coco: Buenas noches, Roger.

Comenzamos, ¿arranco con fuegos a nivel de obligaciones? ¿Cómo es el orden? Hola, querido Luciano. Para Mario, pues, un abrazo enorme y gigante.

¿Cómo va a ser el orden, Roger?

Roger Vidal Ramos: Comenzamos con usted, comenzamos con usted. Tienen de tiempo quince minutos.

Elvira Martínez Coco: Fantástico.

Bueno, en primer lugar, querido Mario, es difícil decirte algo después de todo lo que hemos escuchado.

Yo solamente quiero destacar el increíble cambio que vi en ti como expositor, cuando al principio y desde hace muchos años yo te escuchaba como una persona muy solemne, muy formal, hasta hace algunos años en los que, de pronto, dejaste con esa solvencia que le puede dar a uno el haber trajinado tanto en el derecho, dejaste todo papel y comenzaste a ser extraordinariamente tú mismo.

Ese salto para mí fue maravilloso porque me ayudó a descubrir dos cosas. En primer lugar, a ese ser humano al que aprecio tanto, y que, en principio, me daba miedo en las primeras audiencias que tenía contigo porque pensaba tontamente que eras una persona distante. Cuando, de pronto, descubrí que eras un ser humano increíble, jovial, una persona tana distinta a la primera impresión que había tenido.

Yo podría destacar todas tus inmensas cualidades como investigador, pero todos se van a ocupar de eso. Yo quiero hablar solamente del gran ser humano que llegué a conocer. De esa persona sensible con la que he tenido la oportunidad de conversar y charlar en provincias después de dictar una conferencia, con ese hombre amoroso que quiere a su esposa, que quiere a su hijo; con ese hombre que va a trascender, no sólo con su obra, sino adicionalmente con su familia.

Es algo muy lindo lo que estás construyendo, y quiero, en nombre de Óscar, que te aprecia tanto y en mi nombre, desearte *longa vita* y que un día, junto con tu hijo, puedas disfrutar también de estos quehaceres, como ya lo está haciendo Luciano Barchi, ¿no? Un abrazo inmenso y paso a lo mío.

Voy a hablar un poquito de la cláusula penal. Hablando de la cláusula penal; quiero hablar de la manera cómo ha sido regulada en nuestro Código.

Y, todos sabemos que, mediante la cláusula penal, tenemos una fijación anticipada de daños y perjuicios, y el problema fundamental se presenta a nivel de si estamos frente a una mutabilidad o frente a una inmutabilidad de la cláusula penal.

Existen Códigos Civiles que optan por la inmutabilidad de la pena; existen Códigos Civiles que optan por la mutabilidad total de la cláusula penal para efectos de aumentarla o de disminuirla; es decir, ya sea hacia arriba, ya sea hacia abajo y existen otros Códigos que no, que proscriben la mutabilidad.

¿Qué ha pasado con nuestro Código? Con nuestro Código tenemos una posibilidad de mutabilidad por convenio, cuando se ha pactado n, ¿no cierto?, el daño ulterior, y tenemos una mutabilidad hacia abajo, a la exclusiva voluntad del deudor a la luz de lo que se señala en el Código Civil, en el artículo 1346, que todos recordarán que nos dice: «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.

Sobre la base de lo que señala el artículo 1346, he sostenido en más de una oportunidad que en nuestro ordenamiento jurídico, pactar la cláusula penal en términos desorbitantes porque no tenemos una inmutabilidad de la pena, termina resultando siendo un saludo a la bandera, porque esa característica de que estemos frente a una cláusula penal que pueda amenazar, que pueda asustar por su magnitud, pues, en la práctica, si estás frente a un abogado que te va a aconsejar bien, pues no va a rendir ningún fruto, porque un buen abogado que conoce el Código, lo que va a decir es: «Vamos a plantear la reducción de esa pena en términos equitativos».

Pero, si bien es cierto, creo que de ninguna manera se puede sostener que es que esta característica de que la penalidad puede ser disuasiva

en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz solamente del Código Civil se pueda sostener.

Los quiero invitar a que reflexionemos sobre la posición que, a su turno, ha tenido el Tribunal Constitucional en esta materia, y me refiero, he escuchado desde muy temprano, el homenaje a Mario, y en una de las exposiciones dijo Joel Melgarejo nos habló de constitucionalizar el derecho civil, ¿no? Y en esta sentencia del Tribunal Constitucional, me refiero al expediente 5311-2007, se abordó en un laudo. Esto llegó como acción de amparo, pero lo más interesante es que, recuerden ustedes, también se nos dijo en una de las anteriores posiciones que interpretamos la Constitución de arriba hacia abajo con nuestra moral particular.

Y pregunto si será o no una expresión de moral lo siguiente: El petitorio, en este caso, se dirigía a que se declarara inaplicable un laudo en que había declarado fundada una demanda arbitral, disponiendo que la empresa pagara la suma de USD 36'000,000.00 por penalidad, porque se había establecido USD 100,000.00 mensuales (por mes). Ésa era la penalidad. Y esa penalidad aplicada era muchísimo mayor y en exceso de lo que era el valor de la prestación. Y estamos hablando de muchísimo, muchísimo más.

El Tribunal Constitucional terminó diciendo en esta sentencia que estábamos frente a una cláusula penal draconiana. Lo reenvió después. Lo reenvió al tribunal arbitral que conoció el tema y dijo que la cláusula penal era draconiana. Además de decir que la cláusula penal era draconiana, partió en su análisis de un artículo de la Constitución. Me refiero al último párrafo del artículo 103, está ubicado en la función legislativa y que dice que la Constitución no ampara el abuso del derecho.

De allí lo extrapoló a todo. Lo extrapoló absolutamente a todo y dijo: «La Constitución prohíbe el abuso del derecho». Y sobre la base de la prohibición constitucional del abuso del derecho dijo: Nuestra Constitución ha sido terminante proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su artículo 103, no sólo debe entenderse sobre el ámbito de los derechos subjetivos de orden legal, sino, incluso, sobre el de los propios derechos fundamentales, y sobre esta base

dijo que la cláusula penal era abusiva. Y lo reenvió ordenando, fíjense, esto es una cosa que a mí se me podrían parar los pelos de punta, si no tuviera mi cola de caballo en este momento, ordenando que el tribunal arbitral proceda a reducir la cláusula penal por abusiva. Y el Código dice a solicitud del deudor. Y el Tribunal Constitucional dice: Hay un derecho fundamental *supra* que está por encima del Código Civil, que es impedir el abuso del derecho, y, entonces, yo te lo regreso y te digo, aunque no te lo hayan pedido, reduce la cláusula penal. Y te hago el trabajo del abogado que no lo hizo en su oportunidad, teniendo el derecho, no lo ejercitó porque, desde mi punto de vista, una cosa es tener el derecho y no ejercitarlo, y otra cosa es tener un derecho y que la otra parte lo esté ejercitando abusivamente.

Yo creo que esto nos tiene que llevar a reflexionar esta apelación constitucional, si es posible o no es posible que deje sin efecto un artículo del Código Civil, ¿no?, si es posible vía abuso de derecho, porque si eso es posible, podemos destruir prácticamente casi todo nuestro ordenamiento jurídico civil, y eso sí me preocupa.

Y no me pregunten si tengo alguna respuesta, no la tengo todavía. La he traído como una inquietud. Porque como Mario Castillo Freyre no duerme, sino solamente escribe, seguro que se va a poner a pensar en este tema, y cuando pase la pandemia, nos podremos juntar en un café, también con Luciano, otro loquito del derecho, con Laura, y podremos conversar sobre este tema y las nuevas direcciones que, a raíz de justamente la constitucionalización del derecho civil, del que se nos habló en las sesiones pasadas, podrían estar produciendo.

Mi querido Mario, un abrazo enorme para ti, para Laura, para tu hijo que son el apoyo constante y que permiten, obviamente, con ese apoyo que tú puedas disfrutar de hacer lo que te gusta. Y lo que te gusta es, obviamente, escribir.

Laura Castro Zapata: Mario, el micrófono. No se te escuchó.

Mario Castillo Freyre: Ah, no. Estaba agradeciendo a Elvira, que muchas gracias por sus generosísimas palabras.

Roger Vidal Ramos: Bueno, agradecemos a la doctora Elvira Martínez, también saludamos a la doctora Laura Castro que se unió.

Seguidamente, vamos a dar pase a otro profesor del derecho civil. Me refiero al doctor Luciano Barchi, quien es profesor en la Universidad de Lima.

Adelante Luciano.

Luciano Barchi Velaochaga: Muchas gracias, Roger. Hace poquito tiempo, Roger me invitó a participar en este homenaje a Mario, y la verdad que acepté gustoso y, es más, me hubiese molestado que no pensarán en mí, porque, de alguna manera, también soy testigo de esos treinta años, dado que yo también he sido alumno de Mario en el doctorado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, así que soy testigo directo de esas enseñanzas.

Claro, en una modalidad diferente; no era, por decirlo de esta manera, vertical como pudiera uno pensar en las aulas de clase, sino en el doctorado es un tema más horizontal. Y si hay algo que, particularmente, siempre he admirado de Mario, es la receptividad que hoy día en la mesa de obligaciones, frente a Mario, pues uno se tendría que ruborizar, ¿no cierto? Voy a hablar frente a Mario que ha escrito un tratado junto con Osterling, junto con el doctor Felipe Osterling, que siempre lo recordamos, y caray, el asunto es un poco complicado para hacerlo. Es un reto extremadamente amplio.

Uno lo toma bien porque lo conoce a Mario, y esa recepción de Mario a las ideas que no comparte, que no necesariamente tendríamos que compartir; sin embargo, Mario las acepta, ¿no? Y ésa es una demostración de lo que es un profesor. Un profesor no forma para que los alumnos piensen igual que él. El profesor le da libertad para que el alumno piense, ¿no? *Sapere aude* decía Kant, ¿no cierto?, justamente en esa formación, y creo que, en este homenaje, Mario, yo valorizo eso. Esa libertad, esa amplitud de aceptar todos los criterios.

Y contra lo que uno pueda pensar que Mario es, más bien, retraído, yo he tenido oportunidad de ver a Mario en polémicas y es un extraordinario polemista; es un extraordinario polemista. Y si alguno cree que Mario alguna vez se chupó, yo creo que, más bien, debe agradecer que Mario no haya entrado en la polémica porque Mario es un extraordinario polemista porque, además, es un extraordinario político, y ahí ha tenido muchos profesores, ¿no cierto?, desde Bedoya Reyes y Lourdes Flores.

Así que, si el pretexto es hablar de cláusula penal en el homenaje de Mario, pues algunos minutos le dedicaré a la cláusula penal con la venia de Mario y con el tiempo que nos queda.

De hecho, el tema de la cláusula penal y de la reducción de la cláusula penal es un tema bastante interesante, también entraré en el tema de esta sentencia del Tribunal Constitucional. Pero, para hablar de la reducción, permítanme retroceder un poquito para poder, luego, explayarme un poco más en el tema de la reducción.

La pena convencional o la cláusula penal tiene dos funciones. Se le reconoce, por lo menos, doctrinariamente, dos funciones.

Una función sustitutoria que se cumple sustituyendo a través de la pena, se sustituye el régimen legal indemnizatorio. ¿No cierto? Salimos del régimen ordinario de la indemnización para sustituirlo por una prestación que va a ser ejecutada en caso de incumplimiento o demora. Ésa es la función sustitutoria. La otra función que se le reconoce a la cláusula penal es la punitiva o disuasoria.

La primera cuestión importante de entrar al análisis es dónde está la función sustitutoria y dónde está la función punitiva dentro del Código Civil.

Como decía, la idea de la liquidación anticipada de los daños y perjuicios supone esta sustitución del régimen ordinario. ¿Y dónde encontramos la referencia a la sustitución?

La encontramos, precisamente, en el artículo 1341. Leo la parte pertinente, dice: «El caso 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».

Cuando uno lo lee de manera inmediata, ese «limitar» pareciera que es limitar en la indemnización; limitar el monto, pero si uno lo lee con precisión, dice «limitar a esta prestación». Es decir, deja de lado toda la indemnización que se pudiera dar como consecuencia lógica del incumplimiento de la mora, dar paso al tema de la indemnización, elimina el tema de la indemnización, y la sustituye únicamente por la prestación, al punto, luego veremos el tema del daño ulterior y de la indemnización del daño ulterior que sólo va a ser materia de ejecución la prestación y no el régimen indemnizatorio.

Entonces, esa limitación es justamente el tema de la sustitución. Si uno revisa el Código Civil español, van a ver que es mucho más adecuado, digamos, mucho más preciso. No lleva a esa confusión, en cuanto a establecer un límite en cuanto al monto de la indemnización, como una especie de limitación a la responsabilidad, porque el Código Civil español dice: «En las obligaciones con cláusula penal la pena sustituye la indemnización», y ahí sí utiliza el término constituir. Está, obviamente, mucho más clara la figura de la sustitución.

Ahora, el problema viene en dónde está la función punitiva de la cláusula penal en el Código Civil, y si uno lee el artículo 1341 pareciera que no hace mención a esa función punitiva.

Pero, vamos a ver que sí aparece porque pactar una penalidad puede dar lugar a dos situaciones: que los daños realmente sufridos sean menores al daño real causado, o que el daño real causado sea mayor al daño realmente sufrido. O sea, son las dos situaciones que se pueden presentar.

Cuando la pena pactada es menor al daño realmente sufrido, estamos frente a un supuesto de limitación de responsabilidad. Solamente respondiendo hasta ese monto y no por el daño que realmente causo.

Pero, qué pasa cuando pacto un daño; una penalidad mayor al daño realmente sufrido. ¿Sí? En ese caso, estoy entre la función punitiva o disuasoria. Y, fíjense, que cuando hablamos de la reducción, como veremos, es cuando es excesiva. Es decir, sí puede ser la penalidad mayor al daño realmente sufrido, y ahí es donde se refleja en el Código, precisamente, la función punitiva.

Lo que el Código, digamos, va a establecer un mecanismo para reducir es cuando es excesivamente reducida. Y eso tiene otra importancia, que es que cuando el juez reduce, no va a reducir al daño realmente causado porque eso implicaría ir contra la voluntad de las partes. Las partes quisieron establecer un monto por encima del daño sufrido. Le quisieron dar una función punitiva.

Si el juez la reduce al daño realmente causado, obviamente, va contra la voluntad de las partes de querer establecer la función punitiva dentro de la cláusula penal.

En el caso del daño ulterior, brevemente, hemos dicho que la cláusula penal tiene una función sustitutoria; es decir, elimina el régimen de la indemnización para quedarnos con la prestación.

Cuando se pacta el daño ulterior, algún italiano tuvo una expresión que es bastante adecuada. Dice: «Cuando yo pacto el daño ulterior, en realidad, estoy metiendo por la ventana lo que saqué por la puerta, porque al establecer la cláusula penal, quise sustituir el régimen ordinario de indemnización, pero al pactar el daño ulterior, lo vuelvo a meter al régimen ordinario de la indemnización, porque voy a tener que, finalmente, probar el daño y establecer todas las pautas que en el régimen ordinario de indemnización se establece. ¿Sí? Entonces, no digo que esté mal, lo que digo es que pactar el daño ulterior tiene esa consecuencia.

Voy a pasar directamente a la capacidad moderadora para no dilatar más el tema y reitero que la capacidad moderadora del juez es una capacidad concedida en todos los ordenamientos del *civil law*, salvo el caso del sistema anglosajón donde no permite los daños punitivos, en toda la tradición del

civil law, se admite la reducción de la cláusula penal. Lo digo porque, desde el punto de vista del análisis económico se hace una crítica porque implica, digamos, entrar justamente a la discusión e incurrir en los costos que se quiere evitar a través de la cláusula penal y tiene una explicación.

Pero, hay que tener claridad de que todos los sistemas del *civil law* admiten la reducción de la cláusula penal e, incluso, los instrumentos del *soft law*, todos incluyen los mecanismos de la reducción, y reitero, es sobre la base de la función punitiva coercitiva de la cláusula penal. Es la posibilidad de que cuando hay un exceso en esa función punitiva y coercitiva.

Quiero ver con ustedes, y con esto voy terminando, los criterios que se deberían utilizar para reducir la cláusula penal.

La primera es que la cantidad debe ser notablemente excesiva; es decir, no basta que sea superior al daño porque ésa es la función punitiva, justamente, que cumple la cláusula penal; tiene que ser excesiva. ¿Correcto?, manifiestamente excesiva; groseramente excesiva como utilizan algunas legislaciones.

Voy a recurrir a los principios Unidroit como referencia. ¿Qué dicen, cómo establecen los criterios? Establecen dos criterios los principios Unidroit para establecer la reducción. Dice, primero, la relación entre la suma pactada y los daños realmente sufridos, y después dice las demás circunstancias.

Fijémonos en el primer criterio. La relación entre la suma pactada y el daño realmente sufrido, ¿sí?

Vayamos a la sentencia que mencionó Elvira hace un momento. Revisen la sentencia y nunca el tribunal hace una comparación respecto al daño realmente sufrido. Lo que dice es que la pena; la cláusula penal le parece excesiva en relación al valor de la prestación, pero nunca hace una comparación respecto al daño sufrido.

Y ésa es la parte medio absurda, más allá de meterse al fondo del tema del laudo, ésa es la parte medio absurda, porque para poder reducir, hay

que... necesariamente tengo que entrar a una cuestión de prueba, porque tengo que ver que el daño realmente sufrido, sea manifiestamente menor a la penalidad establecida, y eso nunca lo hace el Tribunal Constitucional.

La segunda cuestión: esas otras circunstancias. Algunos autores señalan que esas otras circunstancias tienen que ver con cómo se produjo la negociación, de qué manera; si había un equilibrio entre las partes al momento de establecer la cláusula penal.

Eso también debería ser materia de análisis, nos dicen los principios Unidroit. Vuelvo a insistir: la reducción o perdón, la facultad que tiene el juez es una facultad discrecional.

Si ustedes revisan el artículo 1346, dice que el juez «puede», no que «debe», ¿correcto? Por lo tanto, es una facultad discrecional; y, entonces, me parece algo medio raro que el Tribunal Constitucional me diga a mí que tengo que considerar que es manifiestamente excesiva, cuando para mí no lo es. Y, por lo tanto, obviamente, hay una interferencia inaceptable, en ese sentido.

Y, nuevamente, el tema de ajustarse, ¿no?, a un monto... no al monto real del daño, sino, reitero, a un monto razonable, ¿correcto?, eso es en cuanto al reajuste.

Finalmente, quiero terminar con algo que Elvira mencionaba y, efectivamente, también como que siendo inicialmente la reducción un mecanismo que voy; al cual recurro por instancia de parte, y que se convierte sobre la base del criterio establecido del Tribunal Constitucional, como una suerte de oficio, ¿no cierto? Y en cierta jurisprudencia italiana ya ha ocurrido. Considerar que de oficio se puede producir la reducción.

Y termino con esto: una reflexión. ¿Qué pasa con las arras penales? Las arras penales, y se llaman penales por su analogía con la cláusula penal. Sin embargo, en la parte de arras penales, no existe la facultad de reducción.

En la doctrina italiana, por mucho tiempo, sobre la base de que son dos cosas distintas y, por lo tanto, no puedo aplicar por analogía la reducción de la cláusula penal a las arras penales, se establecía que, en el caso de las arras penales, no habría posibilidad de reducción.

Y, a raíz de esta sentencia, que de oficio los jueces podrían reducir la cláusula penal, hoy día se comienza a discutir, si en el caso de que las arras penales también tienen el mismo razonamiento.

Es algo que, en estricto, no, el tema de las arras, en realidad, penales, no hay mucha cuestión práctica, las arras se usan muy poco, y cuando se usan, se usan mal. Por lo tanto, no ha habido mucha experiencia práctica con relación al tema de las arras, pero también ahí surge esta cuestión de la reducción, ¿no cierto? Si la aplicamos por analogía las arras penales y la facultad de reducción del juez, concedida para el tema de la cláusula penal.

Bueno, con la venia de Mario, y pidiéndole disculpas si he cometido alguna atrocidad en la explicación de la cláusula penal, le deseo muchas felicidades y muchos años más en la cátedra.

Los alumnos, los estudiantes del derecho tienen, precisamente, y valga la redundancia, derecho de tenerte como profesor.

Gracias, Mario, por tu amistad.

Mario Castillo Freyre: Gracias, Luciano. Muchísimas gracias por tus palabras y por el entusiasmo y el ímpetu con el que las has pronunciado. Muchas gracias. Gracias, un abrazo.

Laura Castro Zapata: Muchas gracias, Luciano. Retomo la mesa de acuerdo al programa establecido que me pidieron, por favor, presentar esta mesa.

Luciano Barchi Velaochaga: Hola, Laurita.

Laura Castro Zapata: Cómo estás, Luciano. Elvira, buenas noches. Qué tal, doctor Chang.

Mario, en primer lugar, quisiera, no sé si sea la indicada, pero me gustaría decir unas breves palabras, muy profesionales, por cierto, en decirle que todas las personas que estamos en el congreso, y en especial, en esta mesa, somos personas que te queremos mucho y que te admiramos mucho, y que, por tanto, todo nuestro corazón creo que está en esta mesa, más que otras, porque estoy aquí. Así que te queremos mucho y te admiramos mucho, Mario. Así que, haciendo esas breves palabras, poco comprometedoras, continúo.

No sé si la doctora Alcántara está presente para poder presentarla. Entonces, a continuación, vamos a escuchar a Olga Alcántara Francia, que es profesora en la facultad de derecho de la Universidad de Lima.

Así que, Olga, te doy la bienvenida, por favor, y puedes hacer el uso de la palabra.

Olga Alcántara Francia: Buenas noches a todos. Laura, muchas gracias.

Buenas noches, Mario. Doctora Martínez Coco, doctor Barchi.

Las primeras palabras en esta participación son de agradecimiento; a los organizadores del congreso; a los doctores Roger Vidal y Milo Ruiz por su gentil invitación. Yo me siento muy honrada de participar en esta mesa, rodeada de grandes juristas, de profesores, como lo ha sido el doctor Luciano Barchi, en su momento, y también de un profesor al que admiro muchísimo, como es el doctor Mario Castillo Freyre; un buen amigo también.

Qué más agregar después de todo lo que ha dicho la doctora Martínez Coco y el doctor Barchi sobre el doctor Castillo, si es exactamente eso, me han quitado las palabras de la boca. Ya creo que decir más ya es... creo que las palabras salen sobrando porque todo lo que ellos han dicho es totalmente cierto. Mario es una gran persona, no solamente un gran profesor, un gran académico, investigador, sino es un gran amigo; es un gran hombre, y también ni qué decir también de Laura, ¿no?

Entonces, una vez más yo me siento muy honrada y al mismo tiempo también intimidada de compartir esa mesa al lado de grandes profesores y notables juristas peruanos.

Yo me siento, la verdad, bastante, cómo les diría, emocionada y también un poco asustada. Les digo la verdad.

Tengo poco tiempo enseñando y dictando derecho de obligaciones, y esto el doctor Barchi lo sabe, en la Universidad de Lima y eso, bueno, me pone en desventaja frente a ustedes, grandes del derecho; y, sobre todo porque en las participaciones que acaban ustedes de tener, yo creo que han hablado bastante acerca de la cláusula penal y han abordado, básicamente, los aspectos más importantes de esa situación jurídica.

Entonces, yo creo que lo que me queda a mí es, básicamente, tocar quizás un tema más sencillo vinculado a la cláusula penal, pero al mismo tiempo un poco, digamos, diferente.

No voy a ocuparme en esta presentación de manera estricta, acerca de la reducción judicial de la cláusula penal, como lo han explicado el doctor Barchi y la doctora Martínez, citando también a la sentencia del Tribunal Constitucional, sino que, justamente, preparando esta presentación e investigando un poquito, me he dado cuenta de que muchos trabajos que se han ido publicando en estos últimos meses, justamente a raíz del confinamiento social y la pandemia, han sido abordados estudiando y opinando acerca de las consecuencias, justamente, que ha tenido la pandemia sobre los contratos de arrendamiento.

Si bien es verdad ustedes dirán qué tiene que ver el arrendamiento con la cláusula penal, pero todos sabemos que en los contratos de arrendamiento, pues vienen, justamente, sazoados de cláusulas penales que tienen que ver para asegurar el cumplimiento de algunas obligaciones, además de la obligación principal.

Pero, también, viendo un poco la literatura nacional, he encontrado muchos artículos que se han publicado en los últimos tiempos, como, por

ejemplo, el doctor Enrique Varsi, el doctor Jairo Cieza, profesores también de la Universidad de Lima y otros tantos, en los que se ocupan, justamente, de estudiar no la cláusula penal, sino, básicamente, las consecuencias del incumplimiento de parte del deudor. Es decir, qué puede hacer el deudor que, debido a las medidas económicas, se quedó sin trabajo, se quedó sin dinero y, de pronto, no puede cumplir con sus obligaciones, como son, básicamente, las del pago de la renta.

Entonces, ante esa situación, se ha estudiado diferentes alternativas, diría yo, para justificar ese incumplimiento, ¿no? Por un lado, el tema del caso fortuito, de la fuerza mayor, excesiva onerosidad de la prestación, algún estudioso chileno por ahí opinó acerca de la teoría de la frustración, de la imprevisión, etc., etc.

Obviamente, eso tampoco no ha formado un criterio uniforme porque el doctor Leysser León tiene una opinión totalmente divergente, en el sentido de que no está de acuerdo con que... considera que, justamente, las obligaciones pecuniarias no son materia de justificación, a través de los casos de fuerza mayor o caso fortuito. Entonces, es un poco para resumir el contexto.

Entonces, yo me estaba preguntando, dado que así están las cosas y nadie se ha pronunciado, nadie ha comentado nada acerca de la cláusula penal; y, eventualmente, también a la necesidad de reducir la cláusula penal, justamente, como consecuencia del incumplimiento en este contexto de pandemia, en que muchas personas se han quedado sin trabajo, y bueno, no voy a entrar a discutir si es que, efectivamente, este evento o las normas propias que ha dado el gobierno peruano, pueden justificar esta salida de liberación del deudor por fuerza mayor, pero sí me pareció interesante preguntar qué es lo que pasa, justamente, con estas cláusulas pactadas y que, finalmente, cobran vigencia al día de hoy cuando el deudor no puede pagar la renta durante, por lo menos, cuatro meses, que es lo que viene sucediendo, ¿no?

Hemos visto en la televisión que en los casos de casa-habitación, pues, algunas personas han expulsado a estos inquilinos incumplidores que no

han podido pagar, pero también cabe preguntarse qué pasa con aquellos arrendamientos, los arrendamientos comerciales en los que también hay cláusulas penales y que tampoco han podido ser ni cumplidas las cláusulas penales, ni tampoco la obligación principal.

Entonces, investigando un poco, encontré que en el derecho colombiano hay un decreto de junio del 2020, que es el 797, en el que se faculta aquí a los arrendatarios a ejercer un derecho de terminación unilateral y anticipada de ciertos contratos de arrendamiento.

En esos derechos reconocidos en el arrendador se encuentra la negativa al ejercicio del derecho de resolución anticipada, si el arrendatario no se encuentra al día con el pago de la renta de los servicios públicos y demás gastos vinculados al inmueble.

Asimismo, también tiene derecho al cobro de un tercio de la penalidad establecida en el contrato, siendo que, de no haberse pactado una cláusula penal, tendría derecho a recibir el equivalente a un mes de renta.

Entonces, me pareció interesante porque, de pronto, es el propio gobierno, a través de una norma que, obviamente, se da en este período de urgencia, de pandemia, la que establece que, efectivamente, el arrendatario, obviamente, para locales comerciales, puede dar por terminado el contrato, y el arrendador tiene derecho solamente a percibir un tercio de la penalidad establecida.

Entonces, aquí me parece interesante porque, en nuestro medio no contamos con una norma similar, y, básicamente, todos los problemas que puedan, digamos, derivarse de esta situación, vienen o caen bajo el ámbito de aplicación de las normas, justamente, 1341-1342, en los que se establece la cláusula penal moratoria, y en los que —como sabemos— este artículo en particular, justamente, lo que establece que es una suerte de pena acumulativa como la que se regula en el derecho español. Es decir, que le da al acreedor la posibilidad de que, si es que se ha pactado la pena, en caso de mora, pues, pueda exigir la penalidad, además del cumplimiento de la obligación.

Entonces, yo me preguntaba, situándome justamente en este contexto, establecimientos de arrendamientos de locales comerciales, qué es lo que pasa justamente con las cláusulas penales establecidas, y además el incumplimiento de las obligaciones, de la obligación principal, que es el pago de la renta, ¿no? Y, me ubicaba, básicamente, con el tema de la aplicación justamente de la cláusula del artículo 1341, que es la cláusula penal, básicamente compensatoria, y el 1342 de la cláusula penal moratoria.

Entonces, de manera general, nosotros podríamos pensar y decir que, si, efectivamente, el deudor consigue, de alguna manera, liberarse del cumplimiento de la obligación principal que vendría a ser el pago de la renta, entonces, esta liberación, si aplicamos el adagio, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tendríamos que afirmar en el caso de haberse pactado una cláusula penal compensatoria, que, evidentemente, alcanzaría también a invalidar el efecto de la cláusula penal establecida en el contrato.

Pero, qué pasaría si, efectivamente, se pacta una cláusula penal compensatoria, bien podríamos de plano aplicar este principio, sabiendo que, en ese caso, digamos, la pena es cumulativa, cumplimiento de la obligación más la exigencia del monto establecido como pena moratoria.

Entonces, buscando también, leyendo justamente el *Tratado de obligaciones* del doctor Mario Castillo y el doctor Osterling Parodi, encontré justamente la opinión del ilustre maestro León Barandiarán, que nos decía lo siguiente: «La pena es expresiva de los daños y perjuicios por incumplimiento y no puede haber lugar a éstos cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, pues en tal hipótesis se resuelve la obligación principal».

El principio mismo que informa la recíproca relación entre la pena y la obligación principal, está constituido porque la extinción de la última acarrea la de la primera.

Esto significaría, entonces, que si el deudor logra demostrar que su incumplimiento no le es imputable, y aquí tendríamos que pensar justamente en la ausencia de dolo o de culpa, entonces, evidentemente, se puede liberar de la obligación principal y también de la cláusula penal, pero aquí

tendríamos que ver que el evento que ha desencadenado el incumplimiento, tendría que responder, en todo caso, a las características que dan lugar al caso fortuito o a la fuerza mayor.

Entonces, aquí nuevamente nos tendríamos que remitir justamente a esos análisis que han hecho los profesores peruanos respecto de si procede o no calificar a la emisión de las normas dadas en este período de urgencia, como un evento de fuerza mayor o no, y en ese sentido podríamos nosotros liberar al deudor de la obligación principal, y por ende también de las cláusulas penales establecidas.

Eso es todo lo que quería yo explicar.

Muchas gracias. Gracias, Laura, gracias Mario.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, muchas gracias.

Olga Alcántara Francia: A ti, Mario, por la gentil invitación de tenerme en cuenta.

Mario Castillo Freyre: Por favor, eso son los organizadores que han cursado las invitaciones y con todo mérito te han invitado, y muy contento de que eso haya sido así.

Olga Alcántara Francia: Gracias, muchas gracias, Mario. Muy generoso de tu parte. Gracias, Laura.

Laura Castro Zapata: No, de nada, Olga. Muy interesante esta intervención por parte del Estado colombiano por cuanto a dejar sin efecto las obligaciones, ¿no? Es un intervencionismo, en realidad, al acuerdo de las partes. Lo interesante acá sería darnos una respuesta: si eso sería factible aquí, ¿no? Y analizar, como tú señalas, las causas por fuerza mayor o caso fortuito, que, en este caso, la pandemia, en realidad, es un supuesto, salvo que la mesa considere lo contrario, es un supuesto de fuerza mayor, ¿no?

Yo tendría ahí mis observaciones, pero me parece superinteresante el tema que has desarrollado.

Muchísimas gracias.

Olga Alcántara Francia: Gracias.

Laura Castro Zapata: No, de nada.

A continuación, le damos el uso de la palabra al doctor Mario Luis Vivas, que es el presidente del Superior Tribunal de Justicia de Chuput, que no sé si está presente, por favor.

Creo que no. ¿Roger, me podrías confirmar?

Roger Vidal Ramos: Parece que no se ha conectado el doctor. Creo que pasaremos al siguiente expositor.

Laura Castro Zapata: Sí, pasaremos, entonces, invitamos al doctor Guillermo Chang Hernández, por favor, que es socio del Estudio Guillermo Chang Hernández Abogados de la ciudad de Ica.

Bienvenido, doctor Chang, adelante.

Guillermo Chang Hernández: No, ante todo, muy buenas noches. Agradecer por la gentil invitación y saludar muy afectuosamente al profesor Mario Castillo Freyre, que ya muchos han expuesto sus calidades profesionales, personales, las cuales las reafirmo totalmente.

Yo quería en este homenaje muy merecido por sus treinta años, es decir, algunas palabras preliminares antes de abordar el tema que, como decía el muy buen profesor, Luciano Barchi, es quizás ya el tema secundario.

Como siempre lo converso y para mí es un honor y un orgullo. Yo soy de Ica y el profesor Mario Castillo bien sabe que tiene raíces iqueñas también y es un orgullo para nosotros o su abuelo Juan Cancio Castillo, quien

ha sido un prominente ilustre médico. Acá en Ica hay un parque con su nombre, una avenida con su nombre y un equipo de fútbol con su nombre de la liga de la primera división de fútbol de Ica.

Así que ya habrá momento, profesor, para que visite y aliente al equipo en honor a su abuelo.

Así que es muy agradable estar en este homenaje. También yo recuerdo y siempre lo comparto con mis alumnos, la calidad personal del profesor en una experiencia, si me permite brevemente, hace muchos años, cuando empezaba a dictar en la universidad, y uno de los primeros eventos que me invitaron en la Universidad San Marcos y lo recordaba también a propósito de la pandemia. Hoy se hablaba de la lesión y en esa oportunidad, habrá sido en el año 2008 o 2009, no recuerdo, y tocamos hablar de la lesión.

Y dos cosas rescato de ese evento. Expuse yo sobre la lesión que tenía un punto de vista no muy cercano al del profesor Mario, pero, evidentemente, la trayectoria y el conocimiento del profesor después de esa exposición, con mucha gentileza y con mucha caballerosidad, a pesar de los pergaminos que él tiene, supo disentir con mi posición, lo cual... eso marcó a varios de los ponentes que no compartíamos algunos temas con él, la caballerosidad y la gentileza, a pesar, reitero de los pergaminos que públicamente expuso sus posiciones, compartiendo también, respetando las posiciones de jóvenes profesores que empezábamos.

En esa oportunidad, por ejemplo, muchos criticaron y decían que la lesión era una figura casi muerta; esa figura está en el Código Civil, pero ni la utiliza. Y lo conversábamos y el profesor, recuerdo claramente, que dijo en ese congreso, en el 2008 o 2007, revaloró la figura de lesión; la defendió y dijo: «Es mejor tenerla; en algún momento la vamos a utilizar». Y hoy creo, en estas épocas de pandemia, es muy acertado que exista la figura de lesión, por ejemplo, con los abusos que se ha tenido en el caso de las clínicas.

Creo que calza perfectamente allí la figura de la lesión, que como bien de manera pitonisamente el profesor, aceptaba que tenía... que nos iba a servir y nos va a servir ahora que se reactiven las actividades judiciales.

Esas dos experiencias y la coincidencia con la tierra, profesor, me causan bastante afecto.

Bueno, voy a comentar algunas cosas breves sobre el tema de la cláusula penal, y la cláusula penal, como ya se ha expuesto, es una figura, una institución jurídica del derecho de obligaciones, que tiene una característica accesoria a la celebración de una obligación. Para que exista la cláusula penal, tiene que existir una obligación previa.

Y esta cláusula penal me parece bastante acertada su incorporación en el Código Civil, porque, precisamente, la cláusula penal va a tener esta característica de motivar el cumplimiento de las obligaciones, que creo yo es una de las funciones del derecho de los contratos, motivar, incentivar que las partes cumplan con las prestaciones que se obligan.

A nosotros nos pasa, a veces llega a nuestro estudio un cliente y nos dice: «Queremos que nos redacte un contrato, pero este contrato tiene que hacerlo de tal forma que mi contraparte cumpla ese contrato».

Y yo le digo: «Ni los mejores tratadistas, ni los académicos más reputados del Perú y del mundo, si la otra parte es una parte infiel, sinvergüenza y que no quiere cumplir, por más que uno redacte un contrato de una forma exacta o precisa, tiene que depender de la buena fe o del comportamiento de tu contraparte que uno tiene que saber con quién contrata. O sea, no te puedo asegurar que la otra parte va a cumplir con el contrato, pero lo que puede hacer el abogado es incentivar, redactar un contrato con mecanismos que incentiven a las partes cumplir el contrato, que las partes realicen su análisis costo-beneficio, en donde también por el interés propio en un contrato determine que cumplir va a ser más conveniente que incumplir el contrato. Y, evidentemente, una de estas figuras es la cláusula penal, que motiva el cumplimiento de los contratos. ¿Por qué? Porque en un contrato con cláusula penal, las partes van a obviar, como bien lo dice el profesor Mario Castillo con el profesor Felipe Osterling, en su *Tratado de obligaciones*, tiene esa finalidad indemnizatoria. Para evitar un cálculo de daños, las partes calculan previamente a la concurrencia del evento dañoso que va a ser la inejecución de la obligación, el daño que las partes estiman.

Y hay un tema importante allí en la cláusula penal, quién mejor que las partes en estimar el daño por las conductas de su contraparte. Evidentemente, son ellas. Ningún juez, ningún árbitro, ningún tercero va a tener esa capacidad para estimar exactamente la cuantificación y el valor de los daños. He allí la importancia de la cláusula penal.

Por ello, bien apuntaba también el profesor Luciano, en esta sentencia ya citada y famosa del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional revisa el contenido de un contrato, lo cual fue muy criticado, pero además, tiene esa lógica un poco incomprendida o incomprensible, perdón, en donde cuestiona el monto de la cláusula penal, precisamente, por considerarla excesiva, por considerarla draconiana sin, evidentemente, estimar que el daño que las partes previeron era, precisamente, un daño que podía ser cuantificado en el monto de la cláusula penal, y las partes son libres de establecer su cláusula penal, porque, finalmente, como reitero, la finalidad es ésta en la cláusula penal.

Oye, si yo incumplo el contrato, voy a pagar cien, si lo cumplo voy a pagar veinte. Me va a convenir cumplir el contrato. Entonces, ésta es la finalidad de la cláusula penal y la importancia. De ahí también que, en algún momento, he escrito y he comentado la crítica al 1346 del Código Civil que permite la revisión de la cláusula penal, que creo, con temor a equivocarme, que peca este artículo peca de buena fe en entender que todos nosotros, los peruanos o los que intervenimos en un contrato; la parte infiel o la parte que incumple, va a ser leal y va a ser justa en sólo pedir la revisión de la cláusula penal, cuando verdaderamente sea excesivamente onerosa.

Cuando en la práctica sucede que una parte suscribe una cláusula penal sabiendo el monto de la cláusula penal, finalmente, incumple el contrato, pero cuando le requieren el pago de la cláusula penal, pido la revisión porque ahora la considero excesivamente onerosa, o perdón, excesivamente elevada.

Y al ser excesivamente elevada, pagaré, pero previo un juicio. Y un juicio en el Perú sabemos que no dura pocos años. Sabemos de las huelgas, por ejemplo.

Incluso, acá, por ejemplo, sabemos que en los meses de noviembre siempre hay un mes de huelga y eso dilata los procesos judiciales.

Entonces, yo creo que peca de buena fe este artículo en donde permite a las partes pedir la revisión de la cláusula penal.

Sin embargo, creo que sí es saludable que se permita la revisión de la cláusula penal en los casos donde hay un cumplimiento parcial, porque eso en sí resulta razonable.

Si yo cumplí parcialmente mi obligación o la prestación, y tú la utilizaste y aceptaste el cumplimiento parcial, también es justo que la revisión de la cláusula penal, si se va a ejecutar, se reduzca a ese cumplimiento parcial de la prestación.

Y, con ello también quiero concluir con la crítica o la atención que nos motivó esta sentencia del Tribunal Constitucional que ha sido bastante comentada y que dio motivo a un estudio, a un análisis de la cláusula penal.

Es lo que quería comentar sobre este tema.

Gracias, nuevamente, a los organizadores y agradecerle también al profesor por sus libros, por sus artículos y por la forma tan dinámica en que nos hace leer instituciones tan densas como las instituciones del libro o del derecho de obligaciones.

Felicitaciones, profesor y gracias por la invitación.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Guillermo, y gracias también por recordar mis vinculaciones con esa linda tierra de Ica, por la rama paterna, y a mi bisabuelo, Juan Cancio Castillo, ¿no?, que fue el primer médico que hizo una transfusión de sangre en el Perú. Un médico muy ilustre; iqueño, así que cada vez que voy a Ica, me siento como no puede ser de otra manera: en mi casa.

Muchas gracias, Guillermo.

Laura Castro Zapata: Muchas gracias, doctor Chang.

Yo quisiera hacer un resumen de las intervenciones de estos panelistas y creo que podríamos contestar las preguntas que muchos de ustedes han efectuado, y que la han dejado abierta, entiendo, como para poder conversarlo en esta mesa.

La primera pregunta no llegué a la hora para toda la participación de Elvira, pero llegué a escuchar, creo, alguna parte relativa al daño ulterior y al análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, y ella abrió la mesa, como siempre ella innovadora, abrió la mesa para poder conversar sobre si es posible que se deje sin efecto un artículo del Código Civil, vía abuso del derecho. Yo inmediatamente puse mi anotación y puse «no». Una cosa es que te extermines la cláusula penal, el artículo, y otra cosa es que tú puedas solicitar que se reduzca, pero no que se extermine la cláusula penal.

Entonces, porque no creo que la intención haya sido justamente que, a raíz de un reclamo justificado aparentemente o no, pueda exterminarse la cláusula arbitral pactada por las partes. Y en este, confírmame, Elvira, éste no era un contrato con cláusulas generales de contratación. Me parece que era un contrato, porque no escuché toda la exposición, paritario, ¿verd

Elvira Martínez Coco: Sí, ése fue un contrato negociado. Una compra-venta inmobiliaria muy grande.

Laura Castro Zapata: Y tú opinas que, en todo caso, la exterminación ya, no hablemos de que se estranguló al pobre artículo de la cláusula penal que ya de por sí es cuestionada, cuestionable, perdón, sino que además están exterminando el acuerdo entre las partes.

Elvira Martínez Coco: Sí, a mí me preocupa que, en primer lugar, habría que haber tenido todo el expediente arbitral a la vista. Leyendo la sentencia no fluye si es que en sede arbitral se pidió o no la reducción de la pena. Pero, a mí me da la impresión, de su sola lectura, que no se solicitó, y eso es una de las primeras cosas que me preocupan.

Y la segunda fue la que puso sobre la mesa Luciano, en relación con la misma sentencia, ¿no? Y, entonces, parece más bien que razones de orden moral, como se hizo notar en el anterior, en uno de los anteriores paneles, hacen que se constitucionalice las relaciones de orden civil, pero por razones de orden moral, y se saltan, pues, con una garrocha absolutamente todo el ordenamiento.

A mí me preocupa mucho el tema de si tú tienes el derecho de pedir la reducción y no la ejercitaste en tu oportunidad, cómo después una instancia *supra* podría llegar a decir que esa cláusula era abusiva y reenviártela para ordenarle al tribunal que la reduzca de oficio. Eso no dice el Código. Es más, como destacó Luciano, el Código le da la facultad al juez, ergo léase árbitro, cuando se lo soliciten, lo pueda considerar o no. O sea, ni siquiera lo obliga a y la verdad que me parece un despropósito.

Laura Castro Zapata: Así es. Claro, es sólo a solicitud del deudor. No de oficio.

Elvira Martínez Coco: Pero, seguro, pues, todos hemos tenido la sentencia a la mano, y yo creo que la preocupación la hemos compartido todos.

Laura Castro Zapata: Sí, y, efectivamente, como señaló Luciano, debieron mirar y, más bien, ver cuál era la relación entre el monto y el daño, y no exterminar a la pobre cláusula penal, ¿no? Eso es efectivamente.

Gracias, Elvira. Interesante también los criterios que estableció Luciano, tomando en cuenta los principios Unidroit y el supuesto donde la penalidad sea groseramente —como él lo señaló— excesiva.

Y ahí traigo de la mano lo que señaló también el doctor Chang, en cuanto a que, de repente, creo todos coincidimos, que, efectivamente, sí resultaría viable una revisión cuando estamos frente a un incumplimiento o cumplimiento, léase defectuoso o parcial, ¿no? Ahí sí creo yo que estaríamos todos de acuerdo, salvo que alguno de ustedes piense lo contrario, donde sí procedería la reducción de la penalidad de la cláusula penal.

El tema es cuando... Sí, Elvira, te veo que quieres decir algo.

Elvira Martínez Coco: Hay otra cosa que me preocupa, ¿no?, y es lo subjetivo. Y, seguramente, Luciano y Olga, Guillermo, van a concordar conmigo. Me preocupa lo subjetivo de la palabra «excesivo» porque, obviamente, eso va a depender de lo que sienta el juez o el árbitro, respecto de aquello que es excesivo.

Luciano hablaba de cómo se había interpretado, por ejemplo, en España el tema de la cláusula penal, pero llegar a la reducción de la cláusula penal en España no ha sido vía legislativa, ha sido vía jurisprudencial. O sea, la jurisprudencia ha sentado cuándo es excesivo, pero además, la jurisprudencia lo ha hecho estableciendo unos porcentajes, ¿no? Y unos porcentajes que no son muy altos, ¿eh? Estamos hablando del 15 al 20%.

Recuerdo mucho que lo tuvimos que trabajar para un monto en el que se aplicaba justamente la legislación española, así que no crean que soy una erudita, sino que hay circunstancias que te hacen conocer un poco más de algo.

Y eso lo que consideraba como eso que Luciano dijo: grosero, exorbitante, qué se yo. De repente, para mí grosero es el doble. Me refiero en función del daño. (**Laura Castro Zapata:** Sí, claro).

Qué cosa será grosero, qué cosa será exorbitante para Olga, qué cosa para Guillermo, qué cosa para ti, Laura.

Lo subjetivo siempre termina siendo (**Laura Castro Zapata:** Peligroso), peligroso y preocupante. Porque alguien puede decir 2% ya es excesivo o no; no lo sé.

Laura Castro Zapata: O un porcentaje mayor al valor de la prestación, si fuese el caso aplicarlo así podría ser excesivamente oneroso.

Elvira Martínez Coco: Claro, y no tenemos un estudio de qué cosa han podido ir considerando nuestros tribunales arbitrales y qué cosa pueden haber ido considerando los jueces, respecto de lo que es manifiestamente

excesivo para, por lo menos, tener, alguna predictibilidad en torno de este tema, salvo que Luciano, Olga, Guillermo manejen esa información que yo, sinceramente, no tengo.

Laura Castro Zapata: Te apuesto que Luciano lo tiene.

Elvira Martínez Coco: Sí, porque están buscando ahí en su computadora, no más.

Luciano Barchi Velaochaga: No, lo que estaba buscando en la computadora realmente no era que cuando dije «groseramente excesivo», en realidad no fue invento mío. Hay un artículo ahí, no me acuerdo si es en el Unidroit o en el caso de las provisiones del derecho europeo que utiliza *gross led, grossly*, entonces, lo traduje como groseramente excesiva, pero no es invento mío, en todo caso.

No, creo que lo que pasa es que el tema es bastante más complicado y quizá no reducido al tema de la cláusula penal, sino hay una fuerte corriente que aboga mucho y comienza a introducir cada vez más estas nociones de buena fe en materia de contratación, y la posibilidad a través de estos criterios de buena fe, de modificar ya, incluso acuerdos, contratos celebrados, ¿no? Y ése es el problema, digamos, el problema creo que está bien, pero el problema es que no hay un límite. No se establece un límite y, entonces, bajo el criterio que bien señalaba Laura, resulta que cualquier cosa puede ser de buena, y por lo tanto, la buena fe me autoriza a modificar absolutamente todo. Y eso sí es peligroso, ¿no?

La buena fe como fuente de obligaciones implícitas es, obviamente reconocida, y fíjate, creo que es muy sintomático lo que ocurre en el derecho anglosajón. En el derecho anglosajón eliminas esa posibilidad. Les aterra que el juez pueda crear obligaciones que las partes nunca tuvieron en mente.

No sé si Mario recuerda. Tuvimos, me parece, un caso con el tema de la resolución. Creo que Elvira compartió el mismo tribunal.

Elvira Martínez Coco: Sí, pero yo hice voto singular. No voto singular, voto viciado.

Luciano Barchi Velaochaga: No, recuerdo que fue unanimidad, pero me refiero a qué es lo que se alegaba.

Elvira Martínez Coco: Fue unanimidad, pero el pie de página fue diferenciado respecto de la resolución del contrato.

Luciano Barchi Velaochaga: No, no, sí, pero lo que se alegaba era lo que me importaba.

Elvira Martínez Coco: Es el 1430 que tenemos nuestra pequeña discrepancia. No, lo pongo de relieve, ¿sabes por qué, Luciano? Porque es muy lindo que el público sepa que nosotros tres podemos tener alguna discrepancia doctrinaria, sin embargo, tenemos un respeto total y absoluto, y no pasó nada. Eso quería destacar.

Luciano Barchi Velaochaga: No, de acuerdo. Y lo que nos llamó la atención. Sí, Mario.

Mario Castillo Freyre: Si me permiten... No, yo lo que quería decir es sobre lo que acaba de decir Elvira, en realidad, estas discusiones creo que son fundamentales para, en general, el público que nos está amablemente escuchando, vea que en derecho se puede discutir respetando absolutamente como ocurre al interlocutor, asumiendo, como decías, Luciano, hace un momento, lo positivo de la posición del otro, y de ninguna manera, trasladar estas opiniones a un tema de enemistad o lo que sea, ¿no cierto? O sea, que éstos, simplemente, son temas académicos y ahí tienen que quedar. ¿No cierto? Como debe ser la academia.

Luciano Barchi Velaochaga: Así es. Siempre he dicho lo mismo. No me voy a pelear con amigo por la lesión ni por la cláusula penal. O sea, las amistades no se pierden por eso.

A lo que me refería era a la tolerancia, a la figura de la tolerancia cuando no resuelves inmediatamente.

Yo recuerdo que Mario me decía algo que era interesante. Pero para esa figura es la tolerancia, como no resuelves en el momento que tenías que resolver, te tiras abajo la prescripción. Ya la prescripción no tiene sentido; es decir, la prescripción me da diez años, pero la tolerancia implica que, si no resuelve inmediatamente, ya no puedo resolver. Es decir, una prescripción anticipada y, efectivamente, esas figuras, si las tomamos así sin meditar, podemos cometer serios errores y creo que eso hay que tomarlo con calma, ¿no? O sea, hay que meditar y hay que ver cuándo funciona y cuándo no funciona porque la novedad, a veces, es una mala consejera, ¿no cierto?, todo lo novedoso nos parece bueno, y a veces hay que pensarlo un poco más. Y recuerdo eso de Mario; esa apreciación de Mario.

Elvira Martínez Coco: En lo académico, Lucianito, y en lo personal.

Luciano Barchi Velaochaga: De acuerdo.

Elvira Martínez Coco: Prudencia siempre; sensatez.

Laura Castro Zapata: Bueno, gracias, Olga, me parece que quieres intervenir.

Olga Alcántara Francia: Sí, sí, sí, Laura, muchas gracias.

Justamente, para comentar un poco lo que decía la doctora Martínez Coco acerca de la subjetividad al momento de que los jueces tienen que evaluar los expedientes sobre reducción de la pena de la cláusula penal.

Yo estaba, justamente, revisando también, bueno, el Código Civil español y también un poco los antecedentes a nivel de nuestro Código Civil peruano; a las normas peruanas.

Me gustaría, básicamente, aquí citar... por aquí justamente tengo la propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obli-

gaciones y contratos. Aquí se propone, digamos, un nuevo contenido del artículo 150, y aquí se establece lo siguiente: «El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.

Entonces, bueno, aquí, digamos, que también de cierta manera se le deja la potestad del juez de apreciar el daño, y en función de eso, poder crear, digamos, una suerte de parámetro para poder reducir la pena.

Pero, también quería referirme propiamente a los antecedentes del Código Civil en el año 1984 y, específicamente, a los trabajos de la Comisión Reformadora del Código Civil del año 1936, que también, en su momento, la propuesta original incluía un artículo, el 1917, en el que se establecía lo siguiente —a ver, perdónenme un segundo—, que decía que el valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal. Entonces, de alguna manera también allí no es que, digamos, establecieron parámetros de reducción de la pena, pero se le daba, creo yo, una ayuda al juez para, al momento de intervenir y evaluar si es que iba o no a reducir la pena, tenía, al menos, un criterio o una guía que estaba por un lado vinculado a la obligación principal.

Y, en el caso de la propuesta del derecho español, está sí vinculado a la apreciación que haga el juez respecto del daño ocasionado en razón del incumplimiento.

Básicamente, eso es lo que yo quería precisar. Bueno, de alguna manera, son algunos criterios, pero que, bueno, igual siempre se deja también a la apreciación que haga el juez, ¿no?

Laura Castro Zapata: Si, muchísimas gracias, Olga.

Mario Castillo Freyre: Yo quiero decir algo, Laurita.

Laura Castro Zapata: Sí, Mario.

Mario Castillo Freyre: Yo quiero decir algo que nunca lo he dicho en un medio tan masivo.

Laura Castro Zapata: Qué miedo.

Mario Castillo Freyre: El *Compendio de derecho de las obligaciones*, que fue del 2008, es posterior a la primera edición del *Tratado*, pero el doctor Osterling y yo, cuando escribimos la primera edición del *Tratado* y el compendio, estábamos convencidos, fíjense ustedes, de que, en realidad, el 1346 no debía decir lo que dice. Ésa es la posición que planteamos. Y, entonces, nuestros comentarios en el *Tratado* y en el *Compendio*, son comentarios duros en torno a la mutabilidad de la cláusula penal, pero mis alumnos de los últimos diez años, y perdón, y esto no hubo oportunidad de cambiarlo en la segunda edición del *Tratado*, porque fue una edición en la que voy a utilizar una expresión muy dura, pero cercana a la verdad, el doctor y yo, digamos, competimos contra la muerte para que ese *Tratado* pudiera ver la luz, esa segunda edición.

Entonces, no era el momento de plantear una discusión nueva sobre un tema de éstos. Pero, la vida me ha ido enseñando —tengo laudos en ese sentido— que la rigidez de esa posición inicial nuestra, no se compatibiliza necesariamente con la justicia. Y, entonces, y es bueno que lo diga en un medio tan masivo como éste, y es que yo cada vez, conforme han ido pasando los años, me he ido volviendo más partidario del 1346, a pesar de que haya escrito tanto contra el 1346, ¿no es cierto?, pero no ha habido oportunidad de decirlo en blanco y negro, pero lo digo ahora a todo color, en esta transmisión de video.

Así que hoy les agradezco infinitamente, caramba, tan ilustres profesores, estos comentarios tan interesantes sobre un tema tan importante como la cláusula penal.

Laura Castro Zapata: Bueno, entonces, no se diga más. Después de esto ya no se puede comentar más.

Así que yo creo que podemos dar por terminada esta mesa. Excelente tema, en realidad, tiene para hablar, incluso, sobre el daño ulterior, sobre los caminos que tiene el acreedor para poder solicitar el incremento de la cláusula penal u otros caminos que pudiera tener, pero yo creo que con las palabras de Mario podríamos terminar muy bonito esta mesa, y Mario, nuevamente, nuestro cariño, nuestra admiración y nuestro corazón para ti.

Mario Castillo Freyre: No, mi cariño y admiración para todos ustedes que, en realidad, hacen día a día el derecho más grande en el Perú.

Muchas gracias para todos los participantes, no sólo de este magnífico bloque, sino de todos los bloques del día de hoy y del día de ayer.

Muchísimas gracias estimados y apreciadísimos colegas.

Laura Castro Zapata: Muchas gracias a todos Elvira, Luciano, Olga.

Elvira Martínez Coco: Abrazo grande para todos.

Luciano Barchi Velaochaga: Muchas gracias. Cuídense.

Laura Castro Zapata: Gracias. Chau, nos vemos.

**MESA N.º 9: DERECHO DE LOS CONTRATOS. TEORÍA
GENERAL. «ALCANCES DE LA BUENA FE EN CONTRATACIÓN»**

Gustavo Ordoqui Castilla
Lidia Garrido Cordobera
Manuel Cornet (ARG)
Eduardo Barboza Beraín
Milo Ruiz González

Milo Ruiz González: Ésta es la mesa n.º 9, que lleva como título «Derecho de los contratos. Teoría general. Alcances de la buena fe en contratación».

Tenemos una destacada composición en esta mesa, con profesores de Perú, Argentina y Uruguay. Y vamos a empezar con el profesor Gustavo Ordoqui Castilla, quien es miembro honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Adelante, profesor.

Gustavo Ordoqui Castilla: Bueno, agradecer infinitamente esta oportunidad de vernos, de poder conversar, de cambiar ideas. Reiterarle a Mario mis felicitaciones por el evento, pero, a veces, varios ya me han dicho que uno puede ser medio exagerado por amistad, y que puede faltar objetividad a las expresiones.

Yo para hoy, para ser coherente, traje pruebas de la razón por la que marco el afecto y la admiración que tengo con Mario.

Nosotros ya hicimos dos obras con Mario. La primera fue ésta que está conectada con el derecho peruano y que se proyectó al derecho uruguayo —precisamente— *La buena fe contractual*, donde Mario analiza la parte

de la legislación peruana y también el *Tratado de derecho de los contratos*, que cuando uno felicita y admira a alguien lo hace con fundamento, en el sentido de que no es sólo amistad lo que nos une, sino que hay un nivel académico, que es lo que hay que destacar en este caso en particular, más allá del cariño y del afecto, está el nivel académico y la justificación de lo que realmente nos ha ocupado durante tantos años.

La propuesta de hoy empieza con una anécdota. La anécdota es la que vivimos con el amigo José Luis de los Mozos, hace muchos años, precisamente, en Lima, en un congreso en el que, en definitiva, estábamos los dos sentados esperando una charla, que saliera una charla, y en ese momento, yo le hago una pregunta —hace ya de esto algunos cuantos años—: «Querido profesor, cuáles serían los temas más importantes del derecho, si usted tuviera que dedicar su vida docente».

Es ya una persona a quien yo se lo estaba preguntando, él tendría ochenta y pico de años y yo estaría, más o menos, en ese momento, con cincuenta. O sea, treinta menos, para que tengan una idea.

Y me dijo una frase que me dejó, realmente, me marcó para toda la vida y me dijo: «Si te vas a dedicar a la docencia, dos cosas te voy a decir. La primera, que la buena fe es y va a ser el mejor tema de tu vida; así no más, sin dar tanta vuelta, y que luego vas a encontrar la importancia del abuso del derecho. Y te voy a dar otro consejo, cuando avances en la vida docente, no te olvides de la escuela que tenés que marcar; no te olvides de que lo que vos tenés que conocer, es lo que vos tenés que proyectar con las personas que están a tu lado, desde el punto de vista estrictamente académico».

La verdad que las enseñanzas de él me marcaron y me llevaron a donde, en definitiva, uno puede estar hoy, que es el gusto por la docencia; el gusto por vivir estos momentos.

Curiosamente, ayer hablábamos sobre a dónde va el derecho civil, y hoy contestamos: alcances de la buena fe en la contratación.

Parece así que son dos temas que se están uno complementando con el otro. Ayer nos preocupaba a dónde va el derecho civil y hoy estamos marcando una pista por donde se puede encaminar este derecho civil, que es, a través de la buena fe, encontrar las figuras, los cambios, los ajustes necesarios para poder dar una respuesta a las instituciones que estamos viviendo o las que estamos padeciendo en este momento.

Pero, claro, cuando uno habla de buena fe, yo lo primero que siempre digo es que la buena fe genera temor.

Ahora voy a hablar con claridad y con apertura. Mucha gente le tiene temor, porque buena fe es sinónimo de inseguridad, es sinónimo de que alguien no puede acaparar lo que realmente dice algo y, bueno, invocamos la buena fe porque no podemos invocar otra cosa.

Entonces, le tenemos miedo. La buena fe, había quien me lo ha dicho, «yo prefiero no invocar la buena fe porque me van a decir que estoy agarrando un instituto que me brinda poca seguridad jurídica».

No es así como lo vamos a ver ahora, y éste es uno de los momentos para consolidar esta afirmación. Gracias a la buena fe y sus proyecciones, que es posible pisar dentro de la legalidad, es que vamos a poder encontrar propuestas, vamos a poder ver a dónde alcanza esta buena fe para dar soluciones.

¿Y cuáles fueron algunos de los caminos que nosotros estamos, de alguna manera, proponiendo? La buena fe aparece como principio general de derecho. Y al aparecer como principio general de derecho tiene un significado tremendo.

Primero, porque los principios generales de derecho en el derecho son únicos, tanto los constitucionales como los civiles. Y ahí es donde empezamos a encontrar un relacionamiento, un punto de contacto entre lo que es las proyecciones de la buena fe en el orden jurídico como un todo. Empecemos por encararlo así.

También desde la buena fe tenemos en la Constitución, cuando la Constitución se remite a los principios generales con carácter general, también está incluyéndose la buena fe, que rige en el ámbito de las relaciones entre el Estado y sus particulares entre el Estado, en su proceder todo acto jurídico tiene que estar ambientado e iluminado por la buena fe.

Esa afirmación tan virulenta tiene su fundamento en nuestras Constituciones, cuando hay una remisión a los principios generales.

Concretamente, decimos son o es el punto de contacto entre el Código Civil y la Constitución lo tenemos en los principios generales, y este principio de la buena fe es un punto de contacto, es un punto de unión.

Es un punto que permite la armonización del sistema jurídico como un todo, de manera que lo que nos es, en definitiva, conveniente o aconsejable, y ya vamos a ver para qué nos estamos preparando con toda esta proposición, en definitiva, sea para otros fundadas las razones fundadas para mí como para ti.

Y la buena fe, en definitiva, lo que nos hace enmarcar, verdad, es un imperativo de conducta honesta, honrada, solidaria, y sobre todo colaborativa, porque es aquí donde empieza la evolución de la buena fe en sus proyecciones.

A la buena fe la acompaña el contrato en todas sus facetas; no es solamente la ejecución. La buena fe la tenemos en la etapa, en las tratativas, en las precontractuales, en la contractual y en la post contractual.

Vive con el contrato, como alguien me dijo, como si fuera el Espíritu Santo. Aunque no se vea y aunque no se toca, está marcando el fin de línea de la conducta debida, y vaya si será importante.

He estado hace unos pocos meses en Madrid. El profesor Antonio Manuel Morales Moreno, catedrático emérito de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid dijo: «¿El efecto de la pandemia en los contratos es el derecho ordinario de los contratos la solución? ¿Es acaso

que no estamos perdiendo el tiempo en buscar pautas dentro de lo que está vigente, y no será que tendremos que regular todo de vuelta?».

Y el jurista, con gran inteligencia, se pregunta: «¿Es éste el camino que tenemos que seguir, o borremos todo y empezemos de vuelta porque el cambio ha sido virulento?»

Nos prepara dos aspectos que son fundamentales. No nos olvidemos de que, en definitiva, la buena fe se proyecta tanto al punto de vista objetivo como subjetivo.

Subjetivo, un estado de la conciencia favorable sin que ella tendría lugar, o sea, un estado de conciencia directa. Y objetivo, implica una norma de conducta debida. Y está presentado en su naturaleza jurídica como un estándar jurídico. La misma figura del estándar jurídico es el derecho privado como el derecho público, como el derecho laboral, como el derecho procesal, como el derecho comercial, toda figura de la buena fe como un estándar jurídico.

Y ¿qué significa estándar jurídico? Se lo preguntamos directamente a Esser, y Esser nos dice como el procedimiento que prescribe al juez tomar en consideración el tipo medio de conducta social que, en determinada categoría de actos, que se trata de juzgar.

Es la conducta debida, es la posibilidad permitida por el legislador para que el juez proyecte soluciones al caso concreto conforme a la realidad y conforme a los valores prioritarios.

No estamos al margen de la buena fe, como lo vamos a ver muy bien ahora. Si vaya si estará en el marco de la legalidad, ¿verdad? Y, claro, el derecho es algo más que la ley, como el contrato es algo más que la autonomía de la voluntad. Aquél que pensó en derecho, solamente como el conjunto de leyes, y en el primer año de facultad, a veces lo decimos. Juntamos los libros y creemos que lo único que vamos a estudiar son leyes, por favor, estamos por mal camino.

Aquél que piense que el contrato es solamente el acuerdo de partes, y que no vea que el contrato está inmerso en una realidad que lo marca, que lo condiciona, que es la ley, que son los valores, ¿verdad?, que son otras normas de superior jerarquía; un elemento dentro de un sistema que lo determina y lo interactúa correctamente.

Por favor, si no nos ponemos de acuerdo en este *ticket* de arranque, no vamos a poder llegar a un entendimiento, porque les vuelvo a repetir, ni el derecho es toda la ley, sino que la ley es uno de sus componentes, ni el contrato es sólo autonomía de la voluntad, porque más allá de la voluntad van los elementos que la integran y conforman parte de ello.

Pero, claro, la función de la buena fe en el contrato empieza, como ya lo dijimos, con función interpretativa, como función integrativa, como función limitativa del ejercicio de los derechos.

A veces nosotros nos damos cuenta y decir, bueno, cuando empezamos a marcar las cláusulas de abuso de derechos, y sobre todo lo estamos viendo mucho en las relaciones de consumo, ese abuso de derecho está signado por la presencia de la transgresión a las pautas de buena fe o de la conducta debida, y aquí en definitiva vemos cómo se trasluce en la afectación del ejercicio de un derecho.

Y estamos ante, cuidado con esto que es otro matiz importante, ante una normativa de orden público. No negociable la buena fe. A la buena fe no le podemos decir, bueno, ahora muchachos, todos los contratos que se hagan acá, se rigen por lo que dice el contrato con prescindencia de inferir cómo lo he tenido que vivir en la profesión, sólo regirá este contrato con lo acordado por las partes.

Uno dice, bueno, si voy a facultar, eso, en principio, estaría bien. Cuidado, no es sólo por lo acordado de las partes, es por lo acordado de las partes en un sistema jurídico. Y ese sistema jurídico no te va a permitir, por ejemplo, que tú digas que no te guías por la buena fe en tu contrato. ¿Verdad? Y, entonces, hay que tener mucho cuidado en esa forma de afirmaciones o en ese criterio o en esos criterios que se dan.

Bien, ahora bien, vamos un poco al corazón normativo porque, a pesar de que la buena fe la presentamos de esta manera, vamos a ver dónde está insertada en los sistemas jurídicos con carácter general.

Lo primero que tenemos que tener relevancia, miren ustedes, lo van a ver en estos apuntes, nosotros nos tomamos la paciencia de seguirle la pista de la buena fe en el sistema jurídico comparado.

Y, entonces, ustedes van a comparar; no exagero. El Código, lo voy a decir rápidamente, el Código Civil español, griego, portugués, italiano, francés, chileno, colombiano; Argentina, Perú, Brasil, Paraguay, Costa Rica, Puerto Rico, Bolivia, *pa, pa, pa, pa*. Todos tienen un punto en común con la buena fe. Entonces, la buena fe no es algo que se le ocurrió a alguien en un buen momento, sino que viene de la época de los romanos, y a ser algo importante: forma la naturaleza misma del ser humano en su relación con otros. Cuando la persona empezó a relacionarse en su existencia con otras personas, ya siempre tuvo que habersele exigido naturalmente o confesamente, actuar de buena fe.

Y, entonces, ahí viene esta norma fundamental que después la vemos no solamente en los Códigos, en todos los Códigos. Por eso la decimos: se trata de un principio general, fundamental, internacional y mundial.

Por si alguna duda cabe, no encontré todavía ningún sistema jurídico en el que se prescindiera de la buena fe como pauta de conducta debida en términos generales.

E, inclusive, les digo más. En las normas transnacionales, el Unidroit, los principios Lando, el Código de los Contratos de Pavia, sigue siendo la norma de conducta básica en la regulación de los institutos.

Y voy a tomar como prototipo una, porque además la otra cosa curiosa es que el 70% de estas disposiciones tienen una forma de redacción, prácticamente, idéntica, que dice así: «Todos los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, se obligan no sólo a lo que en ellos se expresa —repito, me he facultado acá un paréntesis de medio minuto; acá no más

lo hago para no perder el tiempo— se obligan no sólo lo que en ellos expresan, sino a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

Quiero decir, en primer lugar, dice «todos los contratos», no dice «algunos». No hay contrato que no sea regulado por la buena fe. En cualquiera de sus instancias, administrativo o laboral, de vuelta a todo lo que se ha dicho, todos se tienen que regular por ese principio de la buena fe; todos. Todos deben ejecutarse. ¿Y qué significa ejecutarse? Solamente la parte ejecutiva, no. La ejecución está interpretada acá como toda la vivencia del contrato en su antes, durante, después, tiene que ser mirada por este criterio que lo guía.

Decía el propio José Luis de los Mozos: «La observación de la buena fe objetiva por parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más en el ejercicio de su crédito y el deudor puede dar menos en el cumplimiento de sus obligaciones de lo que exige el sentido de probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato».

Esta cláusula, de alguna manera, está diciendo la esencia del ejecutar de buena fe. Y, por consecuencia, obliga a lo que en ellos no se expresa. Entonces, ¿qué es esto que no se expresa? Diciéndolo textual y les puedo citar seis, siete códigos que dicen «obliga a lo que en ellos no se expresa». Entonces, nos preguntamos ¿qué es a lo que en ellos no se expresa?

Pues, lo que no se expresa en ellos es la vivencia directa de principios como el que vamos a proponer ahora a modo de conclusión.

Que son propios de la necesidad del momento que se está viviendo y la necesidad de que haya un juez que, en definitiva, proyecte la realidad que está concibiendo a partir del principio de la buena fe para dar soluciones a los plazos concretos, más allá de lo previsto por las partes y de lo que, eventualmente, pueda prever el Código ordinario.

En nuestro país, por ejemplo, ahora estamos en la onda de los protocolos. Todo se regula por protocolo. Acá ya dejamos la Constitución, las leyes, los decretos y las resoluciones, y empezamos a regular por protocolo.

Protocolo para los bares, protocolo para los centros de salud, protocolo para los centros de ancianos. Todo empieza a ser regulado de a poquitos por protocolo.

Alguien me preguntó: «Y, ¿qué es esto de los protocolos? ¿Son otras normas?». No, son normas dictadas por el superior, por el gobierno, de carácter administrativo, pero que inciden también en muchos de los contratos.

De aquí voy a contar algo que fue un poco lo que me determinó a movernos un poco en este tema, y ya me voy introduciendo un poco en las conclusiones finales.

En determinado momento, cuando empieza el tema del coronavirus, tuve cuatro consultas, cuatro prácticamente en dos días, de carácter general, por personas que no podían cumplir sus contratos.

Pero es que aquí que lo peculiar en este momento no era que yo estaba defendiendo a los deudores, sino que eran los propios acreedores que querían invocar la existencia de buena fe para que el deudor no se le fuera, porque sabía que el deudor en este momento, lo que está buscando es que venga el acreedor y le diga: «Terminamos el contrato». Entonces, yo ya viejo, canoso y jubilado digo: «Pero yo debo estar enfermo».

Entonces, ahí aparece la vivencia de la figura jurídica y cómo uno le tiene que recomendar a los deudores que procedan de buena fe con los acreedores. Y a los acreedores que contemplen a los deudores, también procediendo de buena fe, de manera de flexibilizar el contrato, cambiarle la retribución, cambiarle los plazos y rever el acuerdo de partes acordando las nuevas circunstancias que estamos viviendo.

Esto lo viví yo personalmente, no lo leí en ningún libro. Pero, claro que me motivó mucho y dije: «Bueno, ya es el momento de escribir algo sobre esto».

Y por eso es que hoy decimos —ya les voy adelantando una de las conclusiones— que quizás uno de los aspectos más importantes que estamos aprendiendo de este momento difícil, es la necesidad de auspiciar, promover que proceder de buena fe en los casos que anteriormente pretendíamos resolverlo por la imprevisión o por el caso fortuito, hoy antes de llegar a esas figuras, tenemos que actuar de buena fe y ver si no lo podemos rever procediendo de buena fe; recomponiendo, viendo de otra manera ese contrato.

Pero eso ¿cómo se puede exigir? Sí se puede exigir, aunque no te dé resultado. Lo importante es que tú trates de renegociar. Si podés renegociar, ya sabes el lado de la figura, pero no me malinterpretes y digas: «Bueno, a ver, revisar implica que, en todo caso...». Bueno, puede ser que no salga el contrato porque tampoco queremos romper la estructura del principio de la oferta vinculante, pero sí la posibilidad de que se puede arreglar, y de hecho las consecuencias. La practicidad hoy te lleva a ese proceder; cumplir con ese deber moral de buena fe de tratar de revisar, ha llevado a la solución de muchos casos.

Muchos casos que quisieron, por ejemplo, deudas que se tenían, las proyectaron en el tiempo. O acá, fíjense ustedes que se decía: «¡Ah!, pero es un caso fortuito o fuerza mayor».

¿Qué caso fortuito o fuerza mayor? Tendría que ser de imposibilidad absoluta y acá no hay imposibilidad absoluta. Acá hay, diremos, suspensiones en el tiempo de determinadas actividades que después se reanudaban.

Entonces, ¿cómo le aplicas la figura del caso fortuito? Otros dijeron: «Sí, pues, es un caso clavado de imprevisión». De qué imprevisión hablas si es un tema... las pandemias que están reguladas por determinadas normativas, por lo menos, en nuestro sistema jurídico.

No es fácil entrar en las figuras tradicionales. Entonces, lo que sí quedó claro es que de este principio de la buena fe, empezaron a surgir nuevas ramas; derivaciones que parten de la buena fe y se proyectan, por ejemplo, en principios como el de la seguridad, el de la confianza, el de la transparencia, veracidad, igualdad, proteccionismo, prevención, adecuación, cooperación, solidarismo. No son inventos judiciales que se le ocurrió a un juez; son aplicaciones del principio general de la buena fe que regula el sistema jurídico.

Vaya que necesitamos cierta flexibilidad para los jueces. Sí, la necesitamos, pero cuando se usa, no se usa para incurrir en inseguridad, sino que la omisión de su utilidad podría dar inseguridad. La inseguridad no está dada porque se use, sino porque no se use.

Entonces, si en vía de la buena fe, yo, invocando este principio, propicio un principio como el de la revisión de la negociación, como el de la renegociación, entonces, estamos por buen camino.

Y esta renegociación no es algo que se nos haya inventado a nosotros porque también otros países ya avanzaron. Les quiero dejar dos pistas importantes para los que están estudiando a fondo estos temas.

Primero, la Ley de Modernización del Código Civil español, la propuesta del anteproyecto, en sus artículos 1213.1, ya están hablando de la posibilidad antes de la imprevisión, la necesidad de intentar la revisión. Y en Francia, el profesor Pierre Catalá, en su proyecto de Código, en el artículo 1135-1, dice que las partes pueden estipular la renegociación del contrato, cuanto en virtud de esas circunstancias sobrevinientes, se produce una alteración de equilibrio de las prestaciones perturbando la relación, al extremo de hacer desaparecer el interés de una de las partes en el contrato. A falta de cláusula expresa, la parte que ha perdido el interés del contrato puede solicitar al presidente del tribunal, la primera instancia, que ordene la renegociación de los términos del contrato, antes de que el juez propicie o se pronuncie por la imprevisión, le piden que se propicie una renegociación del contrato, y solamente una vez que cumpliste con esa instancia, vuelvo a repetir —se logre o no se logre— lograste acreditar que actuaste con buena fe y

colaboraste no solamente con la contraparte, sino colaboraste con el sistema jurídico con carácter general, porque vaya en la práctica nosotros hemos, de alguna manera, visto casos de negociación en estos últimos meses, porque hemos visto varios. Y, sin embargo, uno se pregunta: «¿Y esta figura qué? Este animal viene suelto acá. ¿Dónde lo metemos?».

Simplemente, es una proyección del principio de la buena fe. Lo mismo si ustedes van a las normas Unidroit, a los principios Lando, al Código de los Contratos. Ya el deber de renegociar es una figura de todo uso. Pensémosla, procesémosla, proyectémosla porque es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos que facilita la salida en momentos de crisis.

Y, no solamente termino agradeciéndole a Mario que nos ha permitido hacer este tipo de razonamiento, sino tengo la ilusión de que el esfuerzo de todos a través de este tipo de eventos, y por eso los aplaudo con las dos manos, vamos todos a colaborar en una salida común.

Tengo confianza en que este partido lo podemos ganar. Tenemos que estar todos juntos.

Un abrazo, Mario.

Mario Castillo Freyre: Gracias, querido Gustavo. Muchas gracias.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, profesor Ordoqui. Muy claro, como siempre.

Ahora es turno de la profesora Lidia Garrido, quien es docente investigadora en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires y secretaria académica del Consejo Ejecutivo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Adelante, Lidia, muchas gracias.

Lidia Garrido Cordobera: No, gracias a vos, Milo. Gracias a todos y realmente muy feliz de estar participando de este homenaje y de estar partici-

pando con esta mesa maravillosa que tenemos, y realmente han convocado o nos hemos autoconvocado, como sea, lo que hayan manejado ustedes dos con Roger. Y gente con unos kilates impresionantes, exceptuándome a mí, por supuesto, que demuestra algo respecto a Mario. No solamente lo que uno puede por CV llegar a ser o por el bronce en la puerta, en la chapa, etc., sino la calidad humana con la cual todos los que van hablando siempre recuerdan, aunque sea dos minutos, que yo también me estoy tomando, para sacar a relucir las cualidades de buen hombre que tiene Mario. O sea, y eso hoy en pleno siglo ya XXI, realmente, es mucho decir, Mario, porque hay que tener valores, hay que tener dignidad, hay que tener hombría, hay que tener un montón de cosas más la humildad que tenés, y ese corazón abierto que le ha dado la posibilidad a un montón de gente a dar sus pininos, como decimos nosotros, o sus pasos en la docencia.

Yo, realmente, como otro docente y otro investigador, si algo que siempre me impactó, más allá de leerle las cosas muy fundadas a Mario, tiene que ver esa veta humana de dedicación y de compromiso hasta social, si ustedes quieren, en la docencia.

Entonces, la verdad, Mario, recontra feliz de este homenaje. Me pongo feliz por Laurita y por Mario Eduardo también, porque sé que en un grupo familiar, todo lo que le toca a uno, le toca a todos. O sea, uno es como una especie y también en nombre de la Asociación Iberoamericana, yo realmente no tengo más que agradecerle por todo lo que has hecho desde que te cruzaste con nosotros en tu camino.

O sea, no fue algo, creo que Dios te puso en el camino nuestro, y que vamos a hacer grandes cosas y seguiremos haciendo. No me importa la pandemia, espero que no, pero podrán venir las plagas de Egipto y seguiremos todos haciendo cosas; espero todos juntos con Gustavo, con vos, con Manuel y con todos acá los muchachos ya pertenecen a la nueva generación.

Ahora, yendo al tema, porque si no van a decir Lidia agota sus minutos hablando de Mario, y no era eso. Ya van como cuatro veces que vuelvo

a mirar el título porque estoy tratando de enfocarme específicamente en lo que sería la trascendencia que la buena fe tiene en materia contractual.

Y a qué se debe que me cueste tanto y voy y miro de nuevo, porque en realidad yo no puedo pensar en un contrato que no esté asentado en el principio de la buena fe, en el cual la buena fe sea trascendente.

Entonces, lo traté de buscar bajo alcance, virtualidades, efectos de la buena fe. Y para eso lo que hice —un poco tramposo, si ustedes quieren— es ir a buscar en la Asociación, una de nuestras revistas, la de la buena fe, donde Mario toca específicamente todo el tema de la dinámica del instituto de la buena fe en materia contractual. Va de suyo que comparto en un montón de cosas aquello que ha escrito y ahí él va a tratar de que visualicemos que la buena fe tiene tanta importancia que se da desde las negociaciones previas.

Algunos le llamamos *pour parler*, otros «tratativas previas», pero que en el *iter* de vida contractual, el principio general de la buena fe, que después lo podemos bajar a ciertas normas expresas en cada ordenamiento, y él hace el análisis específico que corresponde al Código peruano, va a llegar hasta la que denominamos, generalmente, responsabilidad post contractual por esas obligaciones de tipo secundarias de conducta.

Nosotros en Argentina también hemos tenido un desarrollo paralelo respecto al abordar la temática de las negociaciones mirando Jhering, Faggella, se aleja de todos los italianos, después los Unidroit yendo a los problemas de los documentos internacionales, y, por supuesto, no nos poníamos de acuerdo en cuanto a si estábamos en un ámbito contractual, extracontractual, si se basaba en la culpa *in contrahendo*, culpa de tipo aquiliano, si había abuso de derecho o si íbamos a referirnos al principio de buena fe.

Ya el Código Civil y Comercial ya iba de la mano con este escrito que yo les digo de Mario, al consolidar toda la etapa de las tratativas previas de las negociaciones, lo va a sentar en el principio general de buena fe.

Hay que recordar que en la Argentina, este principio general de la buena fe, si bien no tiene una norma expresa a nivel constitucional, la Corte siempre la ha basado en diferentes partes de los derechos de la Constitución y, sobre todo en materia de consumidor, le reconoce un asiento normativo en ese artículo 42, a los contratos de consumo la protección de la confianza de la buena fe.

El Código Civil y Comercial, entonces, expresamente toma partido por hablar de que yo puedo entablar válidamente todas estas negociaciones preliminares; puedo acercarme y soy libre de apartarme, siempre y cuando al hacerlo no vulnere la buena fe.

Si esto ocurre, deberé pagar daños y perjuicios y ahora no nos interesa la cuestión de los montos, pero se deja a salvo que el principio general sigue siendo el de la libertad.

Y en estas negociaciones va de suyo, y también es algo que recalamos siempre, las categorías de contratos; todos los que analizamos dinámica de negociación, análisis económico y el valor de la información, que es muy diferente estar ubicados en contratos de tipo paritario que, básicamente, es el que refleja esta necesidad de negociar y la que nos va a traer, a veces, problemas por los borradores, nos va a traer problemas por el intercambio de documentos, y que tanta importancia va a tener en materia después de conclusión o cierre, atadura de la autonomía de la voluntad, cuando haya que interpretarlo y yo vaya a un juez o vaya a un árbitro, según que yo haya establecido el cierre de un único documento como sea el que voy a tener que interpretar, o voy a tener, en virtud de la buena fe, conformado mi contrato por todos sus antecedentes y por todos los hechos que se producen a posterioridad de la firma o cierre de esa autonomía de la voluntad.

Entonces, voy a tener esta clasificación de contratos por adhesión y de contratos de consumo dejados, si ustedes quieren, un poco más de lado. No porque el deber de negociación no exista, sino porque, generalmente, por sus propias características, es más reducido.

Sin embargo, en esos contratos se va a acentuar el deber de buena fe. A mayor, si ustedes quieren, achicamiento del periodo de negociación y de posible intercambio entre los sujetos que van a realizar el contrato, más voy a encontrar normas correctivas, normas cargadas de orden público, que me van a establecer la nulidad de cláusulas abusivas o interpretación pro consumidor, que sería otra manera de aplicar al caso concreto la cuestión de la buena fe.

Todo el problema de derecho del consumidor está plagado de situaciones en las cuales la buena fe debe reinar, y en el caso de que no reine contractualmente, el Estado, mediante el poder de policía, y el Estado, mediante determinadas sanciones o hace caer parte del contrato o directamente prohíbe determinadas situaciones.

Piensen en la confluencia que hay entre buena fe y derechos humanos, respecto a las prácticas abusivas o prácticas denigrantes.

En los contratos por adhesión, básicamente, se da en el abuso de posición dominante, en las cláusulas abusivas y en alguna otra práctica el alcance que tiene.

Entonces, se da en esa negociación, se da también en el cierre del contrato. Y en ese cierre del contrato en el derecho argentino, avísenme la hora, chicos, porque no miré, en ese cierre cuando vamos a configurar el espíritu del contrato en sí, por el principio de autorregulación, el principio de autonomía de la voluntad, también va a tener este límite de que lo que yo concierte, no solamente tiene que respetar el orden público normativo, sino básicamente debe respetar el principio general de buena fe, sobre todo para aquéllos que tenemos una concepción en la cual el contrato no es solamente un instrumento de intercambio económico, sino es un instrumento justo, con una finalidad social que tiene una proyección que va más allá de, simplemente, las partes, aunque el contrato sea paritario.

Estamos en el segundo momento y en Argentina se ha regulado bien el supuesto de que estamos hablando, de contrato que obliga a realizar el futuro contrato.

Vamos a hablar en etapa, sea contractual, de la existencia de un contrato en el cual nos comprometemos a realizar dentro de un mes, dentro de diez días, cuando se den determinadas circunstancias al contrato definitivo bajo una forma, a veces, prescripta.

Por supuesto que frente al incumplimiento de la parte que no comparezca, esa no comparecencia va a poder estar amparada por el principio de la buena fe, a punto tal que en el derecho argentino se establece, como también se hace en el derecho comparado, la posibilidad de que un tercero intervenga, dada la desobediencia, mande a ejecutar por otro a costa del deudor.

Pero, analicemos un poco lo que sería el equilibrio del contrato en ejecución.

Cuando el contrato comienza a vivir produciendo los efectos, pueden ocurrir las situaciones como la pandemia. No es la única situación, pero es la situación con la que nosotros nos estamos enfrentando ahora.

Todos nuestros ordenamientos jurídicos tienen, como bien lo acaba de recordar el profesor Ordoqui, qué institutos que pueden funcionar como institutos correctores y como institutos válvulas.

En algunos casos nos van a decir vamos por caso fortuito, por frustración del fin; vamos por teoría de la imprevisión, y en mi caso igual que Gustavo, yo he propugnado que el eje debe estar dado en la renegociación.

Cuando uno ve interpretación de los contratos y ve negociación, el mejor consejo que uno le puede dar a un cliente o a cualquier persona es, siéntese a negociar; en este barco están todos.

Entonces, lo que se tratar es de volver a prever los riesgos, volver a repartir los riesgos contractuales, aminorarlos, en la medida que se pueda.

Si hay que ir a una suspensión de cumplimiento, bueno, se irá, pero si no, lo mejor es que las partes se sienten, renegocien la dinámica contractual con asesores, y el contrato pueda sobrevivir a la crisis y no se resientan

las redes contractuales, porque lo que estamos sufriendo frente a la pandemia, es el resentimiento o el corte de cadena de pago o la posibilidad de, pues, de grandes demandas de daños y perjuicios. Ninguna de las dos cosas beneficia al contrato. Ninguna de las dos cosas beneficia a la economía de mercado. Y tampoco va a beneficiar a la economía de mercado que los contratos nuevos que hagamos en época de pandemia, sean contratos tan blindados con cláusulas tan duras, que después sean, prácticamente, inejecutables porque son realmente casi leoninos.

Entonces, el justo equilibrio, la buena fe como principio de cooperación, como principio de solidaridad contractual.

El Código Civil argentino, si bien no tiene, como está pidiendo Gustavo en el Código, el título de renegociación, sí figura dentro de lo que serían las figuras de extinción de los contratos, porque me permite en varias figuras el reajuste y me insinúa que vamos a poder renegociar. Y la actual ley de alquileres que salió hace muy poco, obliga.

Hay que ver si la renegociación obligada sirve. Ése es otro problema: obliga tanto al locador como al locatario, tres meses antes sentarse a hablar, a renegociar sobre el contrato de locación que está por vencer.

Realmente, ya esa ley trae muchos problemas y yo no sé, dentro del espíritu bueno, que es el espíritu de cooperación, yo no sé si la frase final es feliz, porque dice que, en caso de que el locador no se siente, se considera que no tiene voluntad de realizar un nuevo contrato, ni de renovar el contrato en las mismas condiciones.

Eso nos plantearía un problema del silencio y los efectos jurídicos del silencio en materia de los contratos.

Ahí abriríamos en el derecho argentino todo un gran abanico referido a interpretación, que está guiada, básicamente, por la buena fe como principio general, como pauta de interpretación de los contratos, receptando la teoría de los actos propios, receptando el concepto de costumbre.

El contrato, en el derecho argentino, es la declaración de voluntad común, tomando la voluntad común, buceando la individual, pero aparte en un tiempo determinado, con unas condiciones sociales determinadas. Es muy importante ahí tener presente el valor de las prácticas y el valor de los usos y costumbres a favor o supletoriamente del derecho que se le da, tanto en la jurisprudencia argentina como en el propio Código.

Para ir cerrando, no, no, no me avisan y yo me pongo una hora que... interpretación lo paso de largo y voy a la última etapa.

Supongamos que tenemos un incumplimiento. Aun en el incumplimiento la máxima debería ser que aunque incumpla debería yo minimizar los daños, debería tratar de causar el menor daño posible con mi incumplimiento guiado por el principio de buena fe. No estar guiado por un principio de odio a mi cocontratante, sino por un principio de cooperación.

Termina el contrato; vienen las obligaciones secundarias que sobreviven al contrato. Todas esas obligaciones secundarias, aunque no exista cláusula expresa de secreto profesional, de no concurrencia, etc., emanan del principio de la buena fe y son para mí ampliamente aplicables en todo el tema contractual.

No puedo ser una persona ubicada en el siglo XXI, si uno no reconoce que este gran principio romano de la buena fe ha pasado todos estos años, pero hoy por hoy está muy maduro. Y si yo tuviera, como decía Gustavo, que quedarme, quizá con diez normas, una de las normas con las que yo me quedaría, al lado de la autonomía de la voluntad y libertad, sería el principio general de buena fe.

De nuevo, gracias, gracias a todos, y Mario, felicitaciones. Y ven ese trabajo que yo les digo que está en *IJ*, yo se los he dado, o sea que excede ya no sólo a sus alumnos, sino se los he dado a mis alumnos de la USAL para que cuando tengan que entender qué abarca —por eso lo elegí— porque creo realmente que has hecho un trabajo magnífico en ese trabajo.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Gracias, Lidita, muchísimas gracias por todo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Lidia. Muy clara, como siempre.

Ahora es el turno del profesor Manuel Cornet, quien es profesor principal y ex vicedecano de la facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado.

Adelante, Manuel, muchas gracias.

Manuel Cornet: Gracias, Milo.

Bueno, en primer lugar, estoy sumamente honrado de participar en el homenaje de este gran amigo que es Mario Castillo Freyre, él y su familia.

Yo tengo una deuda con Mario Castillo, que no la he de poder saldar en vida, porque él, aparte de ser un gran catedrático, de ser un jurista, de ser un publicista, es una excelente persona, es un gran amigo y nos ha tratado tan bien cuando hemos estado en su tierra, en Lima, en Perú, que nos ha brindado su casa, su afecto, su cordialidad, nos ha hecho sentir tan bien, Mario; ha sido tan generoso, tan buen anfitrión, que es una amistad que a mí cuando me decían que Mario viene a Córdoba, yo entraba en pánico, porque cómo hago para retribuir todas las atenciones y los buenos tratos.

Bueno, es un honor, Mario, poder participar en esto, y, a su vez, estoy enojado, no con Lidia, sino con los organizadores del evento, porque me ponen para exponer sobre la buena fe en los contratos, después de Gustavo Ordoqui. Es como si me pusieran en un panel después del Papa Francisco, a hablar del catecismo de perseverancia. Y, bueno, qué voy a decir cuando lo hemos tenido al maestro exponiendo.

Gustavo, bueno, discúlpame. Algo vamos a tener que decir porque gustosamente me he sumado a este homenaje, pero voy a quedar deslucido frente a Gustavo y también frente a Lidia.

Bueno, la buena fe yo creo que es un todo terreno. La buena fe ilumina la actuación de los hombres, de los ciudadanos en todos los órdenes. En el contrato, en la familia, en su relación con el Estado, en su relación con los hijos y yo en la presentación que ha hecho Milo no ha dicho, tampoco se lo he suministrado yo, que yo, aparte de la docencia, ejerzo la profesión. Yo siempre digo que soy una especie de bígamo, porque amo la docencia, pero también me gusta la profesión que ejerzo de abogacía y me realizo, me hace bien, e incluso, es más, les hago la confidencia de que, durante la pandemia, la cuarentena que por ahí no podíamos trabajar, he constatado que no me voy a jubilar porque el trabajo es salud. Y si uno tiene la bendición de poder hacer lo que le gusta, realmente está en torno a la felicidad.

Y, bueno, digo esto, simplemente, porque la buena fe para nosotros los argentinos que la pandemia hoy es una crisis, una emergencia muy grande, imprevisible, impensable, pero los argentinos desgraciadamente vivimos en emergencia, en situación de crisis, desde que yo no tenía canas, desde que iba a la facultad, desde mi adolescencia y de mi juventud siempre hemos estado en situaciones caóticas con hiperinflaciones, con leyes de emergencia, con que confiscaban los plazos fijos, con que había *corsets*, no se podía retirar la plata de los bancos, prorrogaban la locación; es decir, se vivía en una inseguridad jurídica y era imposible preverla, a tal punto que —yo en esto lo parafraseo a Atilio Alterini— en el ejercicio profesional, los que trabajamos en Argentina cuando vienen clientes y dicen: «Oiga, doctor, redácteme un contrato que yo pueda hacer una inversión y duerma tranquilo», y yo le tengo que decir «Oiga, mi amigo, no haga nada porque haga lo que haga, en la Argentina tiene la sombra de lo imprevisto, de lo súbito, que le cambien las reglas».

Y, bueno, y a todo lo largo de cuatro décadas, por suerte, con la Ley n.º 17711 que reformó el Código de Vélez y la aplicación creativa de la jurisprudencia, hemos tenido, por suerte, el principio general de la buena fe, que nos ha permitido imaginar y buscar soluciones a los problemas que nos plantearon.

La buena fe, como aquí se ha dicho, es una norma de conducta, es una conducta leal, proba, honesta, veraz, sin trampa, sin ocultaciones y como

actúa la persona de bien. Yo no te entendí, Gustavo, eso de que la buena fe asuste, yo creo que la buena fe es como el sol, nos debe iluminar a todos, capaz que antes, pero yo creo que la buena fe es una herramienta hoy en día para la resolución, para la imprevisión, fundamentalmente, para la renegociación del contrato, pero fíjense que el Código Civil y Comercial que acaba de cumplir en este mes de agosto cinco años, y como ha dicho Lidia, lo han reformado ya, pese a que tiene cinco añitos y está andando, salió del triciclo para la bicicleta por la corta edad que tiene, pero el principio de la buena fe recorre todo el Código Civil.

A vuelo de pájaro, les digo, en el Título Preliminar, en el artículo 9 del principio de la buena fe: «Los derechos deben ser ejercidos de buena fe».

Los derechos, querrá decir toda actuación de un ciudadano en la Argentina, tiene que ser conducido por la buena fe.

El artículo 10 regula la contracara: el abuso del derecho, que es lo opuesto a actuar de buena fe, sino extralimitarse.

El 11, el abuso de la posición dominante.

El artículo 729 nos dice «deudor y acreedor deben obrar con cuidado y previsión y según las exigencias de la buena fe».

El artículo 961 que lo ha citado Gustavo: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor».

Ya mencionó Lidia, ya mencionó Gustavo cómo la buena fe ha ido engordando el deber prestacional y ha establecido los deberes secundarios de conducta que acompañan a la deuda, acompañan a lo que uno se obliga y me imponen el deber de informar, me imponen la obligación de seguridad, y me voy a detener un minuto en ella, pero sigo leyendo el 991 del Código Civil y Comercial, que nos dice que durante las tratativas preliminares y

aunque no se haya formalizado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. O sea que el capricho, lo arbitrario es lo opuesto a la buena fe. Yo no estoy obligado a contratar, pero sí a conducirme de buena fe.

Yo en mi juventud, cuando recién daba mis primeros pasos a través de una experiencia que tuve con una amiga en tribunales, que le causaron mucho daño y tuvo que renunciar. La llevaron a una depresión muy grande. La ruptura al día y horas de contraer matrimonio con una persona grande.

Yo hice un artículo, que me criticó toda la doctrina de que la ruptura intempestiva, inoportuna; una ruptura fuera de tiempo y lugar no me obligaba a casarme, pero sí a indemnizar, porque había actuado de mala fe, porque era un hombre grande con una novia grande, había sido desleal.

No sé si lo seguiré pensando, pero el artículo 1011 que lo ha citado Lidia: los contratos de larga duración, la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. Esto es clave, porque ahora con la pandemia y antes con la pesificación, con la hiperinflación, etc., lo aconsejable es renegociar.

Fue muy claro Gustavo y yo coincidí con vos que, hay tanto acreedor como deudor, y bueno, los contratos en general son de obligaciones recíprocas, hoy resolver, rescindir un contrato, que se vaya el inquilino, que se vaya el locatario, que cierre el bar, que cierre el hotel, y nos lleva al desastre porque no lo vamos a poder reabrir. Es decir, hay una crisis económica, viene una pobreza y un párate. O sea, más que imposibilidad de cumplir, es que no puedo realizar la conducta.

Entonces, yo como abogado, como operador jurídico tengo que decir: «Oiga, mi amigo, vayamos a negociar, a conversar, a renegociar, porque hay que salvar el contrato». El que contrata es porque tiene una finalidad, tiene algún emprendimiento que quiere realizar, y bueno, el acuerdo de voluntades, y ahí es donde tenemos que es la brújula y la justicia conmutativa.

La imagen ésta es la escarapela argentina, pero la imagen del Colegio de Abogados es una justa, es la balanza de la justicia.

Los contratos en general tratan de respetar el sinalagma de la justicia conmutativa, y cuando eso se quiebra por el caso que sea, por la pandemia, por el legislador, por la política económica, igual las cosas se han alterado y es de mala fe mirar para otro lado y decir acá no ha pasado nada.

Entonces, yo abogado, desde que empecé a ejercer la profesión, y ya les reitero, acompañado de la crisis, siempre aconsejaba cuando no estaba tan de moda la negociación, la transacción, el buscar el acuerdo que contemple los intereses de las partes porque hoy terminar un contrato, la resolución o la rescisión no es solución.

¿A partir de allí qué hacemos? ¿Qué emprendemos para poder trabajar? Sigo dando un camino rápido, el 1061 del Código Civil nos dice que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común y al principio de la buena fe.

El 1710 del Código Civil es un artículo extremadamente importante, que los abogados todavía no le tenemos conciencia y tampoco los jueces en sus resoluciones. Fíjense el deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: evitar causar un daño no justificado y de (subrayo) adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud.

Yo recuerdo un trabajo de Federico Ossola, que decía cómo el juez, en el momento de cuando la pesificación, la prohibición de comprar dólares que hoy se mantiene, cuando uno consignaba porque el acreedor no le quería recibir el pago porque pretendía dólares, y le erró la cotización y había una pequeña diferencia y le rechazaba el pago por consignación, cuando ahí le causaba un daño enorme al que había consignado, y con este artículo la resolución del juez era causar el daño menor, acogerse si quiere parcialmente y emplazarlo para que complete la suma debida cuando la diferencia era mínima. El ejemplo es de Federico Ossola.

El artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor dice que en el caso que viole el oferente el deber de buena fe en la etapa previa, en la conclusión o transgrede el deber de información, le pueden declarar la nulidad de la cláusula y el juez puede integrar el contrato.

Tenemos, para no abundar más, la buena fe en la celebración del matrimonio: 427. Consiste en la ignorancia, el error contemporáneo a la celebración. Es decir, lo que yo les quiero significar es que la buena fe en el Código Civil y Comercial está en todos lados. Es como dice Rezzónico: «El sol que nos calienta a todos y debe conducir nuestra conducta».

La buena fe ha hecho, como dije hace un minuto, y se refirieron tanto Lidia como Gustavo, ha establecido los deberes secundarios de conducta. El deber de información, que es no sólo para los médicos, sino para los profesionales, para el abogado, arquitecto en toda relación, experto y profano por parte del experto, si es un hombre leal y probo le va a tener que brindar una información accesible, clara, sencilla, porque eso hace a la buena fe en las tratativas, en la conclusión, en la ejecución y en el post contrato.

Fíjense que en días pasados escuché la charla de un joven en el Instituto de la Academia en Córdoba, que hablaba de la obligación de seguridad.

Él afirmaba y yo comparto con él, discrepando con algún sector de la doctrina que dice que con el Código Civil y Comercial, la obligación de seguridad ha muerto. Este autor, este muchacho joven, pero no tan joven, decía todo lo contrario, la obligación de seguridad, además de todos los antecedentes que tenemos de cómo nació en Francia, hoy tiene una aplicación gigantesca impuesta por la buena fe en cómo nos relacionamos hoy con las redes sociales, con el Internet, con estas empresas que no conocemos quién es y dónde está, que se van a apropiarse de todos nuestros datos, nuestras inclinaciones, nuestros gustos, nuestras preferencias, mi gusto sexual, mis creencias religiosas, etc., y lo va a hacer circular, y yo cuando aprieto un clic, y en el clic que apreté sin leer nada, estoy aceptando condiciones que las ignoro totalmente.

Bueno, él sostiene y yo coincido con él, que acá el principio de la buena fe me va a tener que proteger y es una aplicación actual y presente de la obligación de seguridad y me tiene que asegurar a mí la incolumidad, mi identidad personal, mi tranquilidad y paz.

Entonces, ustedes ven que el principio de la buena fe es una norma jurídica, un principio general del derecho que impone deberes de comportamiento. Es de orden público. No se puede disminuir ni renunciar. Acá yo cito textualmente el principio de Unidroit a que se han referido, tanto Gustavo como Lidia, que nos dice claramente y todos los Códigos que ya citó Gustavo de Latinoamérica, que establecen claramente que: Principios de Unidroit, «Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial».

Lealtad negocial; la conducta leal es una conducta transparente, que no traiciona las expectativas, la apariencia, etc. en el comercio internacional. Yo diría en toda relación jurídica. Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber. ¿Por qué? Porque es un principio de orden público que es aplicable de oficio por el juez, que no lo podemos renunciar, que no lo podemos restringir.

El principio de la buena fe, para mí, como dijo Gustavo, es muy valioso para el abogado que ejerce, para los alumnos, para la gente que circule, para el quiosquero y para el gran empresario, porque nos va amoldando. Por eso, yo no creo que haga falta cambiar todo, dar vuelta a un nuevo Código, echar normativa porque con la buena fe adaptamos la legislación a la realidad. Llevamos a que la solución y la sentencia sean justas, no sólo conforme a derecho, sino que resguarden la justicia conmutativa, que es el preámbulo de la Constitución argentina y es a lo que tenemos que tender.

Por eso yo culmino que, en mi ejercicio profesional, fíjense lo que les voy a decir, las confidencias que les hago, muchas veces con quien tengo problemas no es con la contraparte, sino con mi cliente, para convencerlo de que su pretensión, que lo que él quiere, que lo que él aspira es reñido por la buena fe. Y más de una vez me han dicho: «Oiga, ¿es usted abogado del otro o es abogado mío?». Y yo le digo: «No, soy abogado suyo, pero su actuación tiene que ser conforme a los dictados de la buena fe, no preten-

der de más, no abusarse, no ser ventajero, no pretender un daño que no ha experimentado, o superlativo con respecto al daño insignificante que usted ha padecido.

Entonces, la buena fe es una actividad constante, es predicar en forma continua a la gente, a los clientes, al adversario, al abogado, porque es nada más ni nada menos que la conducta honrada, que la conducta proba, que la conducta leal, que nos lleva a que podamos vivir y solucionar los conflictos en forma ordenada y pacífica.

Muchas gracias. Me he sentido honrado en participar en este homenaje a vos, Mario. Un gran gusto, lo mismo a Laura y me alegro de que estés bien.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias. Gracias, querido Manuel. Un gran abrazo para ti y para la familia.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Manuel. Claro y didáctico, como siempre.

Ahora el turno es del profesor Eduardo Barboza Beraún, quien es profesor en la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio del Estudio Amprimo, Flury y Barboza Abogados.

Eduardo Barboza Beraún: Gracias, Milo. Bueno, buenas tardes con todos y con los distinguidos colegas que nos acompañan en esta mesa. Muy grato para mí estar con todos ustedes. Muy agradecido por la invitación también a este justo homenaje y merecido para el doctor Mario Castillo Freyre, que tiene estos treinta años de una impecable trayectoria académica, y además, yo diría de un ejercicio privado de la profesión con, los más altos estándares éticos acá en el Perú, lo cual puedo atestiguar.

La verdad, miro hacia atrás, Mario, son treinta años desde las aulas. Han pasado volando, pero tú sigues siendo la misma persona con la misma calidad humana de siempre y los mismos valores.

Creo que ha sido la constante, digamos, en la introducción de esta mesa, con lo cual te felicito y nos felicitamos todos por estar a tu lado.

Bien, el tema que me toca tratar relacionado a la buena fe, solamente un comentario previo, lo había dividido en cinco partes, pero simplemente quería que y me da gusto que sin haber conversado con los distinguidos profesores de la mesa, que estamos en la misma línea, no solamente en los temas de la buena fe —los temas que vamos a mencionar ahora—, sino en este asunto específico de la pandemia y la aplicación de este deber de buena fe.

Sin haberlo conversado lo escribí apenas tuvimos la pandemia y la cuarentena en Perú en marzo; está escrito que, en realidad, lo que debía utilizarse para, digamos, como herramienta contractual en estas situaciones tan complicadas para todos, era la buena fe.

Yo había visto algunos otros artículos de abogados peruanos que tenían que hacer con el caso fortuito, la cláusula *hardship*, en fin, el cambio en las circunstancias, pero la verdad que mirado desde adentro del tema contractual, sugerí siempre el tema de la buena fe y veo que hemos coincidido todos en esa mesa, sin ni siquiera haberlo conversado, lo cual me da mucho gusto, y lo que se estaba buscando, cuando ustedes hacen referencia a la palabra «revisión», yo acá decía «reconducir». Reconducir, digamos, estos contratos que, en realidad, deben llevar en ese deber de regulación de las partes a que su interés, a que los intereses que los motivaron a contratar, se mantengan.

Y, claro, también hay un tema, por otro lado, conveniente que es que si, finalmente, esto va a terminar en temas de litigios, arbitrajes o litigios procesales o juicios formalmente hablando, de todas maneras, el árbitro o el juez va a mirar con mejores ojos a la persona, a las partes que trataron de reconducir el contrato de buena fe.

No solamente ya por un tema conveniente, sino también creo que es claro para todos que son las mismas partes que saben hasta dónde pueden

ceder, cuál es ese justo medio, y no dejar a todo que sea blanco o negro, con una decisión o con una sentencia.

Pero, bueno, con respecto al tema de la buena fe, quería abordarlo desde cinco temas.

El primero, dentro de las manifestaciones de la buena fe en la ley peruana, el primero es el que tiene que ver con el principio general del derecho o la buena fe como principio general del derecho. Se ha mencionado varias veces en la mesa, y no con miedo, específicamente, comprendí muy bien al profesor Ordoqui cuando dijo que, a veces, la gente tiene miedo de apelar a la buena fe, y, en realidad, deberían tener miedo de no apelar a ello.

Y, justamente, en esta época de pandemia, creo que ese es un buen indicador, un buen reflejo de esa reflexión.

El segundo tema lo quería abordar como una regla: la buena fe como una regla de conducta, y el tercero: la buena fe como un método, un criterio de interpretación.

En cuarto lugar, a la buena fe como una función limitadora de derechos, y, finalmente, como un rol completivo o rol integrador.

Todo estos cinco temas los menciono desde el ordenamiento jurídico peruano y para ilustrar a los profesores o hacerlos quizás, digamos, repasar en algunos temas que seguramente los han visto ya de nuestro ordenamiento, voy a mencionar algunos de los artículos sin pasar a leerlos.

En relación a lo primero: el tema de la buena fe como principio general del derecho, es claro que en el Perú la buena fe es un principio general del derecho.

Manuel de la Puente y Lavalle, el mejor contractualista peruano que tuvimos, y que nos dejó hace trece años, pero como si estuviera presente, decía, al referirse a la buena fe como principio general del derecho, o sea,

está escrito en su libro *El contrato en general*, que todo el derecho, todo el derecho peruano se baña en el agua lustral de la buena fe, y citaba a Risolía en ese acto.

Y, tratándose de un principio de un principio general del derecho, hay dos normas en el ordenamiento peruano, que es el artículo 139 de la Constitución y la Norma VIII del Código Civil peruano, que manda a que el juzgador, sea juez o sea árbitro, tenga que utilizar los principios generales del derecho y uno de ellos es éste, el de buena fe, número uno; es decir, de aplicación a todo el ordenamiento jurídico peruano.

En el caso, yo tuve un tema muy interesante previo a pandemia, que terminé sustentándolo en Londres, porque es el lugar del arbitraje como experto, y era muy curioso cómo la parte contraria, que se trataba de un poder, con facultades, pues, literales, como son los poderes, sostenía que no se debía ejercitar el poder de buena fe.

Bueno, yo no diría que lo sustentaba, lo alegaba. Y yo lo que alegaba, más bien, era que toda la doctrina local, porque era informe sobre ley peruana, sustentaba justamente lo contrario.

Y me apoyaba en el tema, digamos, básicamente, en el principio general de la buena fe.

Hubiera sido la cosa más sencilla si hubiéramos entrado a un contrato de mandato, porque hay norma expresa en relación a la aplicación de la buena fe como estándar de conducta, pero en los casos de acto jurídico, éste es el supuesto, el del poder unilateral, no había una norma expresa.

Entonces, había que hacerle comprender a ese tribunal en Londres, que se trataba de una aplicación mandatoria en el Perú, este principio general del derecho.

Pero, miren hasta dónde se tuvo que llegar para poder hacer entender esta aplicación como principio general.

En el caso de los contratos es más sencillo aún, porque tenemos la regla 1362, que establece, y un poco más o menos lo que han venido señalando los colegas, que la buena fe ilumina todo el *iter* contractual desde la génesis, las tratativas, la celebración y la ejecución del contrato sobre el cual me voy a referir en unos minutos.

Pero, lo interesante y además es que esta regla de aplicación de estándar de conducta, que, repito, vuelvo en unos minutos, se señala en disposición expresa, que la tenemos en el artículo 1353 de nuestro Código Civil, que se aplica a todos los contratos de derecho privado, inclusive, a los atípicos, inclusive a los que no tienen regulación expresa. Lo dice con todas sus letras, con lo cual es ya de aplicación mandatoria en materia contractual este principio de la buena fe, que está antes mencionado.

Pero, adicionalmente, tenemos en nuestro Título Preliminar, en la Norma IX del Código Civil, la pista de aterrizaje para que esa regla de buena fe, sea también de aplicación a otros contratos que no sean derecho privado; me voy al derecho público, porque expresamente señala la Norma IX que es de aplicación supletoria a nuestro Código Civil; y, en consecuencia, esta regla, en las relaciones jurídicas reguladas por otras normas, en la medida, obviamente, que no haya incompatibilidad.

En consecuencia, lo que quiero decir con respecto a mi primera idea, es que la buena fe como principio general del derecho, se aplica a todo en el Perú, no solamente a los contratos, a todos los actos jurídicos, sino a todas, en todas las instituciones podríamos tomar ejemplos para poderlo ilustrar.

Pero, dado que el conversatorio es sobre temas contractuales, lo segundo que quiero señalar, es que estamos frente a una manifestación de la buena fe como estándar de conducta, y ésa es la regla 1362 a la que me refería hace unos minutos.

Es una norma que decía que ilumina todo el camino contractual desde su gestación hasta su cumplimiento. Y es una norma mejorada a su antecedente, que era el artículo 1328 de nuestro Código Civil anterior de 1936,

que sólo le exigía este estándar de conducta, este, digamos, este deber de cooperación o de norma de buena fe objetiva, de buena fe lealtad, de buena fe cooperación en la ejecución de los contratos.

El Código Civil del 1984 lo que hace es una unión de reglas, inspirado en el Código Civil italiano, por lo menos, en la parte contractual, y une las reglas 1337 y 1375 para colocarnos en todo nivel la aplicación de la buena fe.

Esta conducta, decía, rige desde las tratativas, llamémosla un *MoU*, un *Term Sheet*, una *Carta de Intención*, todos documentos no vinculantes o similares, y que, como había mencionado hace unos minutos, la profesora Garrido, en la Argentina hay norma expresa en relación al tema precontractual de responsabilidad. Nosotros no tenemos normatividad expresa como ustedes lo tienen en los artículos 990 y siguientes, me parece. Recordarán, nosotros tenemos solamente esta regla 1362, pero allí aparece la regulación o, digamos, el exigir también buena fe durante la fase de negociación del contrato.

Esa norma que, repito, rige durante todo el *iter* contractual, es una norma de corte imperativo. También se ha mencionado previamente que, además, es de orden público, porque no todas las normas imperativas son de orden público, pero sí a la inversa. Todas las normas de orden público son imperativas.

Y esta regla 1362, que lleva las palabras mágicas de «se debe efectuar de determinada manera esta conducta», tiene las palabras mágicas de verbos que, digamos, se desprende del legislador, pues, un mandato y no una recomendación, una sugerencia o un consejo, sino un mandato, es que las partes tienen que comportarse así, de buena fe.

Entonces, siendo una norma imperativa y, además, de orden público, no cabe un pacto contrario, no puedo establecer, o bueno, se puede establecer en el contrato no actuar de buena fe, pero sería un pacto antinatura y, evidentemente, sin efectos legales desde nuestro modo de ver.

Además, este estándar de conducta que yo diría que es, o regla de conducta que estaría definida como el prototipo social medio. El buen padre de familia, el honesto comerciante, sí, que tiene que ver esto con el cuidado general del deudor para cumplir con el pago. Se le puede identificar como la ejecución de la prestación, es cierto, esta diligencia, pero creo que va acompañada de la razonabilidad, del concepto de razonabilidad.

Es decir, además de lo que está expreso en el contrato, importa lo tácito, lo implícito. Ese deber coherente, ese deber de cooperación, de colaboración, de lealtad, que es lo que estamos, de alguna manera, conversando hace unos minutos sobre el tema de la pandemia.

Entonces, evidentemente, va a depender, digamos, esta medida de actuación de circunstancias de tiempo, de lugar y de persona, y, claramente, mientras estemos frente a partes más sofisticadas en el contrato que se celebra, la valla se levantará respecto a esa diligencia o a esa razonabilidad esperable en la ejecución contractual como norma de conducta que, repito, se exige tanto a nivel de la celebración como de la negociación, en ambas, buena fe; ambas, la buena fe creencia o subjetiva y la buena fe lealtad u objetiva con distintos niveles en cada uno de estas fases contractuales.

En tercer lugar, lo que quería mencionar también es que la buena fe es un método de interpretación en el derecho peruano. Pero no es un método de interpretación por reglas de contratos, no es un método de interpretación por la norma 1362, que acabo de comentar. Esta norma 1362 decía o la explicaba como un criterio de conducta o como un estándar de conducta exigible a las partes.

En materia de contratos, en mi opinión, no tenemos reglas de interpretación como sí las tienen, el Código italiano, que es nuestro modelo, el Código argentino, el uruguayo, no solamente señalándose las reglas de interpretación de buena fe, sino otros criterios.

No es que en el Perú no interpretemos de buena fe los contratos, sí tenemos que hacerlo, pero no por reglas de contratos, sino por reglas de acto jurídico, que serán de aplicación porque el contrato es una especie

de género de acto jurídico, pero en las reglas de contratos no hay ninguna norma que tenga que hacer con la interpretación de los contratos. De hecho, cuando pensamos, por ejemplo, en el 1362, decía que ésta no es una regla de interpretación, sino una regla de conducta.

Cuando pensamos en la regla 1361 del Código, que recoge el *pacta sunt servanda*, en su primer párrafo y en el segundo párrafo una presunción de que la voluntad o que la declaración refleja la voluntad, es algo que se demuestra algo en contrario, es una presunción *iuris tantum*, lo cual es bueno, porque las presunciones *iure et de iure* suelen ser simplemente ficciones; es lo que el legislador quiere que sea y punto.

Bien, esta regla 1361, que se utiliza o se alega también como un método de interpretación, no lo puede ser porque el primer párrafo decía que es el *pacta sunt servanda* y el *pacta sunt servanda*, que es la obligatoriedad de los actos, es un efecto de los contratos, y no se interpretan los efectos, se interpreta la fuente; se interpreta el contrato.

Y el segundo párrafo que tiene que hacer con esa presunción es solamente eso, una presunción. Si puedo demostrar lo contrario, entonces, es que llegaremos a la conclusión de que la voluntad no refleja esa declaración realmente. Entonces, tampoco cae como momento de interpretación. Y menos porque por ahí también se escucha que la interpretación contra el *proferatum* que también tenemos en la regla 1401 del Código, también es un método de interpretación en materia contractual. Yo no creo que sea un método de interpretación. Está ahí, digamos, por razones que tienen que estar en temas de contratación masiva y eso está muy bien, pero de llegar a sostener que la interpretación contra el *proferatum* es una interpretación, no creo. Lo que creo es que la interpretación descubre el verdadero precepto del concepto de la norma o del contrato, se tiene que hacer, pero no simplemente escoger. Yo creo que aquí hay un tema de opción legislativa. El legislador ha dicho: «Si tú haces las cláusulas dudosas, las interpreto en tu contra». O acá, digamos, a favor de la parte contraria. No puede ser interpretar. Interpretar es buscar cuál es la verdad, en el caso contractual, de la voluntad declarada, como en los actos jurídicos de la declaración misma, porque estamos siempre frente a un tema objetivo.

Entonces, para aplicarla a la buena fe, tenemos que ir a las reglas que están en otro libro del Código Civil, que son las reglas de acto jurídico, que son los artículos 168, 169 y 170; es el Libro II, del Título IV del Código Civil, distinto al libro de los contratos, que es la sección primera de este Libro VII, y que no hay ninguna norma de interpretación, decía, desde el artículo 1351 hasta su 1528.

Y, bueno, pasamos a ver las reglas de interpretación de acto jurídico, que la exposición de motivos de nuestro Código establece que son normas imperativas y de aplicación.

Entonces, tenemos como primera norma de interpretación el artículo 168, que establece que los actos se interpretan de acuerdo a lo que se ha expresado en ellos y según el principio de la buena fe; y lo dice con todas sus letras: «principio». En este caso, el legislador utiliza la palabra «principio» y eso está muy bien. Y creo, como primer método de interpretación que aparece, que aunque hay quienes sostienen localmente de manera minoritaria que no hay un orden, mayoritariamente hablando, la doctrina local peruana establece que los métodos de interpretación peruana que aparecen en estas normas 168, que es el método literal y buena fe; 169, que es el método sistemático; y el 170, que es el método funcional, están en ese orden. Todas subjetivas, por cierto.

Si nosotros leemos la regla del 168 que mencionaba, es lo que se ha expresado en el acto, de acuerdo, en esa voluntad declarada y el principio de buena fe.

Creo que son ambas al mismo tiempo que se utilizan para poder interpretar adecuadamente, y no es primero eso y luego la buena fe. Creo que, para poder entender esa voluntad declarada, tanto del acto jurídico unilateral como del plurilateral en el contrato, tenemos que ver el bosque y no podemos ver solamente el árbol.

Entonces, el mirar el bosque nos ayuda para llegar a una buena interpretación esta buena fe.

Lo que sí me preocupa y, además, por otro lado, decía, la exposición de motivos, de estas reglas de interpretación, señalan que son imperativas; no señalan el orden, pero sí señalan que son imperativas.

Lo que sí llama la atención es que la propia exposición de motivos señala que son éstos los criterios que deben ser utilizados y no otros. Lo dice con todas sus letras. Dice: «se utilizan esas normas y no criterios distintos».

Y ahí me deja algo preocupado, porque la verdad es que si no podemos descubrir la verdad o llegar a alcanzar la verdad de lo pactado, obviamente, tenemos que echar manos de otros criterios de interpretación, como puede ser una interpretación histórica, una interpretación global o pasar, quizás, a métodos de interpretación ya no subjetivos sino objetivos, como aquéllos que provienen del principio de conservación del contrato. Y creo que ese, en todo caso, debería ser el entendido de todas estas reglas como punto de partida de interpretación.

Pero, lo que quería dejar en claro, era que, efectivamente, estamos haciendo una interpretación de buena fe de los contratos, pero por aplicación de las reglas de acto jurídico aplicables, en este caso, digamos a la institución de la cual estamos hablando por ser ésta una especie del género de acto jurídico.

Decía hace un rato, que lo que se interpreta es el acto mismo y no los efectos. No vamos a interpretar de buena fe ni la oferta ni la aceptación en materia contractual, sino el contrato mismo, porque ninguna de las dos son actos jurídicos, sino que concurren a formarlos. En ninguno de los dos casos la voluntad está puesta, sino simplemente propuesta. En una oferta la voluntad no está puesta, sino propuesta, y en la medida en que fuera aceptada, entonces, allí podemos descubrir esto, que se denomina la declaración conjunta de la voluntad común.

Por eso es que siempre he dicho que el contrato no es una fusión de voluntades, sino una fusión de voluntades declaradas, que es lo que es materia de interpretación.

Luego, con relación al tema de buena fe limitadora de derechos, me parece que es sumamente importante tener también claridad sobre esta manifestación que nos trae la buena fe.

Uno de los casos, que es la doctrina de los actos propios, *venire contra factum proprium non valet*, se ha mencionado hace unos minutos, y, por supuesto, ese derecho que tendría ese sujeto activo para poder resolver un contrato que, en cualquier otra situación, en ese caso concreto no lo tiene, porque ha generado una expectativa con su conducta, porque su conducta solamente hay una, la de él, y no la del sujeto pasivo con su conducta, ha generado la expectativa racional, razonable de la parte contraria, de que el contrato no se resolverá, a pesar de que vuelva a haber un incumplimiento.

Lo que está haciendo la buena fe, aun cuando no tenemos una norma que recoja la doctrina de los actos propios de manera expresa en nuestro Código, y su base es la buena fe siempre en el artículo 1362, en este estándar de conducta, hay destellos o chispas, si quieren, de algunas muestras de actos propios en nuestro Código Civil, como podrían ser las obligaciones de saneamiento por hecho propio del transferente. Pero, no regulado en sí mismo porque es innecesario regularlo. Su base es la buena fe.

Y siempre recuerdo estos casos de los años treinta, que con ordenamientos similares en Alemania y en España de esta finca o de este arrendamiento de finca rústica, en donde el arrendador repite sus conductas de no cobrar la renta y el arrendatario siempre pagaba tarde. Y, finalmente, en el último año el arrendador decide resolver el contrato y se va a juicio, tanto pasa en España como en Alemania, y en España se le da la razón al arrendador, ya bien es porque está ejerciendo un derecho del contrato, que es la resolución contractual ante el incumplimiento del arrendatario que pagó tarde, mientras que en Alemania hubo un ordenamiento similar en esa época, se le dice que no puede ejercer ese derecho porque estaría violentando los actos propios. Ahí hay una función, pues, limitadora, con claridad, de la buena fe.

Pero, en nuestro ordenamiento, me parece que esto es más un tema de derecho subsidiario, complementario a una defensa en que, si tenemos

un remedio expreso, probablemente, iríamos por el primero, acudiríamos por el primero.

Lo mismo sucede en cualquier otro, para hablar de un tema de limitación de derechos, y para ir terminando, por el tiempo, sucede con cualquier remedio contractual en el campo, en el ordenamiento peruano. Una resolución contractual, una suspensión de contrato, una excesiva onerosidad de la prestación; todos estos remedios, bajo todos estos remedios, subyace el deber de buena fe. Y creo que si una resolución, porque también hay opiniones en el sentido de que se pueden hacer de mala fe, y, finalmente, se indemnizan los daños, yo creo que no.

Yo creo que uno de los requisitos para ejercer un remedio, es que quien lo ejerza, esté cumpliendo con el deber de buena fe, y cuando hemos hablado de buena fe, hemos hablado, pues de la buena fe de las partes al momento en que celebran; de las partes, al momento en que ejecutan. ¿Cómo es posible que puedan ejecutar un remedio de mala fe y no poder exigir o, digamos, desestimar este ejercicio?

Entonces, creo que allí entra a tallar la buena fe con esas funciones limitadoras.

Y, finalmente, la buena fe integradora. Yo entiendo por integración o por buena fe completiva o de rol completivo, el hecho de que se incorporen reglas, no al contrato, sino a la relación jurídica, a los efectos del contrato.

De esa definición es que entiendo que estamos frente a una integración en sentido estricto.

En el Perú no tenemos una norma con esa colita, digamos, de final, que tienen las reglas del *pacta sunt servanda* en los Códigos uruguayo, en el artículo 1291, o en el argentino en el 961, o en nuestro antecedente italiano, en el 375, con respecto a que aquí hay un *pacta sunt servanda*, obliga a lo que se hace y también a todas las consecuencias. A eso me refería con esa parte final del precepto, y todas las consecuencias que, en algunos

casos, dice que provengan de la ley, de la equidad, de la buena fe y etc., no lo tenemos en el Perú, digamos, de manera expresa.

Pero, no obstante eso, yo creo que fluye de nuestra propia regla 1362, pues se establece que se exige buena fe no sólo en la negociación, en la celebración, sino también en la ejecución. Y en la ejecución la buena fe trasciende lo expresado y creo que apunta también a lo implícito, a lo que no está frente a este deber de cooperación.

Y, por tanto, podemos concluir que la buena fe también es una buena fe integradora de derechos.

Lo que sí tenemos en nuestro Código Civil es la regla 1356, que recoge el principio de integración contractual supletorio y también imperativo, en el sentido de que, si las partes no dicen nada respecto a normas supletorias, estas normas suplen la voluntad de las partes y se tornan imperativas para ellas en el contrato. Y las que son imperativas se integran necesariamente al mismo. Pero la integración que hay allí, pienso yo, es una integración no en sentido propio, sino en sentido impropio porque, en realidad, no es la integración a la que nos hemos referido al señalar estos otros Códigos que recogen específicamente la integración misma de poderle aplicar a las consecuencias; poder aplicar estas consecuencias a la relación jurídica, a pesar de que no está en el contrato. Pero creo que si nosotros echamos mano de la regla 1356, que yo siempre digo los términos y condiciones del contrato, están en la oferta, están propuestos en la oferta, están los expresos colocados por el oferente y los invisibles, los implícitos, los que están en las normas.

Y lo que está en las normas, digamos, en lo que respecta a normas imperativas, esta regla 1362 será integrada en la oferta y, en consecuencia, al ser aceptada por el destinatario, va a terminar siendo una regla del contrato, igual.

Entonces, sea por un proceso de integración en sentido estricto o en sentido no estricto o impropio, tengo la opinión de que estamos frente a

una función, también, de la buena fe, en este caso, desde un punto de vista completo o integrador en los contratos. Y con eso termino.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Gracias a ti, Eduardo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, muchas gracias, Eduardo.

Para terminar con la mesa, yo quería enseñar algunas ideas. Primero que nada, agradeciéndole al profesor Castillo por haber aceptado esta loca idea de hacer el homenaje y, en verdad, ha sido conmovedor la disposición de los amigos de todas partes del mundo.

Hay profesores de Europa que van a exponer a las tres de la mañana, tres y media de la mañana, y eso sólo refleja el cariño; sin más, nuestros profesores de Uruguay y Argentina, ya son casi las siete de la noche allá; entonces, eso sólo refleja el cariño y nuevamente gracias por la confianza, por haber aceptado que, junto con Roger, impulsemos esta idea de un muy merecido homenaje.

También queremos agradecer a la plataforma digital LP, donde se está transmitiendo el seminario durante los tres días y ha sido también tal la acogida de los espectadores, no sólo de los ponentes, que sumando las plataformas Zoom y la plataforma LP, en los tres días, estamos cerca de pasar los mil espectadores en los tres días, lo cual es bastante, y eso sólo refleja la calidad de los ponentes y el respeto que se le tiene en el medio peruano al profesor Castillo Freyre.

Yo tuve la oportunidad de conocer a los profesores o ir conociendo a los profesores Cornet, Ordoqui, Garrido en el año 2013 o 2012, cuando era un recién egresado de la universidad y Mario me llevó al primer congreso de la Asociación, que creo que fue en la Universidad de Lima, y en verdad, para mí era impensado algún día poder ensayar algunas ideas, y como decía Manuel, parafraseándolo un poco, creo que he sido suicida poniéndome en esta mesa al lado del profesor Ordoqui, de Lidia, de Manuel;

es como que jugando con las nacionalidades, he intentado jugar fútbol con Messi y con Luis Suárez.

Entonces, y no creo que me salga tan bien, pero ensayaré algunas ideas, y para rematar el ánimo suicida, mientras veía la composición de la mesa que va a suceder, está todo el circuito que he seguido como alumno de derecho civil. Está mi profesor de obligaciones, el doctor Castillo; está mi profesor de contratos, el profesor Barboza; está mi profesor de contratos típicos, el profesor Soria, entonces, creo que no ha sido una buena idea.

Pero, bueno, he borrado las ideas que yo tenía para empezar, y creo que son inmejorables las dos siguientes afirmaciones que escuché del profesor Ordoqui y de Lidia.

La buena fe no es negociable y no concibo un contrato sin buena fe.

Creo que a partir de él debemos ensayar todas las ideas que debemos entender a partir de la pandemia, y del contexto general de aplicación del derecho.

El derecho peruano no tiene como remedio propiamente pactado, la renegociación, como sí existe en otros ordenamientos.

Pero yo creo que si entendemos que la buena fe es un principio innegable y que no se puede excluir de ninguna manera del derecho civil peruano, entonces, sí podemos decir que la renegociación forma parte, de repente, tácita o implícita del derecho civil peruano.

Siendo muy corto, creo que pueden pasar algunos supuestos. Estarán los contratos que no se pueden cumplir, ya sea por el objeto jurídico o por la causa, y que la pandemia directamente lo impide. Y esto debe interpretarse en el marco de la buena fe.

¿Qué quiere decir esto? Que si se va a terminar la relación contractual, tiene que ampararse de acuerdo, protegiéndose ambas partes.

Durante esta pandemia tuve la oportunidad de compartir algunas mesas con el profesor Pascual Alferillo y con el profesor Castillo Freyre, y voy a citar dos ideas que me gustaron mucho de ellos.

El profesor Pascual Alferillo decía que todas las negociaciones o renegociaciones contractuales, en el marco de la pandemia, deben entenderse como negociaciones entre perdedores.

No ha habido una sola parte que haya ganado con esta pandemia. Entonces, si tenemos la capacidad de sentir esa solidaridad, esa empatía con la otra parte, podremos, seguramente, resolver o reconducir el contrato hacia un mejor camino, y además, el profesor Castillo, con esa simpleza y claridad que lo caracteriza, en un refrán muy cierto dijo: «Esto para mí se soluciona con un refrán muy dicho, que es “no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti”. Y eso suma, con la claridad del profesor Castillo, refleja cómo debemos interpretar los contratos, porque seguramente en muchas relaciones contractuales tendremos la posición de acreedor, pero habrá otras en las que tendremos la posición de deudor, y tenemos que aplicar la buena fe en ambas, tenemos que asesorar a nuestros clientes en ambas posiciones, para poder evitar que el sistema jurídico llegue a un supuesto de incumplimiento masivo de prestaciones.

Entonces, también debemos evitar que exista en contraposición a la buena fe, que existan aquellos sujetos que, usando la mala fe, usen una excusa en la pandemia para liberarse del contrato que ya no le es útil, que ya no quieren seguir, que ya no quieren estar, entonces, yo ya no quiero seguir con mi contrato de arrendamiento, con mi contrato de suministro, con mi contrato de servicios, la pandemia se muestra como la excusa perfecta para salir de una relación contractual, pero ese es un ejercicio de mala fe; es un abuso del derecho; es una conducta desleal que debemos evitar siempre las partes.

Además, también están los contratos que ya no se podrán cumplir por la vía tradicional o pactada. ¿Cuáles serán éstos? Por ejemplo, el psicólogo que iba a dar una asesoría a un paciente por determinado tiempo. Ahora,

de repente, el psicólogo o alguna otra especialidad médica, lo podrá hacer por la vía virtual, por la teleconferencia.

Hay un cambio en la prestación, probablemente, la identidad de la prestación ha variado, probablemente, pero debemos entender que la identidad de las prestaciones no es un principio absoluto y rígido, como no hay nada en el derecho, y que esto debe interpretarse de acuerdo a la buena fe.

Entonces, las partes encuentran un medio alternativo para cumplir las prestaciones con la misma eficacia y satisfaciendo el interés, no debemos usar la mala fe para bloquear el cumplimiento de las prestaciones.

Y también habrá contratos que perfectamente se pueden postergar en el tiempo, en el marco de la buena fe. Por ejemplo, la pareja de novios que se iba a casar durante la pandemia y tenía contratada la orquesta, al DJ, perfectamente, podrán renegociar, siempre y cuando se quieran casar después de esta pandemia, y podrán celebrar el contrato o ejecutar las prestaciones posteriormente, siempre que sea útil, que sí exista interés y que ambas partes tengan la capacidad de ejecutarlas. El interés mismo.

Entonces, yo creo también que existen supuestos nunca antes vistos.

Los que tenemos la oportunidad de dictar las clases, siempre decíamos para explicar algunos supuestos, cuando ocurra una pandemia, cuando ocurra una invasión zombi, como algo que nunca iba a pasar o que estaba muy lejano y, lamentablemente, hoy nos está tocando vivir una situación de película, pero esa situación de película con la que explicábamos los remedios que no se aplicaban en el día a día, hace que nuestro Código, particularmente, el peruano y creo que el argentino, el uruguayo también de lo que conozco, tienen las herramientas suficientes para poder aplicar y resolver situaciones que, por más que sean lejanas, un Código no es un libro de preguntas y respuestas. El Código no va a decir «en caso de covid-19, aplicar determinada norma». Pero, si interpretamos la norma de acuerdo a la buena fe, la renegociación, reconducir el contrato, los remedios contractuales, la respuesta la encontraremos perfectamente en nuestros orde-

namientos, sin necesidad de crear normas especiales o normas que no se ajusten a los principios de la tradición del derecho de cada país.

Finalmente, creo que como abogados en ejercicio o como profesores, tenemos una responsabilidad muy importante de inculcar la buena fe, ya sea a nuestros alumnos o a nuestros clientes, porque lo que se viene es muy complicado. Va a haber una escasez de bienes, va a haber una fuerte tensión entre partes para el cumplimiento de prestaciones ante bienes escasos, como se basa el litigio.

Entonces, debemos buscar la prevención del conflicto, así como hoy nos damos cuenta de que tenemos un sistema de salud saturado, posteriormente, cuando pase la pandemia, nos daremos cuenta de que tenemos sistemas de justicia que se van a saturar, si es que ya no lo están, muy rápidamente, sin la tecnología suficiente, sin los medios suficientes. Esto no es culpa de los jueces, esto no es culpa de los trabajadores jurisdiccionales, sino es un tema que viene de muchísimos años y de organización como Estado.

Entonces, debemos prevenir el conflicto, debemos enseñar a interpretar los contratos y las normas particulares, de acuerdo al principio de buena fe y a prevenir el conflicto porque, ya sea como jueces o como árbitros, las situaciones que se vienen son especialmente nuevas, y las soluciones también lo serán. Entonces, los jueces también van a tener que interpretar los conflictos en el marco de la buena fe.

Entonces, a mí me gusta mucho una definición de Díez Picazo, que la combino un poco con la de Massimo Bianca, que señala que la buena fe es un estándar de conducta de acuerdo a los imperativos éticos de una sociedad.

Entonces, eso es lo que debemos buscar e incentivar. No solamente el cumplimiento de la buena fe en la acción diaria, sino el cumplimiento de la buena fe en la prevención del conflicto, en la renegociación del contrato, y, si es que llegamos a un litigio, en la aplicación misma de la buena fe en el marco del litigio.

Entonces, yo quería ensayar estas ideas con mucha vergüenza al lado de profesores tan destacados y dar por terminada la mesa relativa a contratos parte general, agradeciéndole a Gustavo, a Lidia, a Manuel, a Eduardo por su participación.

Nuevamente, agradeciéndole al profesor Castillo Freyre por permitirme acompañarlo en estos diez años que yo tengo en la docencia. Han sido al lado de él. Ya abrí también mi camino con algunos cursos propios y esta participación en los foros académicos siempre se la voy a deber a él y a las oportunidades que él me ha dado.

Entonces, damos por terminada esta mesa.

**MESA N.º 10: «CONTRATOS TÍPICOS. PROBLEMAS QUE
OCASIONA LA ATIPICIDAD EN LA CONTRATACIÓN»**

Victor Madrid Horna
Alfonso Rebaza González
Jorge Vega Soyer
Roger Vidal Ramos
Miguel Ramos Miraval
Jorge Beltrán Pacheco
Alfredo Soria Aguilar

Roger Vidal Ramos: Bien, agradecemos a todos. Nos vamos conectando para estar presentes en la segunda mesa, que va a ser dirigida por el doctor Víctor Madrid Horna.

Bueno, buenas tardes, Víctor.

Víctor Madrid Horna: Bueno, muy buenas tardes. Gracias, Roger, por el pase.

Primero un saludo a Mario. Qué bueno estar juntos aquí con destacados docentes ahora un poco más nacionales. He estado siguiendo la secuencia de las exposiciones sobre el tema de buena fe, muy interesante, la verdad. Solamente decir una cosa. Es para mí particularmente relevante poder participar con tan destacados colegas y profesionales.

He sido alumno de Mario Castillo Freyre en el curso de contratos y, parece mentira, aquellos que estamos involucrados en la cátedra, sabemos que la docencia es un magisterio, realmente, treinta años no son pocos. Treinta años es un tiempo bastante aquilatado que, en el caso particular de Mario, tenemos que también más compulsarlo con su obra.

Yo siempre me he preguntado, algún día seguramente Mario me lo va a decir, ¿cómo hace para escribir tanto, tan bien y no solamente en temas de derecho civil, porque Mario tiene temas de contratos, tiene temas de obligaciones, entra a arbitraje. No, un sinnúmero de temas en los que ha entrado de una manera bastante exhaustiva.

Entonces, quisiera que nos cuente ahora Mario, en un momento, nos cuente cómo hace para lograrlo, pero su cátedra ha sido muy fructífera y veo que también dentro de las personas que lo han sucedido en la docencia en muchos cursos, ha dejado, digamos, una siembra importante de cate-dráticos y de profesionales.

Muy bien, nuestra mesa está un poco con el tiempo. El tiempo que tenemos es un tiempo muy corto, aproximadamente, a cada expositor le voy a pedir que no se tome más de trece minutos, que es lo que me han indicado. Yo solamente voy a hacer una muy breve introducción para darle paso a los demás colegas.

Bueno, el tema que nos convoca en esta primera intervención de la tarde de este bloque en la mesa n.º 10, es el referido a los problemas que ocasiona la atipicidad en la contratación. O sea, vamos a hablar un poco de atipicidad.

Claro, de hecho, vamos a tener que hablar de tipicidad para hablar un poco de atipicidad. Sin embargo, yo solamente quería dejar planteadas algunas cuestiones, y, de esta manera, hacer mucho más eficiente el tiempo que tenemos en general, y tratar de alguna manera de contribuir con la moderación.

El Código Civil peruano del año 1984, a diferencia de su predecesor, tomó el camino que en ese momento, digamos, era una tendencia en materia de regulación de tipo contractual. Se incluyeron junto a la compraventa, el arrendamiento, contratos como el suministro, el mutuo, la donación, hospedaje, depósito, el contrato de locación que sabemos que tiene una serie de aspectos más, etc., y, entonces, el Código Civil, digamos, fiel a su tendencia, tuvo un capítulo destinado, cómo no, a los contratos

que el Código llamó nominados, pero sabemos que nos estamos refiriendo fundamentalmente a los contratos que tienen regulación propia: los contratos típicos.

Hoy en día, sin embargo, y de un tiempo a esta parte, no es poco lo que se ha escrito en relación a lo que se denomina la crisis, obviamente, no del contrato, sino de la positivización y de la regulación. Es decir, estamos experimentando momentos en los que la tecnología, la ciencia, el avance, han hecho que las formas contractuales mediante las cuales los privados satisfacen intereses, cada vez se hayan vuelto más vertiginosas.

O sea, hoy día es imposible poder, digamos, regular o tener en un solo *corpus* la enorme cantidad o variedad de mecanismos contractuales que las partes utilizan para satisfacer intereses y, menos aún, en un contexto en el que la tecnología, sobre todo y las nuevas formas que surgen en diferentes contextos, obligan a que las partes, obviamente, recurran a una autorregulación de intereses, cada vez, digamos, menos pegada a tipos contractuales.

A partir de toda esta experiencia que ha venido de menos a más, se ha venido, digamos, explorando, se ha venido escribiendo mucho sobre si es que, en realidad, en materia de técnica legislativa, ahora que, por ejemplo, estamos revisando el Código del 1984, deberíamos optar por persistir en la regulación de tipos contractuales como los que tenemos ahorita, o si, por el contrario, deberíamos repensar seriamente si es que el Código Civil o los Códigos, en general, deberían desregular los famosos contratos típicos.

Es un problema que lo dejo planteado, que seguramente a lo largo de lo que vamos a conversar, vamos a escuchar ideas sobre este particular, pero es un tema que, digamos, está muy vigente y se insiste bastante en relación a la técnica legislativa, en la que si es que, efectivamente, deberíamos seguir incluyendo contratos típicos en el Código Civil o en otros cuerpos normativos, o si, por el contrario, deberíamos dejar que los tipos contractuales se vayan distribuyendo a través de las normas especiales por ámbitos, o, si por último, deberíamos tender a regular y, más bien, fortalecer las normas de contratos parte general para que, digamos, no tengamos tanta subregulación.

Entonces, este es un tema un poco grueso, un poco general que, seguramente, está o va a subyacer a los temas que vamos a conversar.

Por otro lado, dejando de lado un poquito esto, yendo, digamos, a la estructura de los contratos típicos, me refiero a los del Código Civil, sabemos que la tipicidad legal y, seguramente, ustedes lo van a explicar mucho mejor que yo, básicamente, tiene una función: regular las normas especiales que se van a aplicar a cada tipo contractual, de manera que se facilite la contratación, y, obviamente, permita, a partir de justamente una recurrencia social sobre el manejo determinado de los contratos, que las partes puedan, simple y llanamente, reducir o minimizar el tiempo que toman en, obviamente, ordenar o estructurar un contrato de los más comunes. Me refiero a las compraventas, los arrendamientos, los suministros, etc. Y, entonces, la atipicidad juega un rol importante, digamos, en esta mira, en este orden.

Más o menos se podría decir que los problemas a que nos enfrentan los contratos atípicos, aquéllos que no tienen una regulación propia, independientemente, de que tengan o no *nomen iuris*, vendrían a ser, fundamentalmente, tres y, básicamente, podría resumirlo de la siguiente manera.

El primer problema es el tema de la calificación. ¿Qué pasa? Lo que pasa es que no es mucho lo que se ha investigado sobre los contratos atípicos, como pareciera, porque, obviamente, dentro de la categoría de contratos atípicos se puede incluir una serie enorme o variedad, digamos, de clasificaciones contractuales. Podemos hablar de los contratos mixtos, o también llamados contratos combinados; de los contratos híbridos, y entonces todo esto ha generado, digamos, diferentes maneras de enfocarlos en la doctrina. Me refiero a los contratos o los llamados contratos atípicos.

Y, entonces, el problema de la calificación, o sea de que nos encontramos frente a un tipo contractual, frente a qué estamos hablando, ya es un problema para un sector de la doctrina que considera que la atipicidad nos enfrente, en primer lugar, a un problema de calificación.

O sea, no sabemos exactamente frente a qué tipo de objeto contractual estamos, sobre todo cuando el objeto de un contrato típico puede enterver

más de un objeto o puede ser resultado de una combinación de un típico y un atípico, o puede ser el resultado, digamos de una creación de las más puras, que solamente nos lleva a la aplicación de las reglas generales contenidas, obviamente, en el Libro VII.

Por otro lado, otro de los grandes problemas que la doctrina señala, a los que nos enfrenta la atipicidad, fue el tema de la interpretación.

Obviamente, hemos escuchado un poco acerca de interpretación, que es un tema muy complejo, y es que, obviamente, la regulación de normas que tiene un contrato típico, obviamente, coadyuva a poder acercarse, digamos, fenoménicamente, al objeto contractual y entender la estructura del contrato y su lógica y su dinámica a partir de sus elementos constitutivos, etc., etc.

Y, obviamente, cuando el legislador atiende al tipo contractual los deja, más o menos, establecidos y esbozados. Claro, no digo que esto sea una solución absoluta; nosotros en el Código Civil tenemos aspectos contractuales de contratos típicos bastante oscuros, pero, sin embargo, en general, la atipicidad tiene por tendencia justamente generar esta facilidad a los operadores, de poder interpretar algunos aspectos pactados.

Cuándo estamos frente a un contrato típico, porque, precisamente, la disponibilidad de las normas de esta parte especial del Código Civil, ayuda a que, digamos, sea más entendible, más digerible, lo que las partes han querido pactar. Este es un tema interesante.

Otro tema interesante que la doctrina generalmente suele señalar como una limitación a la atipicidad, con un asunto que podría ser una contingencia, es el tema de la integración. Es decir, los contratos atípicos, obviamente, en el Código Civil quedan regulados y sujetos siempre a las reglas que gobiernan los actos jurídicos y a las reglas de contratos parte general, como decía Eduardo Barboza hace unos minutos: «Los contratos son una especie de actos jurídicos en el Código Civil peruano».

Y, entonces, sabemos que las nuevas normas que van interactuando y que se van integrando son, obviamente, las que le corresponden, digamos, a esta regla de género-especie, porque solamente la atipicidad tiene que ver con las reglas especiales. Es decir, si uno se pone a observar en el plano de la *praxis*, en el plano de lo fáctico, la tendencia actual es que la autonomía privada vaya permitiendo, y yo diría empujando a que los privados autoregulen intereses satisfaciendo intereses privados, obviamente, a través de una metodología bastante flexible que el Código Civil permite.

Podemos establecer tipos contractuales, podemos combinarlos, podemos tomar un contrato típico y un contrato atípico, o prestaciones de uno y de otro, podemos de una manera o, por último, prescindir de la denominación, y esto es absolutamente irrelevante jurídicamente, pero, digamos, el Código Civil nos permite tener contratos típicos y contratos atípicos y sabemos que los atípicos se someterían, en principio, a la regla de contratos parte general, acto jurídico, obligaciones, etc., y, simplemente, prescindirían de las reglas especiales.

Entonces, la atipicidad es un fenómeno que resulta, justamente, de observar a los contratos desregulados en normas especiales, no regulados porque tienen una regulación supletoria, obviamente, de las reglas generales. No, eso está fuera de discusión, pero se les suele llamar también desregulados, si los observamos desde esta particular perspectiva de la ausencia de normas especiales.

Entonces, pareciera que, y vuelvo un poco ahora sobre lo primero, pareciera que la tendencia en la práctica contractual es cada día más a servirse de modelos o figuras contractuales no necesariamente típicas, es decir, no digo que los contratos típicos vayan a desaparecer, ni mucho menos, porque eso sería un absurdo, casi, pero sí se van a incrementar figuras y se incrementan nuevos modelos contractuales en los que se combinan, tienen una parte de éste, una parte del otro, una parte menos de ésta, como decía, pueden ser combinados.

Y, entonces, toda la teoría, por ejemplo, de los contratos coligados que también tienen un impacto en esta clasificación, digamos, puede repensar-

se y, efectivamente, deberíamos, por lo menos, detener la regulación de los contratos típicos. Es decir, ya no se debería incluir más contratos típicos en el Código Civil, y, más bien, de pronto introducir algunas reglas generales más, digamos, muchísimo más específicas para los contratos atípicos —me refiero a la parte general— o deberíamos nosotros, a partir de la aparente, digamos, objeción a la atipicidad, o esta, digamos, observación a los problemas que nos puede traer en la práctica la atipicidad, digamos, dejar de regular más contratos típicos.

Es decir, esta primera cuestión que yo estoy planteando a la mesa y que, seguramente, ustedes me van a ayudar a repensar, es un asunto que nos obliga a trasuntar sobre si realmente los contratos atípicos tienen o merecen un tratamiento especial y, de esa manera, podríamos tener la regulación de los típicos en el Código Civil o en otras normas especiales, o —como dicen otros— deberíamos dejar el Código Civil de ahí, y en todo caso, todos los tipos contractuales se sumen, se vayan integrando a *corpus* normativos especiales, según sus ámbitos de aplicación: ámbito financiero, societario, etc.

Otros dicen: «No, ya, dejemos de regular contratos típicos en el Código y, simplemente, que se regulen en normas especiales, y de pronto fijemos algunos parámetros más generales en el Código Civil».

Esto lo leen algunos como una suerte de tendencia a la desregulación de la tipicidad y otros dicen que se trata de una tipicidad, pero, digamos, más diluida, más, digamos, por ámbitos.

Obviamente, eso nos lleva a pensar si realmente el Código Civil, en algún momento, debería prescindir también de los contratos típicos en el Código Civil, porque, por ejemplo, hay ámbitos normativos en el Código Civil que, digamos, han sido relevados por otros *corpus* normativos, por ejemplo, en contratos de compraventa; cuando hablamos de la norma del consumidor, la ley del consumidor, se ha llevado, digamos, una buena parte de normas. Yo diría que tiene un impacto práctico tremendo que el Código ya no lo tiene.

Entonces, eso para algunos autores les ha llevado a pensar que, finalmente, el Código debería volverse a pensar nuevamente, si es que vamos a insistir con mantener tipos contractuales.

Ahora, no me estoy ocupando de qué también están regulados los tipos contractuales en el Código Civil; nada es perfecto, pero, obviamente, el punto de partida es que la atipicidad tiene un rol facilitador, tiene un rol, incluso, hasta pedagógico y didáctico entre los usuarios del sistema porque permite, digamos, implementar y montar contratos con una facilidad que no tendrían, si es que no existieran, obviamente, los tipos especiales. Las partes, cuando compran, venden, alquilan, no tienen que pactar esa enorme cantidad de cláusulas que, obviamente, están, de alguna manera, resueltas, salvo pacto en contrario y la ley, facilita, ayuda. Incluso, en la práctica, digamos, doméstica, ya los operadores saben exactamente cuáles son las reglas generales de los contratos típicos, y, generalmente, o se pegan a ellas o se apartan de ellas, pero ya las conocen.

La tipicidad, obviamente, nos puede llevar a un lugar un poco más desolado porque las partes tienen que hacer un esfuerzo mayor en tener que, a veces, prever una serie de circunstancias que no están, obviamente, pactadas porque no tienen tipo.

Entonces, a partir, digamos, de estas interrogantes, yo abro la mesa para que, bajo esta dinámica volvamos a pensar, porque los problemas de la atipicidad nos llevan, obviamente, a pensar el rol que realmente deberían cumplir los contratos típicos en un sistema jurídico, y si es que esta técnica legislativa sería persistir o si es que, en realidad, deberíamos repensar una nueva manera de legislar sobre los tipos contractuales en atención a su importancia y su transcendencia, obviamente, en la práctica contractual.

Entonces, yo voy a dejarle el espacio al doctor Alfonso Rebaza para que, por el tiempo de trece minutos nos pueda compartir su exposición sobre el tema de la problemática de la tipicidad de la contratación.

Alfonso Rebaza González: Muchísimas gracias, Víctor.

Muy buenas tardes con todos. Mucho gusto de compartir este espacio, y antes de entrar en materia yo quisiera agradecer a los organizadores de este evento por esta invitación y, bueno, aprovechar para dirigirle unas palabras a nuestro querido Mario; recordar que Mario es profesor en la Pontificia Universidad Católica y en la Universidad de Lima y en la Unifé, hace muchísimos años. Es profesor de muchas generaciones y profesor de profesores, ya.

Su especialidad, naturalmente, está en el derecho de las obligaciones y el derecho de los contratos, y, claramente, muchos nos hemos formado leyendo los textos que él ha tenido la generosidad de compartir con nosotros y que hasta ahora viene escribiendo. Es uno de los autores más prolíficos en el Perú.

Y, en mi caso, me une una relación muy estrecha, porque aparte de que somos amigos hace muchos años, tenemos el vínculo a través de nuestro maestro Felipe Osterling, que fue la forma en que nos conocimos. Yo fui su alumno también, entonces, el vínculo que me une con Mario Castillo es doble porque fui su alumno y, además, compartimos la relación amical a través de nuestro maestro común, Osterling.

Entonces, para entrar en materia, efectivamente, el tema de la tipicidad es un tema de molde, y nosotros los abogados y los juristas, desde que entraron en la estructura de tener que diseñar los contratos, obviamente, tenían que establecer sistemas en que las personas iban a relacionarse. Y la forma era analizar y era establecer mecanismos clásicos por los cuales se regiría la contratación entre privados.

Y es así cómo el derecho romano fija moldes y establece cuatro tipos de contratos básicos, y la diferencia o, digamos, la razón principal de estar dentro de estos cuatro tipos de contratos, era la obligatoriedad. Si es que uno se salía un poco de estos contratos, el contrato dejaba de ser exigible y, de hecho, el derecho en esa época era muy formal. Y, si es que tú no cumplías con los requisitos de estos contratos, simplemente, al momento de reclamarlo, la autoridad no lo reconocía.

Entonces, era una razón no menor para que los contratos típicos pesaran y para que las partes se preocuparan de regirse por la tipicidad.

Obviamente, las relaciones comerciales y la libertad de las partes siempre supera cualquier regulación legal. Y eso es lo que ocurre, y las relaciones van mucho más allá e, inevitablemente, estos cuatro pilares que trata de establecer el derecho romano se quedan cortos, e, inevitablemente, empiezan a surgir figuras atípicas que vienen desde variantes de alguno de los tipos, combinaciones entre ellos, figuras analógicas o figuras completamente distintas; y es ahí donde la atipicidad empieza a surgir, no sé si como una variante de la tipicidad o, tal vez, la atipicidad siempre estuvo, y el esfuerzo que hizo o que hicieron estos legisladores por tratar de aglutinar estas relaciones comerciales dentro de cuatro figuras, fue un esfuerzo que, claramente, al final iba a ser insuficiente, y al final se iba a quedar corto.

A esto sumamos los principios de libertad de contratar y ya los principios, digamos, más liberales que vienen con los nuevos Códigos o con la Revolución Francesa, y a partir de eso es que ya la atipicidad se convierte en un fenómeno general. Y la regla es que tratemos de fijar en contratos individuales lo que se pueda, porque inevitablemente las relaciones van a seguir tan rápido que, al final, vamos a tener más contratos atípicos que contratos típicos.

Yo he estado revisando justamente para esta reunión y, en realidad, el criterio definitivo para la tipicidad es la regulación legal. O sea, finalmente, tratar de calificar un contrato como típico tiene su criterio más fuerte en la regulación legal. Y, claro, yo no sabría decirles si la tendencia es una tendencia hacia tener una libertad total en cuanto a hacer que los contratos sean atípicos y regir por libertad contractual y principios generales o tratar de tener la mayor cantidad posible de contratos típicos que simplifiquen la libertad contractual.

Y yo quería referirme a un fenómeno que ocurre en el año 1992, que es el tema que yo veo, además, con la promulgación de la Ley General de Minería.

En la Ley General de Minería aparecen dos contratos típicos que, tal vez, no eran indispensables, pero los contratos típicos lo concreto es que se dan. Y el primer contrato es la cesión minera. La cesión minera es un contrato típico que está regulado en la Ley General de Minería; es más, existe un registro especial para inscribir las cesiones mineras y no es otra cosa que una transferencia a favor de un tercero, de un derecho que tiene un privado a explotar un recurso natural, que son los recursos naturales que tiene el Estado y se los concede a favor de un privado, que son las concesiones mineras.

Entonces, cuando es titular de una concesión minera, lo que hace es, tiene la posibilidad de entregárselo a un tercero y cobrar una contraprestación. Normalmente, la contraprestación que uno cobra es un porcentaje de lo que se extrae, mediante la explotación de esa concesión.

Entonces, ese mecanismo se llama cesión minera; es un contrato que está regulado, perfectamente pudo manejarse a través de un usufructo o sí, perfectamente pudo manejarse a través de un usufructo o a través de un contrato atípico, pero esto se venía dando hace mucho tiempo. Es una figura muy común en una industria muy cercana a un país como el Perú, que es un país eminentemente minero; y el legislador decidió recogerla y decidió regularla, y decidió crear un registro especial, además, para darle publicidad.

Y la razón por la que lo hizo es para dar seguridad a la práctica que se venía dando dentro de este sector, y, desde luego, para promover y para mantener esta práctica porque a la economía y, digamos, a los mecanismos de desarrollo de la industria peruana, en el año 1992, cuando se produce esta norma, le interesaba que este mecanismo siga funcionando.

Entonces, en ese momento, la decisión fue «oye, no demos libertad a la regulación de este tipo de figura, sino más bien, regulémosla, y creemos este contrato típico».

La otra figura que me llama la atención es la compraventa de minerales. Nuestros queridos recursos minerales peruanos que exportamos al

extranjero y que son, digamos, una base importante para el desarrollo de la economía peruana, nosotros los exportamos a través de una figura; de una figura muy extraña, en realidad, porque se hacen, muchos se hacen bajo ley peruana sometida a jueces peruanos y jurisdicción peruana y sería una compraventa de concentrados; una compraventa de minerales, pero, en realidad, el concepto es un concepto que viene de legislaciones extranjeras y es un concepto de *offtake agreement*. De hecho, cuando se traduce, nunca se traduce como compraventa de minerales, sino siempre se traduce como *offtake agreement*.

Y, ¿qué es un *offtake agreement*? Un *offtake agreement* es más parecido a un suministro que a una compraventa. Y, claro, en qué consiste. No es necesariamente bien por precio, obviamente, hay entrega de concentrados, que es nuestro mineral y, obviamente, el pago de una contraprestación.

Pero, esta entrega del concentrado está asociada a la producción. Es decir, no es una entrega de un bien que existe; es un bien que todavía no existe, porque hay que sacarlo de la tierra; hay que producirlo; hay que pasarlo por una planta; el bien es futuro; hay que producirlo todavía, pero el bien está, el recurso está. Tiene que pasar por un proceso productivo; el vendedor es la compañía que se compromete a entregarlo, tiene que realizar una serie de actividades y el comprador, y, además, el precio lo fija en función a variables que son variables internacionales de precio de mineral.

Entonces, estas variables se pueden regir por ley peruana, se pueden regir por ley extranjera, pero lo concreto es que todo se ejecute en el Perú. Y esto es un contrato típico, digamos, de hecho, son modelos estandarizados, no está regulado; ésta es una atipicidad social, no es una atipicidad que está dada por la ley; es una atipicidad social, pero, digamos, son modelos estándares que nadie los cambia; es un uso y costumbre en la forma de vender concentrados de mineral en el Perú y se usa, y, digamos, es una práctica muy común en la industria.

Entonces, digamos, lo que yo veo es que, en general, en el desarrollo de las industrias, la tendencia es a simplificar, y en esta finalidad de simplificar, ya sea mediante reglas de tipicidad social, como el caso de la compra-

venta de concentrados, donde, al final, mediante convenciones se llega a un modelo tan duro que, por más que no haya una ley que diga que tiene que ser así, nadie lo cambia y todos se rigen bajo ese modelo, ya sea bajo ley peruana o ley extranjera, o mediante una ley, en el caso de la cesión minera.

La tendencia es a tener estructuras que hagan que las operaciones sean estándares, y estas operaciones estándares permitan que cada vez que se vaya a contratar sobre este esquema, la operación sea rápida, sea predecible y fluya.

Claro, la atipicidad nos ofrece reglas; las reglas de absorción, de analogía o de utilizar contrato mixto, pero estas reglas son reglas que requieren interpretación o requieren acuerdo de las partes, requieren aplicación analógica, son reglas que pueden ser complejas.

Entonces, yo creo que, al final, estas reglas, si bien pueden permitir aplicar principios generales o aplicar contratos típicos para adecuar figuras nuevas a estos contratos, la fuerza que le da una actividad económica o la fuerza que le da un determinado sector a una relación contractual va a ser que la tendencia económica y la tendencia del ser humano vaya a querer tener una estructura fija, que es lo que ocurrió al inicio con esos cuatro modelos de contrato que establecen los romanos, y que, finalmente, tratan de coger todo.

Ésos son mis comentarios.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Alfonso. Un gran abrazo.

Alfonso Rebaza González: Muchas gracias.

Víctor Madrid Horna: Bueno, muchas gracias, sí, muchas gracias.

Y, entonces, vamos a darle el paso de inmediato a Jorge Vega Soyer, que también está con nosotros, también conocido profesor y compañero.

Nada, Jorge, te escuchamos.

Jorge Vega Soyer: Bien, expresarles el gusto que tengo en participar en este evento de homenaje a Mario, gran amigo, por supuesto, compañero como abogado, como árbitro de toda la vida.

Bueno, el tiempo es corto, así que vamos directamente al grano.

Es muy interesante ese tema de la importancia de la tipicidad, pero yo creo que quisiera ir un poquito más atrás, o sea, qué cosa es la atipicidad.

La atipicidad proviene del concepto tipo, y el concepto tipo es algo que vive de mucho más atrás del derecho. Es un concepto filosófico; es un concepto de la filosofía, incluso, alemán. Es algo muy alemán, porque el tipo para los filósofos alemanes son aquellas características que hacen que un grupo de especies que pertenecen a un género, se distingan entre sí. Se dice que son las características secundarias que hacen que una especie se distinga de otra, respecto de un género. Y eso se aplica absolutamente a todo. A biología, a cualquier ciencia natural que podamos imaginar y, por supuesto, en un momento esto cae en el derecho.

Entonces, claro, nosotros tenemos un concepto general, que es el contrato, el contrato parte general que tenemos en nuestro Código Civil. Y luego empiezan a aparecer los contratos específicos, que son los contratos típicos porque tienen un tipo. Y esto qué significa, que tienen características que las distinguen a estas fórmulas contractuales de otras que pueden ser similares.

¿Por qué se hace esto?, ¿por qué la tipicidad? Porque como muy bien decían Víctor y Alfonso cuando me antecedian, lo que el derecho busca es reducir costos de transacción. Es decir, plantea lo siguiente y dice: «Bueno, si en una sociedad o en una economía se celebran constantemente contratos donde alguien transfiere una propiedad, que cada uno paga un precio, pues, a eso le pongo un nombre, que es la compraventa. Y, además, esos contratos normalmente contienen una serie de cláusulas y dispositivos, y

para reducir esa larga negociación, yo establezco un modelo típico; ésas son las reglas de la compraventa.

Y, de pronto, eso mismo ocurre con el caso en el que alguien ceda temporalmente el uso de un bien a cambio de una renta y se crea el arrendamiento y la prestación de servicios, el suministro, etc.

Entonces, claro, la tipicidad es muy importante, porque creo que cuando es un contrato que tiene mucho uso, o si cabe el término en una sociedad, en una economía, pues nos permite reducir estos costos de transacción.

Pero, la paradoja viene cuando qué es lo que sucede cuando se empieza a regular demasiado ese contrato típico y ocurren dos cosas: la primera, que también va en línea de lo que mencionaban Víctor y Alfonso, y es cuando el tiempo hace que este contrato que estuvo pensado para décadas o siglos atrás, hoy día se convierte en algo totalmente anacrónico.

Más aún, con la forma cómo hoy día, pues, la ciencia, la tecnología hace que, de repente, de un año al otro, ya lo que era moderno antes, hoy día es algo pasado de moda. Entonces, hay un tema ahí importante; o sea, las cláusulas contractuales que, de repente, hace diez, quince, veinte años, eran lógicas de incluirse en un contrato, hoy día ya no tienen sentido.

Entonces, esas disposiciones que se han incluido en la norma que tipifica en el contrato, terminan siendo algo que más que aportar, complica el contrato.

Y la otra, ojo, que no podemos apartar de la vista eso, es que muchas veces hay legisladores que crean contratos desde un escritorio, sin, digamos, como se dice comúnmente, ensuciarse los zapatos yendo a la calle, como a veces se menciona, realmente funciona ese contrato y se crean contratos típicos que se apartan totalmente de lo que ocurre en la realidad.

Entonces, yo creo que ése es un problema que, digo, paradójicamente ha hecho que la tipicidad que creo es importante porque reduce muchos

costos de transacción, ha llevado, pues, a que mucha gente deje de usar los contratos típicos, y éstos se conviertan en figuras casi de museo, y opten por figuras alternativas y muchas veces creativas y me vienen a la mente dos casos. El caso del arrendamiento clásico que conocemos, que veo usarse en todas las operaciones donde hay una cesión de uso a cambio de una renta.

Sin embargo, sabemos perfectamente bien, y quienes estamos más en la práctica del día a día, que estos arrendamientos son imposibles de usar en contratos a largo plazo. ¿Por qué? Porque tenemos una norma en el contrato de arrendamiento que establece un plazo máximo de duración de diez años.

Entonces, cuál es la salida. La salida natural es alguien que dice: «Oye, yo quiero los diez años, como propietario. Tú como inquilino, como arrendatario, ¿quieres los diez años? Sí lo queremos, pero las normas nos lo impiden. ¿Qué hacemos? Pero, busquemos un contrato alterno, parecido al arrendamiento, que ni siquiera es un contrato típico como tal, pero que me permita irme más allá de los diez años».

Y creamos el famoso contrato «de superficie» o el contrato «de usufructo», y, en realidad, están pensados en el Código peruano, al menos, como derechos reales, pero creativamente van, de alguna manera, armando estos contratos de usufructo y superficie.

Y es curioso que hoy día las grandes operaciones de los negocios donde debería estar involucrado el arrendamiento, con toda su regulación típica que está en el Código Civil. Esas operaciones no utilizan el arrendamiento como vehículo para ceder el bien, sea éste mueble o inmueble, y a cambio pagar una renta. Si no se utilizan el usufructo o la superficie.

Otro caso que tenemos es aun cuando técnicamente, no sea un contrato típico, es el caso de la hipoteca. La hipoteca, qué duda cabe, es una garantía real accesoria a un contrato principal, normalmente, un contrato de mutuo, un contrato donde hay de por medio un financiamiento. Pero, finalmente, esta hipoteca es un contrato. Pero, tiene un problema, bueno, dependiendo de cómo lo veamos. Desde mi punto de vista, tiene un pro-

blema. Y es que contiene esta prohibición al pacto comisorio. ¿Qué es el pacto comisorio? Es esta posibilidad de pactar entre las partes que, ante la falta de pago del deudor, el acreedor mantenga o se quede con las propiedades.

A mí me llama la atención que se mantenga esta regla de prohibición al pacto comisorio, porque, por ejemplo, la Ley de Garantía Mobiliaria, vigente desde el año 2006 y recientemente modificada, permite el pacto comisorio curiosamente, en el caso de los bienes muebles, y viene, pues, toda esta discusión de por qué en el caso de bienes muebles sí se permite el pacto comisorio y en el caso de bien inmueble, no.

Pero, en fin, ¿a qué lleva esto? A lo que lleva esto es a que las partes también digan: «Oye, yo no voy, pues, al presupuesto de incumplimiento; a embarcarme en un larguísimo proceso de ejecución judicial donde van a ocurrir muchas cosas».

Pero, la primera de ellas, es que normalmente el bien va a sufrir una depreciación y, obviamente, todo el tiempo que esto va a demorar, va a generar un desincentivo para que yo preste a una tasa de interés adecuada.

Entonces, las partes, obviamente, buscan figuras alternas. Una ha sido, en algún momento, la figura del pacto de retroventa, pero sabemos que el pacto de retroventa no ha tenido una utilidad práctica. ¿Por qué? Porque la retroventa justamente tiene unos candados especiales en nuestro Código Civil, que son que el precio a pagar por la retroventa no puede ser superior al precio en que se vende el bien.

Entonces, no hay un incentivo de financiamiento. Y, por otro lado, es que el plazo para ejercer la opción de la retroventa es muy corto. Entonces, no incentiva financiamientos a largo plazo.

Entonces, la figura que ha aparecido como reemplazo de la hipoteca con la prohibición del pacto comisorio, es la figura, pues, del fideicomiso en garantía.

Hoy día es muy raro que haya una operación de gran envergadura donde, si hay una garantía, que esa garantía no sea un fideicomiso en garantía. Cuando lo que debería pasar es que utilicemos la figura normal; la típica, por llamarla de alguna manera, que es la hipoteca.

Sin embargo, esta complejidad que hay en la ejecución de la garantía y la prohibición del pacto comisorio, hace que la gente utilice el fideicomiso en garantía. ¿Cuál es el problema? El problema es que, como todos sabemos, el fideicomiso en garantía tiene una regulación bastante estricta en nuestro medio; y, al margen de eso, el fideicomiso en garantía, como en general los fideicomisos, tienen un costo que cobra el fiduciario, que es un costo muy alto, lo cual hace que muchas veces no sea atractiva; y, en todo caso, no sea rentable para la operación. Éstos son, creo, dos ejemplos que grafican cómo es que cuando se tipifica un contrato, pero éste que se regula sin actualizarse o *adjournarse*, como se dice, a los tiempos, estos contratos empiezan a convertirse en una especie de figuras teóricas que cada vez se utilizan menos.

Justamente, digo, la paradoja es que el arrendamiento, que es la figura por excelencia, donde se cede un bien a cambio de una renta, cada vez es menos, y se utilizan cosas extrañas como el usufructo y la superficie.

O también que tengamos regulaciones, donde, muchas veces el legislador no ha aterrizado, no ha visto en la práctica cómo funciona esa figura, y establece, pues, una serie de mecanismos y de normas y regulaciones que hacen que la figura se convierta en poco atractiva, lo cual hace que, obviamente, la gente, los operadores económicos y los operadores jurídicos busquen inmediatamente figuras alternas.

El caso de la hipoteca. Es muy difícil hoy en día encontrar una gran operación donde la garantía sea solamente una hipoteca o una garantía mobiliaria. Normalmente lo que se solicita es algún tipo de fideicomiso sofisticado en garantía. Lo cual, repito, no es malo. O sea, no digo que el que ellos usen sea malo. Lo que ocurre es que muchas veces es caro y es inaccesible para algunos operadores económicos. Lo cual creo que no es la idea última que estaba detrás de esta lógica de la tipicidad de los contratos,

que es a lo que me refería al comienzo y, de alguna manera, ya Víctor y Alfonso habían adelantado.

Entonces, son esas reflexiones las que yo quería hacer sobre la tipicidad. Definitivamente, creo que es un tema para conversar de largo; sin embargo, creo que ha sido una bonita oportunidad y, más aún, en un evento como este en homenaje a alguien tan querido como Mario.

Muchas gracias y esta fue mi ponencia.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Jorge. Un abrazo.

Víctor Madrid Horna: Muchas gracias, Jorge, y qué interesante para seguir el hilo porque, por ejemplo, has reflexionado sobre algunos inconvenientes de la tipicidad, de la tipicidad que no se dinamiza; y nos hace pensar otra vez si es que, efectivamente, los problemas están en la tipicidad. También hay problemas en el ámbito de la tipicidad, solamente en la atipicidad. Entonces, vamos a seguir con estas reflexiones en torno a los inconvenientes que podrían traer los contratos atípicos, y en esta oportunidad, entonces, le cedemos la palabra al doctor Roger Vidal Ramos, para que por el mismo tiempo pueda exponer algunas ideas sobre ese tema.

Te escuchamos.

Roger Vidal Ramos: ¿Qué tal, Víctor? Gracias.

Bueno, en primer término, voy a saludar al profesor Mario Castillo Freyre, brevemente. Yo conozco a Mario en el año 2014, en un congreso de derecho civil en la Universidad Católica, y lo que me llamó la atención mucho de Mario fue esa defensa del Código Civil, junto a su maestro el doctor Osterling.

A las pocas semanas pude visitar su biblioteca; desde ahí comenzó, pues, una amistad de muchos años. La comunidad jurídica peruana tiene que agradecer a Mario Castillo esos dos aportes muy importantes en el derecho civil y el arbitraje.

Considero que ha dado oportunidad a colegas, árbitros, magistrados, a muchos profesores, de poder publicar sus obras. Qué importante es esto. Esto consolida al profesor Mario Castillo en un personaje muy importante. Es resaltante esta labor de la *Biblioteca de Arbitraje*, la *Biblioteca de Derecho Civil*, y cómo esta cátedra no sólo se brinda en la ciudad de Lima. Mario Castillo es profesor *Honoris causa* de la Universidad Hermilio Valdizán de Huánuco, de donde yo soy egresado, y junto aquí con el profesor Jorge Beltrán, son unos de los fundadores del Congreso Nacional de Derecho Civil. Somos testigos de todos los años que Mario ha estado participando. También acá tenemos al profesor Alfredo Soria, en general, a muchos de los colegas que están presentes, y resaltar ese gran cariño del que yo pude ser testigo por cuatro o cinco años, que Mario profesaba a su maestro don Felipe Osterling. Ese cariño, esa sinceridad, ese respeto, esa integridad que es bien importante, y eso resalta que el profesor Castillo reciba un homenaje muy importante de todas las generaciones.

Mención aparte es de resaltar el apoyo que Mario ha brindado a muchos estudiantes, en revistas, brindando artículos, dando sugerencias, pautas y eso es resaltante en él.

Consideramos que estos treinta años son el inicio de una nueva etapa. Tome usted, Mario, este homenaje de muchas personas, tanto de Perú, de provincias y del extranjero que, durante estas tres jornadas y a lo largo de su trayectoria y los próximos años que van a seguir, vamos a poder ir compartiendo otros escenarios.

Bien, qué importante es el tema mencionado por Víctor. Víctor tuvo un inicio muy importante marcando un poco las pautas, y la primera reflexión que puedo tener en cuenta es que faltaría, de pronto, un congreso, únicamente, para analizar los problemas de la tipicidad y la atipicidad.

Pero, yo considero que el Perú como muchos de los países de la región, sobre todo en los contratos mercantiles, en los contratos corporativos, y hemos ingresado a estar incorporando cláusulas y reglas contractuales de otros países.

Ya lo comentaba Alfonso, en el sentido de que somos un país minero, en un contrato con una subcontratista minera, sea el suministro de la construcción, es muy usual encontrar cláusulas de confidencialidad, de trato previo, de no competencia, lo cual torna, desde el punto de vista ya de quien quiere tener una posición de protección dentro de un esquema contractual, junto con las normas del Código Civil tradicionales, el principio de buena fe, el principio de las prohibiciones del abuso del derecho, este principio de la fuerza obligatoria de los contratos, yo considero de lo que se puede encadenar es que surja una protección complementaria.

Si bien tienen estos contratos, como ya lo comentaba Jorge, en el sentido de que se podrían estar incluyendo normas de otros sistemas jurídicos complementarios, como los contratos modernos, pero considero que se están complementando.

Sólo a manera de ejemplo, en estos tiempos de covid-19, mucho se discute que en el Perú, no existe una norma que imponga al acreedor y el deudor que se pueda renegociar los contratos, pero si ingresamos a la famosa cláusula escalonada, que podría estar presente en un contrato de construcción o un contrato de suministro, donde antes de la resolución del contrato o antes de acudir a la vía arbitral, se impone que las partes, mutuamente, puedan arreglar un trato previo. Este trato previo no es otra cosa que una negociación en la cual, durante cierta cantidad de días o de semanas, las partes tendrán que remitirse correos electrónicos, cartas y, si no existe este acuerdo, van a culminar y van a ingresar a una vía litigiosa.

Entonces, esta posibilidad de la renegociación vía cláusula escalonada o en el trato previo, no la encontramos en el Código Civil, pero se encuentra complementada con un principio contractual atípico.

Por otro lado, es importante mencionar que tenemos un instrumento contractual muy importante que, en muchas ocasiones no se usa, que es el Tratado de la Compraventa de Viena, que este año está cumpliendo treinta años y donde estos principios contractuales que se encuentran inspirados en Códigos Civiles, se encuentran inspirados en el Tratado de Viena.

Entonces, yo considero que, tanto las reglas de los contratos atípicos, como los típicos se complementan; considero que podríamos estar frente a que las reglas atípicas se estarían distorsionando, los contratos típicos, pero, sin embargo, eso ya a título muy personal, considero que conforme a las transacciones que se vienen dando en el Perú en el sector de minería, de pesca, de hidrocarburos, de construcción, tampoco podemos obviar que, pues, el Código Civil está quedando con ciertas reglas muy generales, que siempre van a tener que ser incorporadas en un esquema contractual, pero, sin embargo, vamos a ir dejando de utilizar los contratos típicos para, mediante estas prácticas contractuales, poder prevenir lo que siempre se debe de asumir en un contrato, que son riesgos; riesgos económicos, los costos que podríamos asumir de un incumplimiento, ante, pues, una imposición de una penalidad abusiva, los costos que incurre el pactar o no una cláusula de caso fortuito y fuerza mayor.

Por eso considero que, tanto las reglas contractuales típicas como las atípicas se complementan, considero que tranquilamente pueden convivir en armonía y quizás en el Perú y en nuestro continente, como ya lo vienen trabajando en muchos países, sería muy importante establecer algunas reglas contractuales, como están haciendo en Europa, un poco para armonizar estos principios contractuales porque la contratación en contratos mercantiles modernos es muy masiva, y en el Perú ya se tiene estos tipos de contratos que van cada vez incorporando reglas contractuales como los llamados *compliance*, que pueden ingresar en temas tributarios, ambientales, marcarios, y estos contratos están dotados de importantes aportes de otros países, que ya forman parte de un esquema contractual.

O el hecho de que se obvie y que no se entienda que la contratación privada, sobre todo en sectores financieros y de minería, hace muchos años que ya se encuentran bajo estos contratos atípicos.

Bueno, finalmente, quiero resaltar otra vez la importante trayectoria del profesor Mario Castillo durante todos estos años. Reiterarle nuestra admiración, nuestro respeto. Esperamos en un plazo muy breve otra vez estar todos reunidos.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias a ti, querido Roger por todo el esfuerzo para este evento. Con todo el cariño.

Víctor Madrid Horna: Sí, muchas gracias, Roger.

Te agradezco porque veo que estamos tratando de cumplir nuestro tiempo, que yo sé que es bastante cruel y mezquino, pero les agradezco porque tienen la destreza de que en poco tiempo están, digamos, trasladando y compartiendo ideas que nos pueden retroalimentar.

Muy bien, ahora voy a ceder el uso de la palabra al doctor Miguel Ramos Miraval, quien también nos acompaña ahora, para que también pueda compartir algunas ideas que él puede, obviamente, traer a esta mesa sobre la problemática de la atipicidad en la contratación.

Lo escuchamos, doctor.

Miguel Ramos Miraval: Muy agradecido, doctor Madrid. Muy agradecido también a los organizadores de este evento.

Doctor Castillo Freyre, tenemos nosotros el lujo de tenerlo como profesor en la sección de postgrado de la Universidad San Martín de Porres.

Siempre el doctor colaborando, no sólo con los demás profesores, sino también con los alumnos, doctor, y eso se reconoce muchísimo.

Doctor, son treinta años. No es poca cosa, son treinta años de vida académica, pero vea doctor, no sólo son treinta años en sí de dictar clases, son treinta años de formación de abogados.

Imagínese usted los cientos de abogados que han salido, recibiendo no sólo conocimiento, sino recibiendo también ejemplo de vida, doctor, que es algo que vale muchísimo más, que es lo que a uno le puede quedar en el cerebro.

Entonces, doctor, usted tiene que sentirse doblemente agradecido, por dar la posibilidad no sólo de impartir conocimientos, sino también, inclusive, de mostrar con su decencia cómo es que una persona debe llevar adelante una vida académica y profesional, y por ello, doctor, felicitaciones, que sean todavía treinta años más.

Dios quiera, doctor, que de acá a treinta años tengamos un evento tengamos un evento, posiblemente, ya virtual, cibernético, en el cual podamos todos juntarnos.

Y recuerde, doctor, y cogiendo un lema comercial, «la calidad nunca pasa de moda», doctor. O sea, tenemos para el doctor Mario Castillo Freyre, tiempo de tiempo.

Voy a tratar de respetar el tiempo que se me ha concedido para esta exposición, trasladando y pretendiendo dar algunas ideas sobre el tema.

Cuando revisamos el Código Civil, en el artículo 1353, encontramos, pues, que hay un mandato de la norma para que los contratos se sujeten a las normas contenidas en la sección primera del Libro VII del Código Civil. Y el Código nos dice, pues, que todo contrato privado se somete a estas normas. No puede escapar ninguno.

A partir de ello, ni los contratos —el Código hace referencia a los innominados— pero preferimos hablar de los contratos típicos o atípicos, se pueden escapar de lo que indica la ley.

Entonces, una primera pregunta que tendríamos que hacer es cómo es que surge este contrato típico. Bueno, surge a partir de la facultad que da la misma ley a las partes contratantes en el artículo 1354, para que ellas puedan diseñar este muñeco al cual llamamos contrato, y, a su vez, le coloquen el ropaje que deseen, siempre y cuando, cuidando de no afectar normas imperativas, no afectar el orden público, no afectar las buenas costumbres.

Preguntaba el profesor Madrid, «oiga, pero ¿y estaría, sería bueno eso, permitirlo?

Bueno, los contratos típicos son producto de la imaginación de las partes contratantes a partir de sus necesidades, a partir del tráfico comercial y son ellos quienes, a partir de las situaciones que le puedan beneficiar, es que diseñan este contrato.

Entonces, yo creo que mientras exista la imaginación en la parte contratante y la necesidad de que esta persona debe de cubrir, debería permitírsele a las partes diseñar el contrato y, de ser el caso, sin que ello pueda, digamos, implicar un exceso, pero, de ser el caso, que la ley pueda acoger estas figuras que las partes creen en la práctica.

Mencionaba el profesor Vega que sería impensable o sería bueno que el legislador, antes de pensar en una figura contractual, vaya a la cancha y vea cómo son las cosas. Y es que es lo lógico, porque no podría surgir la regulación de un contrato si es que no se advierte cómo es que funciona en la práctica, cómo es que la doctrina lo viene tratando, y cómo la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, y cogiendo todas estas experiencias, es que el legislador debería decir: «Bueno, esta figura la regulo de esta forma».

Recordemos que, a diferencia de lo que ocurre en los derechos reales, en el caso peruano, el legislador no tiene, no adopta el criterio de *numerus clausus* para los contratos. Le da la posibilidad de que las partes contraten en la forma que prefieran, vuelvo a repetir, respetando las normas imperativas y aquéllas que limitan la afectación al orden público o a las buenas costumbres.

Yéndonos a los problemas que puede, que causaría la tipicidad contractual. Yo creo que el problema estaría en la ausencia o el resolver los conflictos que surjan a partir de la interpretación y la ejecución de los contratos, porque no tendríamos una norma expresa.

Intentábamos buscar, pues, algunos criterios que nos permitan ayudar a superar este inconveniente. Revisaba el Código Civil y Comercial argentino del 2015, y veo que ellos tienen una norma, que es la del artículo 970. Me permito leerla: Dice: «Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según la ley los regula especialmente o no. Los contratos nominados están regidos en el siguiente orden».

Y hacen ahí una precisión de cómo es que se entendería que se solucionarían los conflictos que surjan a partir de la interpretación y ejecución de los contratos atípicos; que llamaríamos nosotros «atípicos».

En primer lugar, dice: la voluntad de las partes. Bueno, es lógico, hay que buscar, digamos, qué es lo que quisieron las partes contratar. Qué es, cuál fe la causa del contrato como para resolver este conflicto.

En segundo lugar, nos indican las normas generales de contratos y obligaciones.

Tercero, los usos y prácticas del lugar de celebración.

Cuarto, las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines, que son compatibles y se adecúan a su finalidad.

Encontramos este criterio en el Código Civil y Comercial argentino, y cuando hacemos una revisión del anteproyecto del Código que se ha publicado el 2018, si es que no me equivoco, no encontramos norma similar, y mantenemos, entonces, el artículo 1353, que nos dice, pues, que todos los contratos se someten a las normas generales de contratación que establece el Código.

Pero, ello es insuficiente. En la práctica vamos a encontrar conflictos que surgen a partir de los contratos innominados, que no vamos a encontrar su respuesta en las normas de contratación y, de repente, intentaríamos buscar respuestas en los principios generales del derecho, e intentaríamos buscar respuestas en las normas generales imperativas y supletorias, previstas en el Libro de Contratos y en el Libro de Obligaciones, pretenderíamos buscar soluciones en los usos y costumbres de la plaza donde se lleve a cabo, donde se presten los efectos del contrato.

Pero, pues, éstas son suposiciones, porque no tenemos una norma como la que indica el Código Civil y Comercial argentino. Entonces, esto nos obliga, pues, a replantear y volviendo a la pregunta que nos formulaba el doctor Madrid, qué hacemos para superar los inconvenientes que surjan a partir de

los contratos atípicos; conviene positivizar los contratos si es que el tema lo planteamos en la forma que mencionamos; si es que en la práctica ocurren determinadas actividades; si estas actividades están generando conflictos y no tenemos normas ciertas; más conflictos se van a producir.

Mi criterio es que cojamos esta práctica contractual, regulémosla y positivicémosla en el texto legal porque mientras no, y mientras no tengamos una norma que nos diga claramente cómo solucionar conflictos, vamos a mantener la incertidumbre, y todo esto va a recaer, pues, en pérdidas, que no es lo que se busca en la contratación.

Mi intervención, señores, es haciendo referencia, entonces, puntualmente, a estos inconvenientes que surjan a partir de la atipicidad contractual, sumando todo lo que han conversado los profesores que anteriormente me han antecedido.

Nuevamente, agradezco la oportunidad que se me ha dado para expresar estas palabras y, doctor Castillo Freyre, muy agradecido por usted. Dios quiera que su don de gente y su capacidad profesional nos siga iluminando a todos aquellos que todavía estamos siendo formados.

Muy agradecido, doctor Castillo.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Miguel, un gran abrazo. Gracias por todo.

Víctor Madrid Horna: Muchas gracias, doctor Miguel.

De verdad qué interesante la reflexión. Y también agradecido porque veo que siguen cumpliendo el tiempo de manera muy estricta, y eso permite que los demás expositores puedan seguir participando con el tiempo que les corresponde.

Le vamos a ceder la palabra ahora al doctor Jorge Beltrán Pacheco, que nos acompaña ahora. También reconocido colega y catedrático, también.

Jorge, te escuchamos.

Jorge Beltrán Pacheco: Muchas gracias, mi estimado Víctor. Muy buenas noches con cada uno de ustedes.

Mario, mi estimado gran amigo. Estoy aquí un poco tardío en la invitación de lo que concierne a tu homenaje, pero tú sabías que tenía que estar presente, sí o sí, por el cariño que te tengo y por los años que nos conocemos.

No sé si recordarás, pero yo empecé a enseñar en la Universidad Católica un agosto de 1998, o sea, hace veintidós años, y a la primera persona a la que conocí cuando ya estaba en la cátedra, titular, fue a mi estimado Mario, porque estábamos en la cátedra de contratos típicos. Y nos tocaba revisar el sílabo y los contenidos con Mario. La diferencia entre un maestro que estaba en la universidad tantos años y un novel profesor que empezaba a los veintiún años o a los veintidós, si no me equivoco, a enseñar en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y fue acogido con gran cariño.

Pero hay una cosa con Mario que nos caracteriza y es que unimos el teatro y la docencia al momento de las exposiciones. Por eso es que a mí se me es difícil hablar parametrado en tiempos, y he tenido que escribir mi «ponencia», cosa que nunca hago, o además también tenerla acá en un Power Point, pero que no voy a exhibir, porque he visto que todos mis compañeros han hablado de manera directa, sin las diapositivas, con el ánimo de tener esa libertad de comunicación.

Entonces, con Mario tenemos esa característica, unir un poco, incluso, hasta la comicidad, mi estimado Mario, y tú lo sabes, cuando tenemos que explicar con simpleza los contenidos del derecho. Porque algo que nos caracteriza a los abogados, es hablar difícil, y a pesar de hablar muchas cosas, al final no sabemos si el auditorio nos entendió o no nos entendió. Lo único que sabemos es que nos aplaudió. Ahora qué habrá aplaudido, qué habrá considerado. Bueno, como dicen, probablemente, les pareció bonito cómo hablábamos y, por ende, aplaudió esa manera de disertar.

Ahora, me entendió el mensaje de fondo, fui efectivo. Al final, profesor, después hablamos ese tema, ¿cierto?

Entonces, eso es algo que caracteriza a Mario; la simpleza en el lenguaje, el mensaje directo en sus conferencias, las anécdotas que se narra. A veces, a nosotros, a Mario y a quien les habla, como bien lo dice Roger, hemos sido fundadores del Congreso Internacional de Derecho Civil en nuestro país. Dicen, qué calidad tienen profesores de poner ejemplos, vivencias, qué tal imaginación; podrían escribir películas. No, señores, son vivencias que hemos tenido nosotros en nuestras experiencias profesionales, y que, simplemente, las narramos como una anécdota más que tenemos.

Así que a los abogados nos gusta ser más atípicos, que lo típico o parametrado regulado que tenemos.

Bueno, voy, Víctor, ahora sí, directo al grano, porque si no, voy a estar... con sólo hablar de las anécdotas con Mario podemos hacer un congreso los dos solos, durante días de días, recordando el derecho civil a lo largo de estos años que hemos vivido.

Bien, solamente voy a precisarlo de esta manera muy esquemática. No podemos olvidar nosotros que los contratos, como todo negocio jurídico, tienen una base en la autonomía privada, y en esa potestad que tenemos todos de decidir libremente con quién nos relacionamos, y en segundo lugar, cómo nos relacionamos y establecemos las reglas.

Y ahí, en ese segundo punto, es donde a mí, ahora voy a pensar no como abogado sino como ciudadano de a pie, me atemoriza. Me atemoriza porque en un país como el nuestro, y hay que ser claros y concretos, la potestad regulatoria, la posibilidad de sentarse con otro para plantear las reglas del juego, están sumamente limitadas.

Limitadas por los siguientes factores: primero, la desinformación; no necesariamente las partes que se vinculan manejan la misma calidad informativa; hay una notable asimetría; notoria asimetría.

¿Y eso qué hace? Finalmente, se lleve la contratación de manera favorable hacia una de las partes; en desmedro de la otra, hay esa asimetría.

En segundo lugar, el problema que tenemos de la alta tecnicidad de los contratos denominados atípicos, porque estos contratos que osadamente les dicen «contratos modernos», que muchos de ellos no son nada modernos; son sumamente antiguos, en realidad, finalmente, se sustentan en reglas muy técnicas, y que, como no están previstas en reglamentaciones o en reglas específicas, lamentablemente, desordenan su aplicación.

Es anecdótico y lo comparto acá con mis estimados amigos juristas extranjeros también que nos acompañan, a quienes conozco a muchos de ellos por el Congreso Internacional de Derecho Civil, es anecdótico que el contrato de arrendamiento financiero date del año 1984, e incluso, antes de la entrada en vigencia de nuestro Código Civil, y que recién ha sido modificado en tiempos de pandemia. Se acordaron del arrendamiento financiero en tiempos de pandemia con el Decreto n.º 03-2020, para precisar algunos alcances y favorecerlo en este tiempo que, lamentablemente, estamos viviendo.

Punto dos, lo primero es mi preocupación respecto de esta tecnicidad de los contratos atípicos y esta posibilidad de negociación que tienen las partes. Punto dos: la buena fe y los criterios interpretativos y los criterios para poder resolver los conflictos que se suscitan en torno a estos contratos.

Como bien lo decía la mesa anterior, que estaba muy interesante, hoy la buena fe está pasando por toda una suerte de reingeniería. El criterio normativo general de la buena fe —así le denomino yo— y creo que varios también que lo están analizando últimamente, está sirviendo como nexo entre el derecho civil y el derecho constitucional.

Y se está viendo el criterio normativo de la buena fe como uno que permita la realización de los derechos fundamentales de los involucrados en la contratación.

Y cuál es el tema. El tema es que si no tenemos parámetros, podemos generar una serie de desórdenes en su lectura.

Hoy el Tribunal Constitucional peruano, incluso, está viendo aspectos de la buena fe. En temas de derechos reales, hace poco sacó una resolución, y si no hay parámetros claros, deja esto al libre campo de la interpretación, que no está mal si es que esa interpretación fuese sumativa.

Lamentablemente, las interpretaciones en nuestro país son muchas de ellas contradictorias entre sí. Entonces, cada quien quiere caminar por su ruta, y al final el desorden y el caos van a primar.

Y eso, mis estimados doctores, ha sucedido, por ejemplo, con el arrendamiento financiero. En el arrendamiento financiero hay un artículo, si no me equivoco, el artículo 6 o el 13... o el 6, que establece que la responsabilidad por daños a terceros la asume el arrendatario.

Y ¿qué pasa? Que en nuestro país muchos automóviles son objeto de contratos de arrendamiento financiero, y han existido muchos accidentes de tránsito en el uso de esos vehículos, y las normas de tránsito en el Perú, las leyes de transporte y tránsito terrestre en Perú, establece que la responsabilidad es del propietario de la unidad, solidariamente con el chofer, y además con una empresa que podría estar relacionada con ese contrato de transporte.

Entonces, el propietario, normalmente, en los arrendamientos financieros, ¿quién es? Es el arrendador, no el arrendatario. Entonces, surge la polémica en la Corte Suprema de Justicia nacional, que ¿quién es, entonces, el que tiene que responder? Y la norma especial —ésa es la idea— la norma especial dice que es el arrendatario, pero la norma especial de tránsito en accidentes, en esta temática que es bastante preocupante, establece que es el arrendador.

Eso me ha llevado a mí, y esto, como les dije, las experiencias que nosotros decimos en nuestras conferencias, son parte de la investigación y parte de lo vivido. Esto me ha llevado a mí a escribir en varias oportuni-

des, respecto de la responsabilidad de los bancos, porque los bancos son los primeros que dicen: «No, yo no voy a responder porque como soy el arrendador, yo no tengo por qué responder porque la norma dice arrendatario».

Entonces, qué es necesario en estos casos. Me parece importante que sí deban existir parámetros normativos generales para todos los contratos, incluyendo la dinámica de los contratos especialmente técnicos.

Así le voy a poner: contratos de especial técnica, que vendrían a ser los contratos, muchos denominamos modernos, y que tienen esa técnica, producto de que se maneja en ambientes fuera de lo cotidiano, así como se regula la responsabilidad de los profesionales y de los técnicos, de la misma manera yo creo que puede decirse que hay contratos de especial técnica.

¿Y saben quién regula en nuestro país esos contratos muchas veces? Las reglas administrativas propias del Código de Protección y Defensa del Consumidor regulan contratos financieros, entre otros, contratos que yacen en espacios que nosotros los civilistas hemos ido perdiendo a lo largo del tiempo.

Entonces, es momento de pensar y analizar qué es lo útil.

Pero aquí ya voy terminando mis intervenciones, porque, como les digo, si es que nos dejan hablar, especialmente a Mario y a quien les habla, podemos extendernos en el tiempo.

Entonces, algo que es importante, fundamental, es que si nosotros pretendemos objetivizar las reglas de los contratos, de estos contratos denominados «modernos» o «especialmente técnicos», que han sido contratos traídos del derecho comercial, donde el imperio es el uso más que la regla. Y, ¿por qué? Porque como son técnicos, y como quieren las cosas mucho más sencillas y el *expertise* les da ese punto de partida, se hacen especialmente basados en la costumbre.

Pero, ¿cuál es el problema? Que en el Perú, y creo que también en Latinoamérica entera, estos contratos se han «vulgarizado», es decir, ahora los usan quienes no son técnicos. Existe el arrendamiento financiero para comprarse una taza, existe el arrendamiento financiero para comprarte un carro, para lo cual, normalmente, utilizábamos la compraventa. Entonces, se ha vulgarizado. ¿Eso qué quiere decir? Que es necesario que esas reglas sean claras.

Punto final de mi intervención diciéndoles dos ideas: la primera, que si vamos a regularlo, tienen que ser reglas claras y que no merezcan interpretación de la interpretación de la interpretación, por ende, deben ser normas eficientes que reduzcan los costos que implica su aplicación; efectivas, que sean normas que se cumplan, pero con un lenguaje entendible, que sean comprensibles por el común y eficaces, que cumplan sus objetivos.

Finalmente, mi estimado amigo Mario, ya casi sin voz, porque cuando me emociono se me va la voz.

Quiero terminar mi intervención con un pasaje bíblico. Algunos dicen que cuando hablo ya parezco pastor. Con un pasaje bíblico, que es algo que quería decirte hace mucho tiempo porque se han pasado momentos distintos, buenos y difíciles, y, obviamente, hay que decir las cosas como pasan, dice: «Los que confían en el Señor, renovarán sus fuerzas. Volarán como las águilas, correrán y no se fatigarán; caminarán y no se cansarán». Es Isaías 40, versículo 31.

Mi estimado Mario, no te canses nunca de seguir caminando por el país, como tú bien sabes. Tenemos que seguir encontrándonos en las salas de embarque, en los cafés del interior del Perú y comiendo una rica pachamanca en cualquier lugar de nuestro país tan divino.

Gracias, muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Jorge. Un gran abrazo. Muchas gracias por tus palabras.

Víctor Madrid Horna: Muchas gracias, Jorge.

Interesante también la reflexión que Jorge nos ha traído en relación al tema de la observación de estos contratos, por ejemplo, como el caso del *leasing* que has mencionado. Muy interesante.

Muy bien, vamos a continuar con esta última intervención que corresponde a esta mesa, y vamos a cederle, sin más, la palabra al doctor Alfredo Soria Aguilar, quien nos acompaña.

Alfredo es bienvenido a esta mesa y conocido colega también catedrático.

Te escuchamos.

Alfredo Soria Aguilar: Buenas tardes con todos, profesores nacionales y los invitados internacionales. Buenas tardes con todos, acá en el Perú ya terminando el día.

Mis primeras palabras son de saludo y reconocimiento al doctor Mario Castillo Freyre.

Para mí siempre ha sido como un faro que brilla con una admirable luz propia, por cierto, pero que, a su vez, inspira y promueve a otros, sobre todo nuevas generaciones para que también brillen por sí mismas.

Creo que es una gran influencia en nuestro país, desde el punto de vista jurídico, porque no solamente brilla por él mismo, sino que motiva a otros, y les da, inclusive, cabida y espacio en sus publicaciones para que puedan crecer también.

Es algo que yo, verdaderamente, destaco del profesor Mario Castillo, porque ha formado o ha influido en nuevas generaciones y les ha dado un espacio propio. Entonces, felicitaciones, doctor, por su exitosa trayectoria profesional como gran maestro, como docente universitario y por su prolífica actividad de investigación.

De verdad que lo felicito; espero que sean muchísimos años más y muchas bendiciones para usted.

Voy a empezar, entonces, con el tema que se me encargó.

Hablando del tema de atipicidad, o sea, se han mencionado aspectos muy, muy interesantes por mis colegas que me precedieron, y he tomado nota de algunos aspectos que voy a comentar.

En primer lugar, y es una posición particular, no necesariamente tiene que ser compartida por mis colegas.

Creo que no se puede regular absolutamente todos los contratos. Es imposible, porque la diversidad que existe en el ámbito negocial es tan grande e infinita, que sería una tarea inacabable.

En primer lugar, poder tipificar y regular absolutamente todos los contratos y regularlos en buena forma, son dos grandes retos que difícilmente se podría hacer. Por eso, la regulación debe dedicarse única y exclusivamente a aquellos contratos que tienen una conformación determinada. En todo caso, una práctica recurrente y la regla debe ir hacia donde las partes, usualmente, van a querer que vaya esa regla.

Entonces, no creo que sea necesario establecer reglas para todos los contratos. El tema de la atipicidad existe, y es más, la mayoría de contratos que existen son atípicos, porque el legislador ha podido regular algunas figuras contractuales; la mayoría de figuras contractuales no están tipificadas, con lo cual este tema no es un tema más. Es un tema muy pero muy importante, y poco desarrollado por nuestra doctrina.

Entonces, si bien es cierto, en otras legislaciones como la argentina, hay una secuencia en la aplicación de reglas a los contratos atípicos, hay una norma específica que lo dice, en nuestro país no existe. No es necesario que exista una norma especial porque las propias reglas de nuestro Código Civil admiten una secuencia en la aplicación normativa, también para los contratos atípicos.

Y me explico. En nuestro país el Código Civil admite que, en primer lugar, debe aplicarse lo pactado. Eso en virtud de lo establecido en el artículo 1361 del Código Civil, que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y en lo señalado en el artículo 1356 del Código Civil, que señala que las reglas legales, las normas son aplicables solamente de manera supletoria a la voluntad de las partes.

¿Qué está diciendo nuestro legislador con eso? Autorregúlate y lo que tú pactes, eso es lo que prima, eso es lo que rige.

Cuando tenemos un vacío en nuestro contrato, ahí recién vamos a tratar de buscar otras reglas que cumplan con suplir ese vacío que las propias partes han dejado.

¿Cuáles son esas otras reglas? Porque a veces se piensa también que un contrato atípico no tiene reglas, y eso es también falso.

El contrato atípico tiene más reglas, inclusive, aplicables que un contrato típico. No tiene reglas legales específicas. Sí, pero tiene otras reglas que son aplicables, como, por ejemplo, las prácticas comerciales denominadas «tipicidad social», o los usos y costumbres en el ámbito del comercio. Son las reglas que resultan aplicables a los contratos atípicos.

Las reglas generales de contratos y obligaciones también son reglas que resultan aplicables a los contratos atípicos.

¿Cuál de estas dos reglas debería aplicar primero y cuál después? Nuestro Código Civil también nos da una respuesta sobre ese tema. El artículo 53 nos dice que todos los contratos, cualquiera que éstos sean, inclusive, los innominados, y ahí se refiere a los contratos atípicos, se regulan por las disposiciones contenidas en esta sección. Nos está diciendo que se regulan por las normas de contratos parte general y se entiende también de obligaciones.

Entonces, el legislador está diciendo que vamos a poder aplicar esas normas, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas propias de cada contrato. Señala como una salvedad del propio 1353.

Entonces, si un contrato atípico tiene reglas sociales, que es reconocida en la doctrina con el nombre de «tipicidad social», ésas son sus reglas, y en la medida de que la regla social sea incompatible con la regla legal, entonces, debemos privilegiar la regla social.

En conclusión, qué nos quiere decir esta secuencia. En primer lugar, vamos a aplicar lo pactado por el 1351 y 1356; en segundo lugar, vamos a aplicar las reglas sociales, llamadas también tipicidad social; y, en tercer lugar, las reglas generales de contratos, de obligaciones.

No porque lo diga la doctrina o porque lo diga yo; lo dice el Código Civil; estamos aplicando normas vigentes de nuestro Código Civil, no necesitamos una norma especial que nos diga esta secuencia. El propio legislador, en diferentes artículos, nos está dando la pauta de cómo debemos interpretar esta situación.

Pero lo que ocurre usualmente es que después de haber verificado lo pactado y no encontramos ahí una solución al problema, vemos, de repente, en las reglas sociales, y la pregunta es ¿dónde están esas reglas sociales? Son las prácticas del comercio. Ocurren en la realidad.

Manuel de la Puente, para facilitar el acceso a las reglas sociales o a la tipicidad social, nos recomienda buscar la doctrina y la jurisprudencia, que son fuentes de derecho distintas a la costumbre jurídica, pero en donde se recoge o reconoce a la costumbre jurídica llamada tipicidad social en el ámbito de los contratos o reglas sociales, para hablar en términos que no nos permitan confundirnos con otras figuras.

Entonces, ¿podemos aplicar ese tipo de reglas a nuestro contrato? Sí, es difícil encontrar reglas sociales, sin duda, pero existen. ¿Y cuándo existe una regla social? Cuando hay una práctica reiterada y uniforme que ha generado en una colectividad conciencia y obligatoriedad de que eso es la regla.

Por ejemplo, en un contrato de franquicia siempre se debe incorporar la transferencia de conocimiento o la posibilidad del uso de los signos distintivos. Para hablar de un contrato de franquicia no se tiene una nor-

ma legal, pero sabemos que no hay contrato de franquicia si es que no se otorgan los signos distintivos, o si es que no se dice el cómo se hace a la contraparte, que es el franquiciado.

¿Dónde está esa regla? ¿Nosotros la consideramos de manera obligatoria vinculante? Sí, porque vivimos en una colectividad en la que se entiende que el contrato de franquicia o de *franchising*, debe incorporar eso necesariamente. Lo consideramos como algo ineludible; que eso es así. No porque lo diga una norma, sino porque lo dice la práctica comercial y eso es obligatorio.

Entonces, aquí hay una regla social y esa regla social prima sobre lo que pudiera decir una regla legal. Decíamos, por lo señalado en el artículo 1353.

¿Qué ocurre usualmente? Lo que ocurre usualmente es que hemos verificado lo pactado, no hay una solución, hemos verificado las reglas sociales en la doctrina, en la jurisprudencia, en la práctica comercial y no encontramos una respuesta, vamos a ir a las reglas generales de contratos, de obligaciones, en aplicación del artículo 1353, y ¿qué vamos a encontrar? Puede ser que encontremos que sigue habiendo el vacío. No lo podemos cubrir. ¿Qué hacemos? No podemos lanzar una moneda. No podemos tomar un criterio arbitrario. En este caso, la doctrina, y me refiero a Francesco Messineo y otros autores, que siguen su línea, nos dice que podemos recurrir a reglas de contratos afines; a reglas de contratos diferentes que pueden darnos un auxilio normativo para solucionar los problemas que nos trae el contrato atípico.

¿Podemos hacerlo? Sí, la doctrina también es una fuente del derecho y resulta aplicable a los contratos atípicos. Y esta doctrina nos dice que se puede dar solución a los contratos atípicos, a través de tres teorías: la teoría de la absorción, la teoría de la combinación y de la aplicación analógica.

Es algo complejo la aplicación de cada una de estas teorías, pero ya el tiempo ha terminado y no quiero abusar de la confianza que me han brindado, y el privilegio de haber estado aquí en este homenaje al profesor Mario Castillo.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Alfredo. Gracias, un abrazo.

Alfredo Soria Aguilar: No, a usted, doctor.

Víctor Madrid Horna: Muy bien, muchas gracias a todos los participantes de este panel.

En realidad, creo que han enriquecido muchísimo este intercambio de ideas sobre la tipicidad y sus problemas; la interpretación; la integración; los problemas de la atipicidad también. Y es una manera de pensar, en general, acerca de un tema tan interesante de la parte especial de contratos.

Muy bien, con todo esto damos por culminada la participación de esta mesa n.º 10 sobre la problemática de la atipicidad, agradeciendo a los señores organizadores, y, obviamente, a nombre de todos también a Mario por darnos la oportunidad otra vez más de poder expresarnos, de poder intercambiar ideas, porque como bien han dicho muchos de los que, obviamente, ya han participado, no solamente se trata de una trayectoria de Mario, sino de la posibilidad que nos ha dado a muchos de ellos, obviamente, me pongo en primer lugar, de poder desarrollar una labor académica, una labor docente en la que tú apuestas por mucha gente que, finalmente, simplemente, siguen tus pasos.

Muchas gracias por eso y muchas gracias a todos los señores que han participado y los colegas también.

Buenas noches.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Víctor. Gracias.

MESA N.º 11: RESPONSABILIDAD CIVIL.
«LOS DAÑOS PUNITIVOS»

José Fernando Márquez
Pascual Alferillo
Ramón Daniel Pizarro
Guillermo Pedro Tinti
Sandra Ramírez
Roxana Sotomarinno Cáceres

Roger Vidal Ramos: Buenas noches. Siguiendo con el rol del panel, voy a dar pase al profesor Pascual Alferillo, quien va a moderar la siguiente mesa, quien nos acompaña desde Argentina.

Pascual, buenas noches.

Pascual Alferillo: Buenas noches, querido, ¿cómo andás? ¿Qué dice, Roger?

Roger Vidal Ramos: Bien. Lo dejo, Pascual, en el panel.

Pascual Alferillo: Cuando disponga.

Roger Vidal Ramos: Sí, adelante.

Pascual Alferillo: Bueno, es un inmenso placer tener que coordinar el panel n.º 11 relacionado a los daños punitivos.

Quiero saludar primeramente a Mario Castillo en este homenaje que le han rendido, y vamos a ceder rápidamente la palabra a Sandra Ramírez de Bolivia, abogado de derecho corporativo.

Sandra, a tu disposición, todos estamos para escucharte.

Sandra Ramírez: Buenas noches, quiero manifestar mi agradecimiento por la invitación que tan gentilmente me hizo el doctor Vidal, y felicitarlo por el gesto de homenajear a un grande de la Academia y del derecho, a quien todos en este congreso admiramos y apreciamos como el profesional probo, como el maestro dedicado, y sobre todo como el buen amigo en quien siempre podemos confiar. Muchas gracias por eso.

Nos unimos a este homenaje desde Bolivia hacia Perú, dos pueblos hermanos, ahora unidos también por el infortunio, con el deseo de mejores días, por que todos nos liberemos del desencuentro de la pobreza, de la enfermedad y de la tristeza por que vuelva a nosotros la alegría, la confianza, por que vuelva a nosotros la esperanza.

Muy complacida de compartir este panel con respetados colegas tan destacados por sus estudios y por sus escritos, para hablar de un tema tan interesante y por eso mismo, tan controvertido: los daños punitivos, que, como todos sabemos, tiene su origen en los denominados *punitive damages* del sistema jurídico anglosajón, que hay que reconocer que cada vez tiene más influencia sobre los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos que tradicionalmente se habían caracterizado por su inspiración en el derecho de la Europa continental.

Entre los promotores de los daños punitivos estarán los que dicen que es un avance en el papel preventivo de la responsabilidad civil; una prevención de los daños injustos y un mecanismo inhibitor de futuras acciones dañinas con el castigo del dañador. Dirán que buscan prevenir que no ocurra; disuadir o sancionar acciones de culpa grave o de dolo, o culpa lucrativa, como bien decía, el otro día nuestro querido amigo Manuel Cornet.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que este tipo de sanción debe aplicarse a la culpa subjetiva, por lo que hace falta ese factor de atribución.

Entre los detractores, evidentemente, habrá quienes consideran que es un retroceso. Que hemos retrocedido a un día antes de la Ley del Tali3n que introdujo, como todos sabemos, el principio jur3dico de la justicia retributiva, al famoso «ojo por ojo, diente por diente», que hist3ricamente se constituye en el primer intento de limitar la venganza.

Otros cuestionar3n la medida como si fuera una forma de venganza privada y tambi3n se podr3 hablar de la factibilidad de su aplicaci3n.

Cabe preguntarse, evidentemente, si la soluci3n a un da3o es un da3o mayor; si dos p3rdidas hacen una ganancia; si la venganza es el camino a la justicia y si por culpa manifiesta de un director o de un grupo de directores, por ejemplo, de una empresa, corresponde la sanci3n a toda la colectividad o a un grupo que no particip3 del da3o.

Entre unos y otros estamos quienes proponemos que, si un pa3s considera que su aplicaci3n es necesaria, se haga siempre con un criterio moderado, delimitado y acorde con la prudencia y la sana cr3tica que debe caracterizar el obrar de los jueces.

Me parece que en eso la Argentina, en este camino le ha estado yendo bien.

Que se destine a sancionar graves conductas, que sea un medio de prevenci3n, que se restablezca el equilibrio emocional de la v3ctima, que se realice una valoraci3n prudente, siempre limitando la facultad judicial. Que se trate de lograr que el derecho cumpla la funci3n pacificadora y regulatoria de la vida en sociedad; ni impunidad ni venganza: justicia y paz, que es lo que todos queremos.

No voy a entrar en el detalle de su aplicaci3n en pa3ses como la Argentina, porque en este panel est3n los que m3s y mejor saben del tema.

Voy a hablarles, precisamente, de mi pa3s; c3mo funciona el tema en mi pa3s. La responsabilidad civil en Bolivia est3 normada por el C3digo Civil con el t3tulo «hechos il3citos», que dice que la persona que con un he-

cho doloso o culposo ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.

De esta previsión legal se desprende que la legislación boliviana participa de la concepción tradicional de la responsabilidad civil que identifica los elementos. El elemento subjetivo, representado por el comportamiento, la acción u omisión dolosa. El elemento objetivo, que es el que conlleva la provocación del daño, y la relación causal entre ambas.

No obstante esta concepción tradicional de atribución subjetiva, la ley incluye diferentes disposiciones que se refieren al carácter objetivo.

En el marco de la responsabilidad civil objetiva, por ejemplo, el Código Civil boliviano dispone que quien en el desempeño de la actividad peligrosa ocasiona un daño a otro, está obligado al resarcimiento, si no prueba la culpa de la víctima.

Este tipo de responsabilidad, por lo que algunas legislaciones denominan el hecho de las cosas y las actividades peligrosas, basa la responsabilidad en el daño causado por efecto de actividades que tienen este carácter.

Como bien dice nuestro compañero de panel, Daniel Pizarro, el carácter riesgoso de la actividad, deviene de su peligrosidad intrínseca o de circunstancias de personas, de tiempo y lugar, que se torna peligrosa para terceros.

Es un verdadero placer compartir este panel con un doctrinario de quien puedo citar; a veces me siento como un futbolista de barrio pasándole la pelota a Messi, justo antes de que meta un gol.

Pero, bueno, es un placer poderlo citar en su presencia.

En este caso, también hay una previsión legal que hace responsables a los guardianes de los inimputables, a los padres por sus hijos, a los patronos por sus empleados, a los profesores por sus alumnos y, de la misma manera, está normada la responsabilidad del empleador.

El Código Civil en Bolivia, que también dice: «El resarcimiento del daño en especie para efectos de la valoración del daño, debe apreciarse tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en tanto sea consecuencia del hecho dañoso».

En este caso, la responsabilidad civil en Bolivia incluye dos elementos que integran el daño patrimonial, que es el daño emergente y el lucro cesante.

Revisando la jurisprudencia boliviana, el auto supremo 155-2016, que se refiere al resarcimiento por responsabilidad civil o daño económico, dice: «El resarcimiento por daño patrimonial, conforme a las previsiones de los artículos 344-345, comprende el daño emergente y el lucro cesante, los mismos que vienen a constituir los llamados comúnmente “daños y perjuicios”, que se responden a título de culpa o dolo, según sea el caso». El daño emergente y el lucro cesante, denominados comúnmente como daños y perjuicios.

En este marco normativo y jurisprudencial, resulta evidente que no existe previsión legal sobre daños punitivos, y debo manifestar que no veo, en mi criterio, no veo en el futuro cercano, que se vaya a convertir en una preocupación, y menos en una prioridad y en una factibilidad la inclusión de esta figura normativa.

También debemos entender que en Bolivia la cultura del reclamo, aunque en permanente crecimiento, no se encuentra muy difundida ni desarrollada.

Si a esto se le suma la demora y la sobrecarga judicial de los tribunales ordinarios, igual que en otros países latinoamericanos, entenderemos que ya es un gran logro que se consiga la condena del dañador, por lo menos, y ojalá por el monto aproximado del daño causado.

Por eso tengo la impresión de que la corriente no hallará muchas opiniones favorables, y tampoco me parece factible por la situación económica que las empresas tienen, y que frente a una condena podrían quebrar o cerrar.

Otro de los temas de los que quería hablarles, era, precisamente, de la posibilidad o de la factibilidad del aseguramiento de los daños punitivos, por ser también cercano a mi especialidad.

En Bolivia el seguro de responsabilidad civil cubre —debemos recordar— que el desmedro del patrimonio por efecto de una indemnización que deba pagar una persona por efecto de su responsabilidad civil, es un riesgo, porque se trata de un hecho futuro e incierto que no depende de su voluntad.

El seguro de responsabilidad civil protege al asegurado frente a la contingencia de la disminución de su patrimonio por efecto del resarcimiento que se vería obligado a pagar por los daños y perjuicios.

La póliza de responsabilidad civil comprende a una persona llamada «asegurado», que transfiere a otra llamada «asegurador», el potencial riesgo de ver mermado su patrimonio.

La responsabilidad civil del asegurado tiene su límite solamente en la ley, mientras que la transferencia al asegurador por efecto de la póliza, tiene los límites que la propia póliza determine. Es decir, que la responsabilidad del asegurador es independiente del asegurado, que es independiente de la responsabilidad civil del asegurador.

Si consideramos que el factor de atribución es un factor subjetivo que caracteriza los daños punitivos, según el cual son objeto de condena las acciones u omisiones gravemente culposas, intencionales o dolosas, este tipo de acciones estarían totalmente excluidas de la cobertura del seguro.

Debemos recordar que entre las exclusiones generales en todos los países y también en el nuestro, se encuentra el dolo del asegurado.

En Bolivia, asimismo, se dispone que la responsabilidad se extiende a aquellas personas por quienes también el asegurado deba responder.

Hay una previsión sobre gastos legales. Esta previsión tiene el objeto de garantizar la defensa del acusado, del asegurado, aun si se tratara de demandas o pretensiones falsas o sin fundamento. Ésta podría ser, quién sabe, una de las posibilidades de cubrir un eventual daño punitivo, aunque como habíamos visto momentos antes, en Bolivia el daño punitivo no está configurado, no está considerado.

En principio, por todo lo que acabo de manifestar, entonces, los daños punitivos no hallarían cobertura en el seguro; además, si se trata de aplicar la función punitiva preventiva para desincentivar acciones dañosas en el futuro, la existencia del seguro podría, precisamente, ir en contra vía de esto y podría diluir dicha función.

Si hay un dañador intencional que no sufre las consecuencias de la actuación, de su actuación negligente y dañosa porque su compañía de seguros paga por él, entonces, estaría desvirtuando el papel inhibitorio de conductas futuras de parte, que tienen quienes propugnan los daños punitivos.

Creo que haciendo un poco de reflexión de cuál sería el escenario en que los daños punitivos podrían ser objeto de una póliza, podrían ser aplicables a aquellos casos en los cuales la responsabilidad de la persona que comete el delito o el hecho dañoso, sea diferente de la persona que es representada por él.

Es decir, que, por ejemplo, si una cooperativa de teléfonos, que está dirigida por una persona que comete un acto altamente imprudente y así causa un daño a una colectividad de personas, esta compañía podría, vía un anexo o una cobertura expresa, hallar cobertura para, en caso de los daños punitivos, para que no sea la colectividad de sus socios o de sus integrantes, la que tenga que pagar el daño punitivo.

En conclusión, quisiera decir, no quiero extenderme más porque tenemos unos minutos de retraso, quisiera decir que en la situación actual no se encuentran contemplados estos daños en la legislación boliviana, y en su relación con el seguro, en principio, de no mediar cláusula expresa, no serían objeto de seguro.

Es deseable que en el futuro los daños punitivos y las figuras afines que se vayan a aplicar, sean una herramienta valiosa para el alcance de los fines del derecho.

Para terminar, quiero leerles algo muy breve que escribí sobre el seguro de responsabilidad civil. Si usted es un asegurado en responsabilidad civil, prevenga para no dañar. Respete el derecho ajeno que todo ser humano tiene de no sufrir, de no ser dañado, de no ser víctima o doliente, y respete el derecho propio de no ser el dañador, porque víctima y victimarios son igualmente presos de la misma imprudencia, de la misma imprevisión y de la misma tristeza. Uno, por haber causado el daño, y otro por saber que lo causó.

En esto, ni la mejor cobertura, ni la mayor indemnización serán una total reparación.

El seguro está para que el infortunio dure poco, para que las penas duren menos y, en responsabilidad civil, donde hay un dañador involuntario y un injustamente afectado, para que reparado el daño, sea más fácil perdonar.

Mis mejores deseos para que todo esto que nos está pasando, pase pronto; que tengamos fe para confiar, fuerza para resistir, bondad para ayudar, sabiduría para obrar, paciencia para esperar y esperanza para volver, ojalá, siendo mejores.

Doctor Mario Castillo, ha sido para mí un gran honor participar de este homenaje. Usted sabe el respeto profundo que tenemos por usted, el cariño y creo que la mejor elección para un homenaje para una persona, es hacer aquello que le gusta: estudiar y enseñar. Y en esto usted es todo un ejemplo para todos nosotros.

Reciba todo nuestro afecto desde aquí, desde Bolivia, y mi saludo a todos los integrantes del panel y a los organizadores de este evento.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, querida Sandra. Un gran abrazo para el hermano país de Bolivia en tu persona. Gracias.

Pascual Alferillo: Agradecemos a la profesora Sandra Ramírez de Bolivia e invitamos a la doctora Roxana Sotomarino Cáceres del Perú; de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La esperamos y le cedemos la palabra.

Roxana Sotomarino: Sí, ¿cómo están? Buenas tardes. Milo, ¿cómo están? Un placer verlos.

Muy bien. Bueno, primero, agradecer la invitación a esta actividad en honor de Mario Castillo, un profesional magnífico, académico, árbitro. En fin, sólo tengo elogios para él. Lo conozco hace mucho tiempo, bueno, desde la maestría, cuando yo seguí la maestría en la Católica, ya Mario estaba siguiendo el doctorado, así que es un orgullo y agradezco al comité la invitación.

Bueno, paso ya al tema que me han encargado; comentar qué son los daños punitivos. Voy a hacer una breve semblanza de los aspectos históricos y del sistema anglosajón, con la idea de aterrizar en el derecho peruano.

Entonces, de los distintos textos que hay en torno al desarrollo, sobre todo, en el *common law*, porque es de ahí de donde proviene la figura.

Los daños punitivos se originan, en todo caso, en el derecho inglés y desde los primeros fallos que se encuentran, el primero, por lo menos, que he logrado ubicar cuando se hablaba de los *exemplary damages*, un caso en 1763 siempre se ha relacionado, en este caso, *Huckle vs. Money* en Inglaterra, digamos, la aplicación de pagos de sumas por realizar en función de estas conductas dañosas que eran particularmente cuestionables para el ordenamiento.

Entonces, esta figura, repito, nace del derecho, sobre todo en las cortes inglesas, lo que prevén, lo que procuraban era aplicar una suma a pagar a título de conceder un ejemplo. Por eso se llamaba el *exemplary damage*, con esa denominación se inicia, por lo menos, en un grupo de autores Thomas

Koenig y Michael Rustad, un texto del año 2001. Entonces, siempre se ha pretendido advertir a través de la aplicación de estas sumas, prevenir conductas indignantes, mediante la aplicación de sanciones económicas que no son, propiamente, multas porque no van, en todo caso, por el Poder Judicial, en fin, el Estado, sino más bien van para las víctimas de este daño.

Entonces, finalmente, prevenir y sancionar conductas indignantes. Entonces, la figura es exportada desde las Cortes inglesas y se difunde como un principio o doctrina de las colonias. Y en Estados Unidos se difunde este principio de parte del derecho de *torts*, se difunde con rapidez.

Y, en el caso de Estados Unidos, se registran los primeros precedentes, el caso *Genay vs. Norris*, un caso de 1784, donde, más bien se utiliza este término *vindictive damage*. Esto se traduciría como la aplicación de un daño o ahí sí ya está más que apuntando a la sanción ejemplar a cómo es simplemente la conducta.

Se trataba de un daño por venganza. Este caso trataba de un profesional, un químico, que entra en una discusión, mediante un duelo con otra persona, finalmente, ambos, tanto este químico como aquél con el que se enfrentaba a duelo, deciden perdonarse. No pasar por las armas, pero al momento de hacer un brindis, digamos, el infractor le causa el daño al otro este químico, coloca en la copa una sustancia que produce un terrible dolor en la víctima. Entonces, lo hace para infligir y para causar un dolor de manera intencional.

Entonces, las Cortes, en tal caso de Estados Unidos, lo que hicieron es que la colocación de este producto que se llamaba *Spanish fly*, utilizado, además, con el ánimo no sólo intencional, sino empleando estos conocimientos químicos, esta fue una conducta altamente reprochable, y, en consecuencia, debía generar una sanción ejemplar.

Si bien la víctima y el que lo causa, ambos sufren el daño, en realidad, las Cortes se centraron en esta conducta altamente cuestionable, de utilizar los conocimientos químicos para causar dolor a una persona.

Entonces, en Estados Unidos se encuentra este caso y, bueno, va desarrollándose esta noción de daños punitivos, a partir de este análisis de la conducta del actor, ese perjuicio que causa, sobre todo desde una perspectiva de un daño intencional.

Ahora, algo interesante es cómo las Cortes consideraban valioso utilizar el dinero un poco como una administración inteligente de los recursos económicos. Entonces, se consideró que los primeros veredictos estaban dentro de esta línea de *smart money*, que es una administración inteligente del dinero orientada a sancionar o desalentar estas conductas, incluso, indignas o matonescas.

Otro caso que registra la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, las Cortes norteamericanas, es en 1872, el caso *Alcorn vs. Mitchell*, en una Corte de Illinois sanciona a una persona en ese momento con mil dólares, pues en un acto de rencor, en un pleito que tenía con el vecino, él le escupe al vecino en el rostro.

Entonces, se incorpora, además, aquí la idea ya no sólo de esas conductas reprochables por utilizar los conocimientos particulares, sino de esas conductas que hieren a la dignidad personal de uno.

Y esta figura, además, después va a ser acogida por este conjunto de pronunciamientos de la doctrina americana, que es el *restatement second of torts*, en el año 1865. Lo cierto es que los daños punitivos, sobre todo por las Cortes de Estados Unidos de América, van creciendo hacia incorporar este pago adicional a los daños compensatorios, por los cuales, más bien se relaciona la suma a pagar con la conducta del sujeto que causa el daño.

Entonces, está este mal uso de los conocimientos, está este intento con una conducta rencorosa de escupir, ofender, que está también, digamos, por ejemplo, conductas que se realizan contra mujeres, como es el acoso sexual, y además interesante, porque las Cortes van evaluando también un criterio de razonabilidad en función de la dignidad de la persona que recibe, que es la víctima en esas conductas, pero que se busca que sea una

persona, digamos, que sea un criterio de razonabilidad. Aquella conducta que puede dañar a una persona que no es excesivamente sensible.

Entonces, se van incorporando esto que es muy propio de estos criterios de razonabilidad del derecho de los Estados Unidos de América, pero siempre dentro de estas conductas muy cuestionables. Y va creciendo esta figura como una herramienta para prevenir, para sancionar las conductas, desde el punto de vista de quien las comete.

Entonces, se extiende a los casos de acoso sexual, de violación y, claro, los veredictos también, finalmente, procuran proteger un orden social, por eso había que establecer un remedio ante daños causados con malicia, en forma intencional que afectan derechos de propiedad, también; casos de violencia doméstica; daños a la reputación o atentados contra la libertad.

Muchos textos de derecho comparado van registrando en el *common law*, porque de ahí proviene la figura y, a mediados del siglo XIX, por ejemplo, se van extendiendo los daños punitivos también a los supuestos de abuso del poder; la defensa del derecho de partes vulnerables, de personas vulnerables, de poblaciones vulnerables contra agresiones violentas o de abuso de poder.

Entonces, lo que se consideró en ese momento es que se incluía principios de justicia correctiva, ante conductas, repito, sumamente cuestionables, donde había, incluso, presión económica, presión psicológica de quien causaba el daño.

Ahora, muy propio del desarrollo del *common law*, evidentemente, lo que se hace es que se advierte que desde esta propuesta que trajo, que es propia de la importación de toda una, lo que podría haber sido una organización de precedentes armada desde Inglaterra, período de Blackstone, lo que llega y lo que se va desarrollando en los Estados Unidos de América, más bien es una atención, una suerte de problemas sociales a través de los daños punitivos, y, lógicamente, hay un desarrollo cuantitativo y cualitativo mayor en las Cortes de los Estados Unidos de América.

Otro caso, por ejemplo, ya en el ámbito laboral, que es en donde se ha desarrollado la figura en el derecho peruano, en el ámbito laboral, las Cortes de los Estados Unidos van protegiendo la estabilidad y el equilibrio mental del afectado.

Por ejemplo, el caso de *Gómez vs. Hughes*, un proceso del año 1982, un empleado había sido víctima de un trato humillante mediante comentarios injuriosos de su jefe, en un recinto ferial. Y, entonces, las Cortes le concedieron a Gómez una indemnización por daño punitivo.

Ocurre lo mismo con un supervisor de Walmart; un caso un poco más reciente, en que uno de los administradores despidió a una empleada por su relación con un afroamericano en el año 1999. Es el caso *Daffenbaugh Williams vs. Wal-Mart Stores*.

Ahora, para los defensores del sistema, porque probablemente los hay quienes también tienen serios cuestionamientos en la aplicación de los daños punitivos, la figura ha sido útil. Bueno, en todo caso, pienso yo que el balance, más allá de defensores o de atacantes del sistema de *torts* y los daños punitivos en los Estados Unidos de América, lo concreto es que sí podríamos considerar que es un mecanismo importante para aquellos supuestos en que se produce, pues, discriminación racial, violencia contra la mujer, acoso, *bullying* en el empleo.

Entonces, esta conducta de abuso de la posición de autoridad, indudablemente, debe generar una respuesta del sistema que ya no sólo vaya hacia conceptos compensatorios o *pain and suffering*, como el equivalente a nuestro daño moral, sino más bien una sanción ejemplar que busque desterrar estas conductas.

Entonces, también los daños punitivos en el derecho de los Estados Unidos de América, han sido aplicados a las grandes conductas de las grandes corporaciones donde se ha advertido, por ejemplo, los monopolios.

En el siglo XXI encontramos modelos de acciones punitivas, de daños punitivos, estas grandes sumas que se han concedido en contra de las tabaca-

leras, pues en una Corte de Florida se concede 144.8 billones de dólares por daños punitivos, pero, claro, se les concede a través de una acción de clase, en la que se aludía a, o, en todo caso, se agrupaba a 500,000 víctimas de cáncer pulmonar y otras enfermedades derivadas del consumo de tabaco.

Pascual Alferillo: Doctora, queda el último minuto. Dos minutos le quedan.

Roxana Sotomarino: Ah, muy bien.

¿Qué es lo que tenemos en el caso del derecho peruano? En el caso del derecho peruano no hay un acogimiento normativo, y lo que sí se tiene es un pleno casatorio que se ha dictado hace algunos años, en el año 2007, el quinto pleno jurisdiccional, que ha creado la figura de los daños punitivos, para —descansa en el plano laboral— ha creado la figura para despidos incausados fraudulentos, que, además, esta figura de despidos incausados fraudulentos, supuesto en el que un empleador despide a un trabajador sin causa o lo despide inventando, creando una causa a sabiendas de que no hay ningún supuesto que justifique la separación del trabajador.

Esto ha sido muy criticado; sigue siendo criticado en nuestro país porque se considera que una tradición de doscientos años pretende ser incorporada solamente por decir una decisión jurisprudencial.

Pascual Alferillo: Doctora, se le ha terminado su tiempo.

Agradecemos su participación, pero tenemos que respetar el tiempo de los demás participantes.

Muchísimas gracias, doctora, por su disertación.

Roxana Sotomarino: Muy bien. Ya, muy bien.

Pascual Alferillo: Invitamos al doctor Guillermo Pedro Tinti de la Universidad de Córdoba, para que ingrese.

Mario Castillo Freyre: Quería saludar a Roxana. Roxanita, muchísimas gracias. Un beso grande.

Gracias.

Roxana Sotomarino: Un beso grande también, Mario.

Saludos a Laurita que la estoy viendo por ahí.

Pascual Alferillo: Nuevamente, gracias por la participación. Muy buena y muy elevada tu disertación.

Guillermo Pedro Tinti es representante de la Universidad de Córdoba, quien nos va a conversar ahora, próximo a saludar a Mario y va a conversar.

Gracias.

Guillermo Pedro Tinti: Bueno, muchas gracias. Buenas noches. Un honor estar participando en este congreso en homenaje tan merecido a Mario Castillo Freyre, a quien además le hago llegar las seguridades de mi perenne afecto y fraternal abrazo.

Voy al tema porque sé que con el tiempo estamos ajustados.

El daño punitivo en el derecho de Argentina. La ley argentina en el derecho positivo argentino, el daño punitivo se incorpora en el año 2008. Es decir que lleva ya una docena de años discurriendo por la jurisprudencia y por la doctrina.

Estaba precedido de un importante estudio doctrinario, pero como les decía, en el año 2008 se sanciona una modificación a la Ley de Defensa del Consumidor y se incorpora como artículo 52 *bis* el daño punitivo. ¿Qué ha pasado a partir de ahí?

La ley argentina, bueno, para empezar, limita el daño punitivo; la posibilidad de aplicar este daño punitivo a las relaciones de consumo; es una

limitación importante en el proyecto de reforma del Código Civil que se concreta en el 2015, se intentó incorporarlo al Código Civil, pero fracasó porque el Poder Ejecutivo vetó el artículo y quedó inutilizado para todas las relaciones inherentes. Así que está limitado nada más que al derecho del consumidor.

La ley dice que se le aplica al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor a instancias del damnificado, dice que el juez podrá aplicar una multa civil del consumidor que se graduará en función de la gravedad del hecho.

Vigente, como les decía, desde el 2008, la jurisprudencia, sintetizando, detectó una serie de inconvenientes.

Esa norma es demasiado abierta. Parece que no establece condiciones especiales, a fin de la aplicación de la sanción que sí las exigía la doctrina. Da la impresión de que se puede sancionar cualquier incumplimiento por leve o léneo o pequeño que fuera. Cualquier incumplimiento del proveedor porque el único requisito concreto que pone la ley argentina, es el incumplimiento.

No describe con precisión la conducta prohibida. Eso también lo ha marcado la jurisprudencia; no requiere factor subjetivo de atribución; no precisa pautas mínimas que podrían guiar la graduación de la sanción. Únicamente ponen topes; pone techo máximo. Que está hoy en la orden del día de los seis millones de pesos o cosa así, puede superponerse o es probable que se superponga con otro tipo de sanción.

Entonces, a partir de ahí, la jurisprudencia, que es muy rica, ha habido muchos casos no más. En los últimos dos años podemos encontrar revisando los anales de jurisprudencia cerca de doscientos fallos sobre daño punitivo, admitiendo, rechazando, limitando, estableciendo las pautas para suplir lo que el legislador dejó en una zona un poco gris.

Se estableció que en varios casos, la vida comercial, la conducta dañosa de un proveedor incumplidor ofendía a todo un cuerpo social, era demasiado grave y por eso debía ser sancionada.

Se estableció que la multa siempre iba a ir, tal como lo dice la ley, a manos de consumidor damnificado, aunque se registra un fallo de hace dos años de la ciudad de Tucumán, en el cual, declarando la inconstitucionalidad de la norma, dividieron y le dieron la mitad del monto de la sanción al consumidor, y la otra mitad, a una entidad de bien público. Eso no estaba previsto en la ley y fue una creación jurisprudencial que no ha sido, por lo que sé, seguida por los otros fallos.

Entonces, siempre en beneficio de la víctima, también la jurisprudencia argentina ha dicho que la finalidad será siempre castigar a los proveedores de bienes y servicios que incurren en graves conductas y cito que las graves conductas es jurisprudencia y no las exige la ley, tiene también un fin disuasor para el causante del daño. Trata de evitar que o, con el ejemplo del castigo, no se susciten nuevos hechos así de grave incumplimiento. La aplicación y la graduación ha sido un problema para los jueces, porque los que la aplican son los jueces civiles, entonces, han ido buscando una serie de referencia, y, por lo general, se requiere a la equidad, se busca cierta proporcionalidad entre la conducta y el castigo que se le aplica.

Algunos recurren o proponen que se recurra a una fórmula de matemática financiera que tenga que ver con el balance del neto con la ganancia y las utilidades del proveedor del servicio que es castigado. Esto tiene poca aceptación, pero hay quienes lo han propugnado. Todos los fallos insisten en que se tiene que ser extremadamente prudentes y cuidadosos al momento de establecer la sanción. No deben establecer montos extravagantes o exagerados que no guarden relación con la conducta sancionada, y para hacerle una síntesis, un taxonómico de los principales casos que la jurisprudencia ha establecido sanción, encabeza el servicio de telefonía celular, la actividad que más ha recibido sanciones de daño punitivo, con una serie de incumplimientos que van desde la falta de entrega de equipos hasta el servicio insuficiente, la facturación mal hecha, el maltrato al cliente, pero también han recibido sanciones empresas aseguradoras, empresas de medicina prepaga por aumento automático de la cuota; empresas financieras que hacen planes de ahorro previo para la adquisición de automotores, también tienen varias sanciones; empresas de turismo, hotelería y también empresas que prestan servicios de aviación.

En síntesis, para concluir dentro del tiempo que se ha asignado, los daños punitivos han sido un instituto que empezó en la jurisprudencia argentina a moverse con mucha cautela. Los jueces comenzaron con un poco de inseguridad, pero hoy en día se ha impuesto la mayor parte de la demanda que versa sobre el asunto de consumo, solicitan la aplicación de daños punitivos, y el cien por cien de las sentencias los considera. No quiero decir que los aplique; sí se aplica en un gran porcentaje, pero siempre son considerados.

Los tribunales superiores de las provincias, ya todos han expedido acerca de los daños punitivos. O sea, para imponerlos, para disminuirlos o, a veces, para rechazarlos entendiendo pero juzgando siempre la conducta del interesado.

Bueno, yo con eso finalizo la síntesis de la jurisprudencia en Argentina, y, bueno, les agradezco de nuevo la invitación y la atención que me han puesto.

Un gran abrazo a Mario Castillo Freyre y muy merecido su homenaje.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Otro gran abrazo para ti, Guillermo. Muchas gracias.

Pascual Alferillo: Mario, ahora vamos a presentar al doctor Ramón Daniel Pizarro, también de la Universidad de Córdoba, quien nos va a exponer sobre relación en la Argentina.

Gracias y a su disposición el micrófono, Daniel.

Ramón Daniel Pizarro: Muchas gracias, Pascual.

Querido Mario, adhiero cálidamente a este merecidísimo homenaje, además de ser un querido amigo, es un jurista de enorme prestigio en Ar-

gentina. Conocemos su obra, la seguimos muy de cerca, y me parece que es una excelente oportunidad ésta la de homenajearlo.

Qué tema éste de los daños punitivos. Yo les confieso que es un tema que me gustó mucho desde un primer momento. Creo que el primer trabajo que se publica en Argentina sobre el tema; no es autorreferencial, lo hice yo, allá a fines de los ochenta, llevado más por la curiosidad que por otra cosa. Y confieso que es una institución que, en un primer momento, me sedujo; me gustó, me parecía interesante, y siempre vislumbré con algún grado de expectativa, de interés, qué podría pasar si en Argentina fuese receptada. Bueno, terminó siendo receptada.

En mi análisis, a treinta años de aquel trabajo, es un poco la historia de una desilusión. Yo creo que en Argentina, los daños punitivos, funcionan mal; han sido espantosamente regulados —coincido con Guillermo—, si hubieran querido hacer una regulación peor, no hubieran podido, lo cual me parece que afecta la importancia y la eficacia de la figura. Constituye todo un demérito para ella.

De todas maneras, esto suele ocurrir muchas veces cuando se traen instituciones foráneas que no se conocen bien, y, particularmente, encima de no conocerlas bien, se las regula mal; lo cual permite que una institución que bien regulada podría funcionar muy bien, termine siendo, en la mayoría de los casos, bastardeada, y no haya tenido ni por asomo la importancia que bien regulada podría tener.

Los injertos jurídicos, particularmente, nuestro caso, los que provienen del derecho anglosajón, deben ser hechos con mucho cuidado. Deben ser hechos con mucho cuidado porque, además de que no estamos acostumbrados a ello, y rompen en muchos aspectos nuestros esquemas clásicos, se corre el riesgo de traspolarlos sin una debida maduración a un ambiente jurídico como el argentino, en el que quizás —y lo voy a decir esto con el mayor respeto por nuestros jueces; soy muy respetuoso de ellos— no tenemos una judicatura que está en condiciones de aplicarlos, como lo hacen los anglosajones. Los resultados están a la vista.

Y como siempre ocurre cuando uno traspola una institución jurídica; cuando uno injerta una institución jurídica foránea dentro de un sistema que quizás no esté preparado para recibirla, mucho más, si la regulación no es buena, el diablo empieza a aparecer en los detalles. Y los detalles de aplicación suelen ser los que muestran que la figura está muy lejos de cumplir el cometido que debió haber tenido.

Pero éste es un tema que divide a los argentinos, que estamos muy acostumbrados a las grietas. Los daños punitivos han despertado pasiones de todo tipo. Hay juristas que están absolutamente deslumbrados por la figura; es más, creen que el derecho del consumidor casi que empieza y termina en ella.

Otros se muestran acervos detractores de la misma. La consideran poco menos que el apocalipsis, que rompe los confines entre pena y reparación; entre pena pública y pena privada. Parafraseando a Eco, podríamos decir que el ambiente se dividiría entre apocalípticos e integrados.

Yo creo que ha aparecido un tercer grupo, al cual yo me sumo, que es el de los escépticos. El de los resignados o desilusionados al ver cómo se está malogrando en Argentina a una figura que bien regulada podría funcionar bien. Pero, claro, para eso se necesita, en primer lugar, una buena regulación normativa. En segundo lugar, tener en claro para qué se los está regulando, y tener muy en cuenta un dato que es básico y que en todos los países del mundo en los cuales los daños punitivos han sido receptados, tanto mundo anglosajón como lo que sería el derecho continental, que, por ejemplo, se ha tenido muy en claro. Es una figura excepcional. Es una figura que debe aplicarse en casos de extrema gravedad, con un carácter marcadamente ejemplificador que puede también tener su connotación preventiva para sancionar graves inconductas, no cualquier tipo de inconducta; para dismantelar efectos de ilícitos lucrativos importantes, con un sentido, insisto, marcadamente restrictivo, porque cuando la figura pierde su carácter restrictivo, termina diluyéndose en la nada. En la nada de casi una simbólica propina que se termina dando al que los pide, con lo cual empieza a naufragar nuestra figura sobre la pena, la reparación, y termina siendo una nada; algo *light*.

Entre tener eso y no tenerlo, es mejor que no tenerlo. Yo sigo creyendo que los daños punitivos, si fuesen bien regulados, podrían funcionar bastante bien.

Podrían funcionar bastante bien, por ejemplo, para sancionar graves inconductas y tener un efecto preventivo. Pero, claro, qué aptitud para sancionar graves inconductas puede tener el daño punitivo en Argentina, cuando el monto máximo que se puede aplicar no supera los cuarenta mil dólares. Cuarenta mil dólares puede ser una fortuna para una pequeña y mediana empresa, pero puede ser una nimiedad para una megacorporación, a la cual difícilmente la conmueva que le puedan aplicar un daño punitivo de esas características y que cuando, quizás, no tomando las medidas de prevención que justifican ese daño punitivo, obtenga beneficios mucho más significativos.

Y a todo esto se le empiezan a adicionar otros aspectos que me parece han conspirado en Argentina para que funcione bien.

Guillermo, muy agudamente, recién los planteaba, ¿cuándo se aplica? ¿En cualquier incumplimiento o en caso de graves incumplimientos?

La normativa argentina habla del proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o convencionales. No parece ser un estándar razonable.

El factor de atribución en ningún país del mundo se admite la aplicación de daños punitivos si no hay dolo, culpa grave, manifiesto menosprecio por los derechos del consumidor, abuso de posición dominante de mercado. Aquí hay autores que sostienen que se rige por un estándar de responsabilidad objetiva. Hay una construcción jurídica que me parece absolutamente inadmisibles que, bajo el rótulo de tolerancia cero, en ciertos tipos de accidentes, ha considerado un estándar de responsabilidad objetiva. A mí me parece que es algo totalmente inaceptable.

Sandra recién hablaba muy agudamente del tema de la asegurabilidad del daño punitivo. Bueno, éste es un tema que hay que debatirlo con mucha profundidad porque, a ver, si el daño punitivo es concebido con el

parámetro estricto con que debería ser concebido, es lógico pensar que el dolo y la culpa grave no podrán ser asegurados y que sería distorsionar la figura del daño colectivo admitir la asegurabilidad del daño punitivo. Pero si al daño punitivo lo van a arreglar bajo estándares de *cuasi* responsabilidad objetiva, como lo proponen algunos en Argentina, habrá que, en ese caso, pensar algunas de las cosas que escribió Calabresi sobre este tema cuando él decía que en estos casos, si se le aplica a la corporación, y no sería tan descartable el pensar en el aseguramiento del daño punitivo.

El tema de los límites, el tema de la aplicación de oficio por los jueces. Yo sigo creyendo que es una locura permitir que los jueces apliquen de oficio los daños punitivos. ¿De qué manera una empresa va a prever esos daños punitivos? Darle posibilidades a un juez de que alegremente designe el destino de los daños punitivos. Guillermo tomaba el caso de un fallo en Tucumán sobre el que no voy a hablar porque yo intervine como abogado. A mí me parece que es una cosa gravísima el juez como distribuidor de recursos; hacer beneficencia con el dinero ajeno es muy fácil.

Me parece que la figura en Argentina no está bien reglada; no tiene buen presente. Yo creo que fue un gran acierto, de uno de los pocos aciertos que hubo en las reformas que el anteproyecto de Código Civil y Comercial le introdujo al Poder Ejecutivo, que finalmente sería convertido en ley, el sacar los daños punitivos como los habían reglado del Código Civil y Comercial. Creo que era una regulación absolutamente mala e inconveniente, y creo que, desde ningún punto de vista, pueden admitirse construcciones laxas en estos temas.

Los daños punitivos, en mi opinión, deben seguir siendo una figura absolutamente excepcional. Fueron gestados así, nacieron de ese modo y no es conveniente, me parece, distorsionarlos.

Pero hay que pensar —y con esto concluyo— Pascual, habrá que pensar, además, en de qué manera lograr un sistema de daños punitivos, si se lo aplica, que sea compatible con los daños de naturaleza colectiva.

Allí, quizás, los estándares puedan ser otros. Los parámetros deberían ser diferentes.

Pero, bueno, no, son todos desafíos que tenemos por delante.

Aída Kemelmajer, querida y admirada amiga, dice que en los países serios, cuando el debate concluye, habla el legislador.

Bueno, lamentablemente, en Argentina, primero habla el legislador y luego comienza el debate, y esto, desgraciadamente, no debería ser así. El legislador debería cerrar los debates adecuadamente y, lamentablemente, lo que tenemos hoy es un panorama *cuasi* anárquico.

Hay un proyecto de reformas integral a la Ley de Defensa del Consumidor, que trató el tema de los daños punitivos. Ha sido el campo de batalla más duro que ha habido en torno a ese tema, en donde ha habido posiciones encontradas y me parece que quizás pueda llegarse a un buen camino, si el texto final, el último que hemos visto, pudiese llegar a ser aprobado.

Pero, estamos haciendo camino al andar, y me parece que nos falta mucho. La experiencia argentina en este tema no ha sido buena, al menos en mi opinión.

Muchísimas gracias por permitirme participar de este congreso y un afectuoso abrazo para todos ustedes.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias a ti, Daniel. Un gran abrazo.

Pascual Alferillo: Mario, agradecemos la participación de Daniel. Nosotros, los amigos, le decimos Daniel directamente, y ahora vamos a invitar a quien es un queridísimo amigo de Córdoba, también de la Universidad Nacional de Córdoba, para que nos exponga el tema sobre los aspectos que se han tratado de reformar, sobre los daños punitivos.

Todo tuyo para José.

José Fernando Márquez: Muchas gracias, Pascual. Hola, Mario, hola Laurita. Un gusto de verlos una vez más a quienes me hacen sentir en mi casa cada vez que voy a Lima, y muy feliz porque acabo de verlo a Marito jugando al lado tuyo, Mario, y eso para mí tú sabes bien que es un motivo de una intensa, pero muy intensa alegría. Así que a los tres un gran abrazo.

Tanto Guillermo como Daniel se refirieron a los daños punitivos cómo están regulados hoy y cómo están funcionando hoy, y Daniel Pizarro hizo referencia a un proyecto de reformas integral a la defensa del consumidor.

Al estilo de la ley unificada española, se ha presentado y tiene estado legislativo, un proyecto de reforma integral, en el cual han intervenido, desde mi punto de vista, los más importantes juristas del derecho del consumo, encabezados por Gabriel Stiglich y Carlos Hernández, y en materia de daños punitivos traen un artículo, el 118, que, de alguna manera, trata de ir modificando, dándole alguna forma diferente a lo que tenemos hoy en el artículo 52 *bis*, que es a lo que yo me voy a referir ahora.

Recordemos que el 52 *bis*, que es el vigente, dice que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales a instancia del damnificado, el juez le puede aplicar una multa civil.

Esto es lo que llevó a la gran parte o buena parte o una parte, mejor dicho, de la doctrina y la jurisprudencia, es decir, que el daño punitivo se puede aplicar ante cualquier tipo de incumplimiento.

Esto quiere ser superado, de alguna manera, por el proyecto de ley, al delimitar cuál es la conducta que habilitaría al juez porque, tanto en el anteproyecto del Código Civil que no tuvo sanción en este artículo, el 1714, que era el que trataba de incorporar los daños punitivos como un régimen general sólo para los daños de incidencia colectiva, no para cualquier daño, en particular, cómo en este proyecto de ley se dice que se aplicará la sanción punitiva sólo cuando se actúe con grave menosprecio a los derechos del consumidor. Tanto el 1714 de aquel anteproyecto de Código Civil y

Comercial, como éste, el 118 de este proyecto de ley que aún tiene estado legislativo, delimita a conductas que causen o demuestren un grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

Y esto, bueno, ya es un parámetro, si bien no está tipificado de una manera muy rigurosa, es un parámetro, digo yo, importante como para delimitar la tarea del juez.

Éste es el primer aspecto que quiero remarcar; ambos, el anteproyecto del Código Civil y este proyecto de ley, sólo permite la aplicación de daños punitivos, cuando haya un grave menosprecio a los derechos del consumidor, porque seguimos encuadrados dentro de la defensa del consumidor, porque este artículo 118 está incluido dentro de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor.

En materia de legitimación activa, el artículo 52 *bis* vigente dice que lo puede pedir sólo el damnificado, a instancias del damnificado.

En cambio, el proyecto trae algo a lo que ha hecho referencia Daniel Pizarro, dice que lo puede pedir el consumidor, pero también el Ministerio Público Fiscal. ¿Por qué? Porque en la Argentina, en todas las acciones vinculadas a la defensa del consumidor, es parte necesaria el Ministerio Público Fiscal. Necesariamente debe dársele participación al Ministerio Público Fiscal en cualquier reclamo vinculado a relaciones de consumo.

Pero, además, se le da la posibilidad al juez de imponer la sanción de oficio, que es el peligro al cual Daniel Pizarro hacía referencia, aunque con una salvedad. Dice: «a tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda, debe advertir al demandando acerca del posible ejercicio de esta facultad por parte del juez.

Me parece que, de esta manera, lo que están tratando de hacer es evitar, de alguna manera, aquella sorpresa a la cual hace referencia, Daniel Pizarro. Bueno, estoy litigando y puede ser que el juez, a pesar de que no lo haya pedido el damnificado, aplique lo mismo: esta sanción. Sanción que no llama «daños punitivos». En la Argentina se ha tratado de superar

la denominación de «daño punitivo» porque todos sabemos que es una mala traducción de la misma figura del inglés o del régimen anglosajón, y tanto el anteproyecto del Código Civil y Comercial que le llamaba «sanción pecuniaria disuasiva», que es una denominación tomada de un viejo trabajo de la recordada Matilde Zavala de González, quien ella le dio esta denominación a la figura, el proyecto de ley llama «sanción punitiva», de alguna manera, es indicando cuál es el fin que tiene esta multa que se puede aplicar a los proveedores que actúan con grave menosprecio de los derechos del consumidor.

Bueno, esta sanción pecuniaria disuasiva también podría ser aplicable de oficio por el juez si se sanciona este nuevo régimen de defensa del consumidor.

Respecto al monto, es verdad, hoy el monto ha quedado totalmente desactualizado porque en el 2008, cuando se incorporó esta figura, dijo que el máximo eran cinco millones de pesos en una economía inflacionaria crónica como la argentina, poner una multa en pesos es, en realidad, un error importante, hoy ese millón de pesos; esos cinco millones de pesos, son unos cuarenta mil dólares.

En cambio, el proyecto de ley lo lleva a, aproximadamente, un millón seiscientos mil dólares como máxima, porque dice que el importe no puede ser superior al doble del máximo previsto para una multa, y ese máximo previsto son diez mil salarios mínimos vitales y móviles, y eso que el salario mínimo vital y móvil de Argentina, son unos ciento veinte dólares. Nada, pero en materia de daños punitivos, podría llegarse hasta un millón seiscientos mil dólares, lo cual cambiaría absolutamente, por supuesto, la función, si se aplicara este tipo de sanciones en los casos en que amerite semejante monto, por supuesto.

Y, en cuanto al monto de la sanción, que el artículo 52 *bis*, por cuánto, o mejor dicho, cómo ponderamos para determinar cuál es el monto de la sanción, el artículo vigente dice: «el juez aplicará una multa que graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso». Y en el otro, trata de mejorar la reforma, diciendo que se fija tomando en conside-

ración las circunstancias del caso, como dice el 52 *bis*, pero, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, y esto del ilícito lucrativo del cual hablaba Daniel Pizarro, los efectos disuasivos de la medida —esto es central— porque la medida no es una sanción punitiva, sino una sanción disuasiva para que no se vuelva a repetir la conducta que se está multando, el patrimonio del dañador, la reiteración o reincidencia en que haya incurrido el proveedor, la conducta que haya observado durante el proceso —fijense— no antes, no al momento de incumplir con sus deberes de proveedor, sino durante el proceso, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, y esto se vería a los fines de aminorarla, si fuera necesario.

Es decir, que en cuanto al monto me parece que el proyecto mejora sustancialmente el fin que tiene la figura.

En cuanto al destino, también Pizarro dijo recién, bueno, el artículo 52 *bis* vigente dice que el destino es el patrimonio del damnificado, y esto ha creado muchas discusiones doctrinarias, tanto en el anteproyecto de Código Civil y Comercial, en el artículo no sancionado como en el proyecto de ley de reforma a defensa del consumidor, el destino lo determina el juez. Dice que el juez asignará, según su criterio, si una parte va al damnificado y una parte va para otro tipo de fines, es decir, lo deja absolutamente abierto.

Otra cuestión que en la Argentina no está clara, porque dice el artículo 52 *bis*, que al proveedor que no cumpla con sus obligaciones, y tenemos en cuenta que dice que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor.

Bueno, el artículo 118 de la reforma, en realidad, dice que si dos o más proveedores son autores de la conducta, su responsabilidad es solidaria; es decir, no todos quienes hayan intervenido en la cadena de comercialización, que es una de las interpretaciones que se hace del 52 *bis*, lo que lleva a una aplicación, a lo mejor, mesurada de la figura; el artículo 118 de la reforma propone que sólo sean aquéllos que sean autores de la conducta.

Y, por último, otro tema que ha planteado bien la profesora, creo que era la profesora boliviana o la profesora peruana o alguna; no recuerdo cuál de las dos, era el tema de la profesora boliviana que hablaba de la asegurabilidad.

Bueno, sobre la asegurabilidad también en la Argentina se ha discutido mucho si es conveniente, si no es conveniente. El artículo vigente nada dice sobre esto. Las jornadas de derecho se han pronunciado, en general, en contra de la asegurabilidad de los daños punitivos o de la sanción pecuniaria disuasiva, como se llamaría ahora «sanción pecuniaria», porque le restaría eficacia a la herramienta como disuasión, y esto lo refleja en el inciso 5 de este artículo 118 de la reforma, que dice que la obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.

En definitiva, lo que he tratado de hacer es traer a esta palestra qué es lo que se está estudiando en la Argentina sobre los daños punitivos, más allá de lo que está vigente y de cómo se está aplicando.

Y esto es, desde mi punto de vista, importante porque en la Argentina —me voy a tomar estos dos minutos que me quedan—, en la Argentina la doctrina tiene una importancia relevante a la hora de determinar las reglas de derecho.

Este artículo 52 *bis* del 2008 ha sido interpretado y reinterpretado a partir de una fuerte labor doctrinaria. La jurisprudencia escucha mucho a la doctrina en la Argentina. Yo esto lo he escrito, a la doctrina como fuente del derecho y, sobre todo en la Argentina, demostrando de qué manera los estudios que se van realizando a partir de un determinado texto legal van modificando su interpretación y sus reglas de aplicación.

Por eso quise traer este proyecto de ley y porque esté sancionado o no esté sancionado, o si se llega a sancionar o no, yo creo que hay buenas posibilidades de ser sancionado, sobre todo porque el director nacional de defensa del consumidor, es uno de los autores de este proyecto, Sebastián Barocelli, pero más allá de eso, cuando la jurisprudencia tiene que aplicar

la norma, se fija en lo que está diciendo la doctrina en el momento en que la va a aplicar.

Creo que este proyecto de ley, si se sanciona o no se sanciona, seguramente va a ser una fuente de estudio para dicha aplicación.

Nuevamente, Mario, mi abrazo. Laurita, un beso inmenso y me alegro de que Marito pueda seguir jugando y disfrazándose como lo vi recién, disfrazado no sé de qué.

Que disfrute mucho su familia y que pronto nos volvamos a ver.

Gracias, Roger, porque vos sos el autor de todo esto.

Gracias a todos.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido Fernando. Un gran abrazo para ti y tu familia. Muchas gracias.

José Fernando Márquez: Muchas gracias a ti.

Pascual Alferillo: Bien, Mario. Le agradecemos ahora a José Fernando su disertación, y como le costó a todos, a los maestros de ceremonia, también tengo mi plazo y mi tiempo, y lo que quería rescatar en primer momento, en el hecho de que estamos contigo en este momento cinco extranjeros y uno nacional del Perú, y la casualidad es que de esos cinco, cuatro argentinos de la Universidad de Córdoba, yo soy el único que no estoy viviendo en Córdoba —vivo en mi querido San Juan— tenemos una raíz común que nos enseñó mucho y yo sé que esa raíz común es cara a tus sentimientos.

Fuimos todos discípulos de Luis Moisset de Espanés. Todos los que vivimos, convivimos desde aquella aula 15, fundamentalmente, los más viejos, Daniel Pizarro y yo, y luego Fernando y Guillermo Tinti, lo disfrutaron mucho más porque yo volví a mi provincia.

Eso nos permitió esta experiencia que te digo, Mario, nos permitió ver, utilizando las palabras de Franz Kafka, la metamorfosis; una metamorfosis especial que ocurre en ciertos profesores; en ciertos profesores que pasan de ser simplemente profesor, pasan a ser maestro. Y esta metamorfosis, creo que vos no te has dado cuenta, tus discípulos no se han dado cuenta hoy qué está ocurriendo.

Hoy no sólo debe ser un homenaje por los treinta años de profesor, hoy vienen a hacerte, oh, maestro, ha nacido el maestro, y luego será como con Fernando, con el amigo que quizás nos acompañe hasta el resto de sus días.

Esta expresión de profunda amistad es que se va generando en la cátedra. Yo siempre la miraba con esa vista especial del discípulo o del amigo; veo a Luis desde muy joven, desde ser estudiante y compartir, y he buscado y siempre tenía cerca un libro de Chiovenda, mejor dicho de Calamandrei cuando se hacía su admiración a Chiovenda. Y de ese libro hoy he rescatado una frase que va a sintetizar y va a apoyar lo que José Fernando te termina de decir.

Cuando él escribía, dice «los bienes que verdaderamente cuentan, aquéllos por los cuales de la vida merece verdaderamente ser vivida, se resumían para él en aquella biblioteca en que pasó trabajando la mayor parte de sus años, teniendo en la habitación de al lado la compañía de las queridas voces familiares», y hace un agregado «por una ventana miraba el cielo: biblioteca, familia y cielo».

Esta inspiración que todos tenemos en este *metié* de ser jurista o de creernos ser juristas, simplemente, somos, como yo digo, unos obreros del derecho que trabajamos permanentemente para llegar al futuro.

Esto yo les quería transmitir porque hoy creo que es un acto más que de en homenaje al profesor, al nacimiento de un maestro del derecho en Perú. Y no es poca cosa, porque de ese maestro del derecho en Perú va a nacer una escuela peruana muy fuerte, que se va a reflejar en veinte o treinta

años como se refleja hoy con Daniel Tinti, con José Fernando y un poco, desde la lejanía, mi aporte a la evolución del derecho.

Realmente, me emociona leer ese libro cada vez que tengo que rendir homenajes. Recordarán al maestro, al propio maestro que sé que compartió contigo mucho tiempo, y esas fueron las enseñanzas que nos dejaron, las enseñanzas hermosas porque en el final de los tiempos, como digo yo, ¿qué nos queda a los juristas? Más que los libros, más que todo, nos quedan los amigos.

Esto es fundamentalmente lo que tenemos que rescatar y que rescatamos hoy.

Ya un poco entrando en el tema, realmente, la disertación de Sandra con toda su visión desde el país de Bolivia, fundamentalmente, el tema de la asegurabilidad, que lo pone en el tapete como lo termina de escribir Martín y lo termina de marcar Daniel, porque es uno de los temas complejos que produce problemas.

Silvia nos hizo un recuerdo de toda la historia de los daños punitivos, cómo evolucionaron y, ya ingresando en nuestra problemática nacional, Daniel hace un recuento que se pone en una tercera posición Daniel, ya en los escépticos de cómo se ha tratado el tema, de cómo ha evolucionado el tema en la República Argentina.

Y, a veces, los temas en la República Argentina tienen una evolución un poco dramática, problemática, como yo en alguna oportunidad dije: «los legisladores duermen la siesta» porque dicen normalmente, como decía Aída, que los legisladores deben actuar después de que citen a los juristas, por ahí los legisladores siguen durmiendo su larga siesta, como ocurrió durante muchos años en el derecho de daños.

Pero, lo importante es que hoy se trabaja. Este tema está en nuestro mundo y, en efecto, marcan, Tinti marcó la jurisprudencia. Este fallo creo que fue también de alguien vinculado al grupo que, para él le pareció una injusticia darle toda la retribución al consumidor y, de tipo pretoriano,

fuera de la ley es que *ex lege* dijo y dividió en una forma diferente de lo que la ley le mandaba.

Evidentemente, esto no es lo que la ley quiere, más allá de que la ley argentina es muy abierta con los jueces, tiene mucha confianza con los jueces; en la razonabilidad de los jueces, pero, a veces, no es lo que ella pretendió.

De Fernando es importantísimo el aporte que ha hecho en cuanto a traer este reflejo de lo nuevo de los estudiosos, qué es lo que quieren, a dónde quieren ir con el tema.

Pero, a mí me ha dejado todo esto una preocupación grande, muy grande en el derecho vigente; el derecho de hoy, no del porvenir, que puede ser muy bien perfeccionado, porque recordaban los amigos que hubo en el proyecto y lo leyó José, el proyecto original que envía la comisión reformadora tenía una redacción especial para la sanción pecuniaria disuasiva, pero en la noche de la legislatura hubo varios cambios; algunos que son seguramente preocupantes que se pusieron en ese pie, en ese camino de la sesión legislativa, y nos dejaron dos artículos que yo he tenido oportunidad ya de escribirlo, de comentarlos, pero un poco es de la visión de la judicatura del juez, del juez, los muchachos colegas juristas, han visto desde el hombre que litiga, de la preocupación del que litiga.

Pero, el juez, cuando tiene el arte permanente de interpretar la norma, cuando vemos los artículos que nos han dejado en el Código Civil y Comercial nos genera otra preocupación más. Porque en esos artículos aparece el 1714, que cambió el artículo original que tenía el proyecto y dice: «Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición razonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto».

El artículo 1715 dice: «Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida».

Primero, este artículo 1715 es absolutamente innecesario, porque ya en otro artículo, el 1742, les daba facultades a los jueces para atenuar la responsabilidad.

Ésta es una tautología, como diríamos, una repetición innecesaria.

Pero nos queda el 1714, y ahí comenzamos a hacernos preguntas. Las preguntas que nos hacemos: ¿Quién aplica las condenaciones pecuniarias administrativas? Está bien, puede ser el poder político, el poder administrativo que en un trámite aplique una sanción, pero sanción disuasiva. Ya estamos fuera del margen de la Ley de Defensa al Consumidor, que José tiene el proyecto restringido a ese nivel.

Pero, acá esta norma está abriendo a otras posibilidades que están por fuera del derecho de los consumidores. Está bien, puede ser que, entonces, el juez, ante un reclamo de la parte perjudicada por la sanción administrativa, pida la morigeración de esa sanción.

Más allá de ello, vamos, avancemos. Pero, nos dice que también pueden ser impuestas penales o civiles. Y tienen una sanción, una condenación pecuniaria de carácter penal. ¿Un juez civil puede realizar una sentencia penal? ¿Está en el Código Civil y Comercial? No está en el Código Penal esta facultad.

Y, sigamos, ¿pena civil, quién la coloca? ¿Quién la impone? La tiene que imponer un juez, no la puede imponer un particular, porque si no, estamos en las cláusulas penales, estamos en otra cláusula, pero es el juez quien tiene que imponer una condenación pecuniaria disuasiva.

Por eso yo sostengo que la facultad no ha sido perdida; no la ha perdido la judicatura argentina la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias disuasivas, porque es malísima. Como dice Daniel, por ahí dice: «mala e imponente», dice.

Peor es la regulación que nos dejaron. Éste era el tema. Si nosotros leemos como lo acostumbramos los jueces a tener que leer la norma, a

veces, disecando lo literal, lo gramatical, lo sistémico y lo coordinado con la Constitución, quién impone. ¿Puede imponer cualquiera una sanción pecuniaria de carácter civil? Solamente un juez.

Y, además, otro detalle final. El juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. Tiene la facultad de morigerarla, pero no va a tener la facultad de imponerla.

Yo, la verdad que a veces, en las definiciones legislativas hay que hacer un esfuerzo tremendo para interpretarla, y uno de esos esfuerzos en otro nivel es éste.

En el tema, ya para comenzar a cerrar y dejar paso al próximo grupo, al próximo panel internacional, yo creo que ha sido peor el remedio que la enfermedad, porque si los jueces, más allá de que se sobreentiende que, personalmente, el legislador quiso quitarle la facultad, hizo tan mal las cosas, que, realmente, no los ha privado a los jueces de la posibilidad de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas, porque la norma lo permite. De una lectura fina de la norma sí permite.

Y no podemos empezar a hablar de que no tienen una naturaleza penal, que es lo que algunos autores de Buenos Aires critican; dicen, «esto es de naturaleza importante, inconstitucional, pero sí tenemos que ver que es muy importante esta sanción en el tema de la prevención del daño, porque tienen dos funciones las sanciones pecuniarias disuasivas: una es sancionar el daño ocasionado y que puede seguir ocasionando el que generó riqueza en el dañador, y otra es prevenir en el futuro que siga, que continúe haciendo; por eso es disuasiva, por eso trata de disuadir a quien está produciendo daño y que no produzca más ese daño.

Mario, realmente, queremos ser muy sintéticos. Hemos disfrutado muchísimo esta coordinación junto con José Fernando, con Daniel, con Guillermo Tinti, y nos queda decir que hoy nace un maestro porque se ha producido esa crisálida con esto.

Mario Castillo Freyre: Agradezco muchísimo las palabras de mi querido Pascual.

Pascual Alferillo: Marito, gracias, al final quería decir gracias por todo.

Mario Castillo Freyre: Gracias a ti, queridísimo Pascual. Un abrazo, cariños a la familia.

MESA N.º 12: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
«NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO»

César Candela Sánchez
María Antonieta Delgado Menéndez
Gonzalo García-Calderón Moreyra
Alonso Bedoya Denegri
Carmen Parra Rodríguez

Roger Vidal Ramos: Buenas noches, vamos a dar pase al último panel, culminando estas tres jornadas maratónicas.

Agradecemos a todas las personas que están conectadas en este panel. Va a estar dirigido por el doctor Gonzalo García-Calderón. Vamos a ver si se encuentra el doctor Gonzalo.

Gonzalo García-Calderón: ¿Qué tal? ¿Cómo estás? Buenas noches. Roger, buenas noches, Mario, buenas noches con todos.

¿Qué tal? ¿Cómo están? ¿Qué tal? Buenas noches, gusto de verlos.

Mario Castillo Freyre: Igualmente, Gonzalo. Gracias.

Gonzalo García-Calderón: Vamos a dar inicio al último panel. Vamos a tener cuatro exposiciones.

Tenemos, más o menos, doce minutos por cada uno, así que trataremos de ser exigentes con el tiempo.

Quiero presentar al primero de los expositores, que es César Candela, César Lincoln Candela Sánchez; gran amigo que es, evidentemente, abo-

gado por la Universidad Católica; profesor de varias universidades; autor de numerosas publicaciones; coautor del *Tratado de introducción al derecho internacional privado* y está la otra coautora, María Antonieta Delgado; excelentes profesionales, y creo que no voy a ahondar en más calificativos, porque se sonroja el doctor Candela cuando hablan tanto de él.

Simplemente quiero, antes de darle el uso de la palabra, felicitar a los organizadores, felicitar a Mario y agradecer porque siempre el derecho internacional privado es el patito feo del derecho civil. Siempre lo ningunean al derecho internacional privado, y no se dan cuenta de que, finalmente, éste es, se trata de una institución sumamente relevante que, además, busca resolver conflictos en todo ámbito de cosas, pero en el ámbito contractual, en el ámbito de familia, en el ámbito de reales, en fin, en todos los ámbitos, para efectos de resolver controversias que tengan contenido de carácter internacional porque existe un elemento extranjero que esté vinculado a dos o más ordenamientos jurídicos; en consecuencia, eso hace que esta institución tenga particularidades y que se deban conocer sus instituciones a fondo.

Y, muchas veces, en algunas universidades me he topado con la ingrata sorpresa de que, o no se dicta el curso o se dicta en el último ciclo muy a la ligera. Los alumnos están preocupados en practicar y se olvidan de que esta materia es, no sólo importante, sino que les va a servir muchísimo en su vida con la globalización que estamos viviendo el día de hoy.

Y termino, para no alargar mi presentación, dándole el uso de la palabra a César, señalando que en el Perú ha habido extraordinarios cultores de esta materia. El Perú es promotor, líder a nivel internacional, a nivel latinoamericano, para no hablar de académicos ya fallecidos, vivos tenemos a la doctora Delia Revoredo, tenemos al doctor McClean, al doctor Delgado, el papá de María del Carmen, que es una institución que sigue activo, y que es uno de los exponentes de esta corriente tan importante en nuestro mundo académico.

Sin más, le doy el uso de la palabra al doctor Candela. Adelante, por favor.

César Candela Sánchez: Muy buenas, noches.

Muchas gracias por las generosas referencias hacia mi persona, mi querido Gonzalo.

Muy buenas noches con todas, con todos. Sean mis primeras palabras para agradecer profundamente a los doctores Roger Vidal Ramos y Milo Ruiz González, de la comisión organizadora, por la honrosa invitación realizada al suscrito para participar en el congreso de homenaje a los treinta años de docencia universitaria del querido profesor, doctor Mario Castillo Freyre, que cumplió, precisamente, el día jueves, el día de ayer, 20, y que hoy celebramos todos los aquí presentes, unidos por este medio virtual de la comunidad jurídica, organizadores del congreso, así como, en definitiva, juristas nacionales extranjeros, profesionales, estudiantes de derecho; amigos que nos acompañan a través de esta transmisión *online*.

Un placer especial estar acompañado en esta noche, en esta mesa n.º 12, dedicada a las nuevas tendencias del derecho internacional privado, por la profesora María Antonieta Delgado Menéndez, por el profesor Gonzalo García-Calderón Moreyra, la profesora Carmen Parra Rodríguez y por el doctor Alonso Bedoya Denegri.

Pues, bien, muy honrado de contribuir junto a tan prestigiosos colegas y al congreso de homenaje a nuestro querido profesor, Mario Castillo Freyre, por sus treinta años de docencia universitaria.

Quisiera empezar contextualizando el tema, brevemente, de la globalización y cómo esto puede tener un impacto en la caracterización de la relación privada internacional en la condición del individuo como habitante del universo, como un ser cosmopolita.

Esta idea de la visión ecuménica de la vida humana de relación, de Carrillo Salcedo, citado por el profesor César Delgado Barreto, en la obra *Introducción al derecho internacional privado*, en definitiva, nos lleva a mirar al individuo como un ser cosmopolita, y en toda su potencialidad como un habitante del universo.

Sin embargo, la globalización, que es un fenómeno que ha acompañado siempre a la humanidad, aunque como en su concepto moderno, la globalización es de finales del siglo XIX en el segmento de 1870, 1914, fundamentalmente, debido al empleo extensivo del barco a vapor, fundamentalmente esto favoreció en gran medida a la movilidad del desplazamiento de bienes, los intercambios comerciales y, del mismo modo, también la movilidad de personas.

Con el período, más bien, en que se detuvo esta movilidad comercial en el período entre guerras, entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, y que se reimpulsa nuevamente, a partir de 1945 y luego, posteriormente, con el gran impulso estadounidense, que condujo finalmente al acuerdo general, al acuerdo del GATT sobre el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y de comercio.

Y esto, fundamentalmente, marca un período en el cual se amplían los mercados de los países, el comercio, la inversión, del modo cómo Irwin Douglas es citado, precisamente, en el país, va a trazar en este ámbito como característica de la globalización marcadamente económica.

Y esto se puede, en alguna forma también, visualizar o graficar en esta frase que «en la palma de la mano puede caber el mundo entero». La idea de la globalización.

Bueno, esta máxima aspiración de la globalización económica por la cual, por ejemplo, un iPhone, el diseño de un iPhone de Estados Unidos, finalmente, puede ser ensamblado en China, pero con componentes que han sido producidos por doscientas empresas en cuarenta países alrededor del mundo en los cinco continentes. Lo cual nos da una idea, precisamente, de la integración de las relaciones jurídicas; esto que se denomina el *off-shore* de la globalización, como deslocalización que, ciertamente, no está solamente referida al comercio internacional, también acompaña al ámbito de la movilidad humana, las migraciones internacionales, hoy todo afectado por este diminuto y mortal virus por el cual los Estados, más bien, se refugian en normas conocidas en el derecho internacional privado, como normas autolimitativas o de aplicación inmediata. Esas normas, las

normas más nacionales que procuran salvaguardar la viabilidad de los Estados, de su población.

Bajo esta aspiración, se apela a normas proteccionistas, de ser de fronteras físicas, de establecimiento de barreras y controles con legítimos fundamentos, ciertamente.

Por ejemplo, se señala que el reporte de Global Trade Alert, que en 91 naciones han implementado un total de 191 controles de exportaciones de suministros médicos y 31 de estos países han ejecutado 49 restricciones a la venta al exterior de productos agrícolas y alimenticios.

Esta afectación a los sistemas de las cadenas de suministro en el mundo, que, en definitiva, sirve al apalancamiento de dos tercios del comercio mundial, lleva a que se intensifique otro nuevo fenómeno: el fenómeno *reshore*, es decir, a volver a producir para el mercado interno, una suerte, digamos, de la repatriación o el retorno al país de activos, de bienes de capital de trabajo, este factor de producción que, incluso ahora se plasma a través del trabajo remoto; del teletrabajo.

Mark Zuckerberg, por ejemplo, el fundador de Facebook, refiere en unas recientes declaraciones pronunciadas en mayo, en El País, que la empresa estaría dispuesta a contratar personal remoto de una manera agresiva, estimando que la mitad de la plantilla podría teletrabajar en los próximos cinco años.

Muy bien, la globalización está lejos de desaparecer, y por ello, en los breves minutos que me restan, intentaré enlistar las tendencias del derecho internacional privado, fundamentalmente, en este contexto, que está referido, en primer lugar, una primera línea, al impacto de la producción normativa del derecho internacional privado en los derechos nacionales.

Sobre este punto, la profesora argentina, Paula All, refiere que el derecho internacional privado impacta; la producción normativa del derecho internacional privado impacta en los derechos nacionales, a través de dos vías.

La primera, por la producción intergubernamental, que, como bien conocemos, está referida a la labor de los Estados, fundamentalmente, para la promoción de Tratados, la articulación de entendimientos; y, la otra, por una vía indirecta, fundamentalmente, la adopción varía por la inspiración del instrumento internacional.

Es decir que el estándar internacional ingresa al derecho interno, no aprueba el trámite formal del perfeccionamiento interno de un tratado, sino por la fuente, la inspiración que tenga este estándar internacional en el molde nacional, por decisión del propio Estado o de los propios Estados.

Pues, bien, esta perspectiva es lo que ha permitido el primer ámbito, destacar importantes avances en el plano del derecho internacional privado, por ejemplo, en el ámbito de lo que son los trabajos de la OEA, las Fidips, fundamentalmente, en el ámbito de familia, un nutrido número de instrumentos internacionales en esa temática; y, por otro lado, también, lo que está referido a los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Esta organización intergubernamental que conmemoró el 2018, 125 años, fundamentalmente, ha incorporado un plan estratégico del 2019 al 2022, donde apuesta justamente por la promoción de instrumentos jurídicos en el plano de tratados, y también de instrumentos jurídicos no vinculantes. Es decir, otro tipo de, digamos, de metodología a partir de que el instrumento, en este caso, no vinculante, como pueden ser las leyes modelos o igualmente los ámbitos también de las, digamos, las leyes modelo que resulta importante adoptar por la vía de la incorporación.

Igualmente, como temas que marcan las nuevas tendencias en el derecho internacional privado, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha incorporado, por ejemplo, como temas de palpitante actualidad, el de la apostilla electrónica, la maternidad subrogada, que brindará la posibilidad ciertamente en el ámbito de las personas para que puedan tener la posibilidad, por ejemplo, de la vía de consolidar una familia.

Igualmente, también, el acceso a la justicia para los consumidores de los servicios turísticos; una iniciativa brasilera muy importante frente a lo que significa también el derecho a los consumidores en servicios turísticos; acuerdos de familia de los hijos; temas de jurisdicción y reconocimiento y ejecución de órdenes de protección extranjeras.

Pues, bien, esto en el ámbito de los instrumentos, incluso, de carácter jurídico como los tratados. En esta temática, fundamentalmente, tan actual que está y de la digitalización que, fundamentalmente, caracteriza a los tiempos presentes.

Y, por otro lado, también otra vía, otra segunda vía de impacto de la producción normativa se está plasmando por la impronta de los particulares. Es decir, por la producción privada.

El doctor Vidal, en su intervención en el panel que desarrolló, hizo referencia a la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, la cual, en los artículos 8 y 9 incorpora la aplicación tácita de los principios de Unidroit y de los Incoterms al contrato. Los Incoterms, fundamentalmente, estos términos comerciales que están definidos por la Cámara de Comercio Internacional de París, once reglas al 2020, y que procura garantizar seguridad jurídica a los contratantes, en cuanto a los derechos, obligaciones, fundamentalmente, para evitar incertidumbres derivadas de dichos términos en los diferentes contratos de compraventa internacional.

Por otro lado, también All refiere la posibilidad de aplicar los principios de acceso transnacional a la justicia, los principios Transjus de la Asadip de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado; es decir, fundamentalmente, producción privada; y estos principios de carácter transnacional servirían de gran utilidad para contribuir a resolver los litigios en que intervengan entidades estatales, carácter de naturaleza comercial, incluso, en el plano administrativo.

Referir ya en este ámbito también una reflexión de Fernández Arroyo, citado por Atkins, refiere que, en definitiva, se pregunta si el derecho in-

ternacional privado puede ser considerado tan sólo una disciplina estatal. Digamos que la impronta de los particulares, fundamentalmente, marca la expansión del derecho internacional privado, incluso en los tiempos de la globalización, con las características que estamos señalando.

Pues, bien, la intensificación de la digitalización lleva, incluso, a establecer una suerte de nuevo factor de conexión, la necesidad de establecer la presencia digital significativa o *significant digital presence* que permitiría, fundamentalmente, trazar un lugar fijo de negocios, por ejemplo, a partir de la construcción de un nuevo factor de conexión.

Tenemos en el derecho internacional privado, en el plano tributario dirán, nexo imponible dirán los tributaristas, pero esta presencia digital significativa va a permitir establecer, a partir de los ingresos, el número de usuarios, los contratos, criterios de trazabilidad de una suerte de huella digital, con el fin de enmarcar la jurisdicción para la dimensión transfronteriza de las actividades y los nuevos modelos de emprendimientos y de empresas digitales y de negocios.

Finalmente, referir una iniciativa muy importante que se plasmó en el anteproyecto para la reforma del Código Civil peruano, alcanzado por el grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984, conformada por el Ministerio de Justicia y que, en el caso del Libro X del Código Civil de derecho internacional privado, bajo la presidencia del profesor, doctor César Delgado Barreto, planteó una propuesta de modernización, con artículos de gran utilidad para conducir las nuevas tendencias del Libro X. Así, encontramos aportes esenciales del doctor Delgado Barreto, de la doctora Delgado Menéndez, María Antonieta, María del Carmen, Gonzalo García-Calderón, junto a otros juristas en la incorporación de definiciones del domicilio internacional en el artículo 2046-A; la calificación de las instituciones jurídicas del derecho peruano, ampliadas por la interpretación analógica y comparativa 2047-A; aplicación armónica y diversos hechos vinculados a la relación 2047-B; y, en particular, la regulación sobre las normas de aplicación inmediata, el artículo 2049; tanta repercusión en tiempos de la pandemia.

Agradecer, finalmente, a la organización por la iniciativa del congreso-homenaje al querido profesor Mario Castillo Freyre; mi profesor en el postgrado. Felicitarle por los treinta años de docencia universitaria y su gran contribución con sus altísimas calidades personales y capacidad de trabajo a la investigación jurídica del Perú, y la pasión por el derecho civil en la que se forjan las y los futuros profesionales del país.

Muchas gracias, Mario. Muchas felicidades querido Mario por esta fecunda labor y muchas felicitaciones a los organizadores y participantes de este congreso-homenaje.

Muchas gracias a todos.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, querido César.

Gran abrazo; gracias.

Gonzalo García-Calderón: Gracias, César. Has sido, como siempre, exacto en tiempo y brillante tu exposición, como siempre.

César Lincoln Candela: Muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón: Voy a presentar ahora a María Antonieta Delgado, que es abogada por la Universidad Católica, profesora de la facultad de derecho en la materia que estamos conversando: derecho internacional privado por la misma universidad. Ha estudiado en numerosos países, en Francia, Brasil, México; es árbitro. Ha escrito también numerosos artículos y libros en la *Biblioteca* de Mario Castillo, si no me equivoco, el número 44 es un tomo dedicado a María Antonieta, respecto a la ley aplicable.

En fin, está vinculada a la reforma de la justicia, y le doy el uso de la palabra por el plazo de doce-trece minutos.

María Antonieta Delgado: Ante todo, yo quiero expresar el privilegio que siento de estar hoy compartiendo este tan merecido homenaje a nuestro

tan querido amigo, Mario Castillo. Y querido por toda la familia Delgado; un abrazo especial de nuestro padre, el doctor César Delgado Barreto.

Ayer escuchaba algo que quiero hacer mío y que creo que todos lo hacemos. Mario es el amigo que todos quisieran tener, y yo le agrego: y que sus amigos tenemos el privilegio de saber que siempre podemos contar con él.

Es un amigo que es la excelencia, la nobleza, la generosidad hecha persona, hecha profesional y hecha maestro.

Mario, te queremos y admiramos mucho, y nos sentimos muy dichosos de compartir esta fiesta contigo; esta fiesta en tu homenaje, que es la fiesta del conocimiento y del saber, compartido y generoso que tú encarnas. Un gran abrazo, querido amigo.

Y también quiero expresar mi alegría por haber recuperado mi identidad. Me pasé dos días en el congreso con el nombre de mi hermana María del Carmen, y no sé si se preguntaban por qué hay dos María del Carmen; dos fotos diferentes, pero con el mismo nombre. Bueno, ocurrió creo que lo que pasa, a veces, con las gemelas, me pasé pidiendo que reconozcan mi presencia, hasta que felizmente hoy día sucedió.

Y, ¿saben qué? Recordé nuestras primeras clases en la facultad de derecho, y cuando llevábamos un curso, me acuerdo con Fernando de Trazegnies, que cuando tomaba lista los primeros días de clase, decía: *bis*. Pero, claro, la suerte que tenía yo que *bis* era mi hermana, porque yo soy María Antonieta, venía primero y ella venía después: María del Carmen.

Pero, bueno, como dije, gajes de gemelas.

También quería expresar la felicidad, la alegría de estar aquí compartiendo con amigos tan queridos esta mesa, como Gonzalo, como Cesitar, que son, además, cómplices en esta importante disciplina que, claro, es compleja así, pero como dice el doctor Delgado, y siempre nos cuenta algo muy interesante que le pasó. Alguien le dijo alguna vez esa disciplina

exótica que enseña el doctor Delgado, y mi papá siempre dice: «Pero, felizmente, no dijo esotérica».

Pero, bueno, exótica ya no es como decía Gonzalo. Las relaciones privadas internacionales que traspasan las fronteras de los Estados a diario, y que se vinculan con una multiplicidad de países de ordenamientos jurídicos, son el pan de cada día.

Como decían, tanto Gonzalo como César, estamos nosotros viviendo en un mundo cosmopolita; un mundo globalizado, en un mundo multicultural, con grandes procesos migratorios, grandes procesos de integración; con un avance fabuloso de la tecnología y con una avalancha de relaciones privadas internacionales; y no sólo físicas, sino también virtuales.

Las relaciones privadas internacionales que realizamos hoy, durante todos estos últimos meses a diario, en cada momento, en el ciberespacio, que son el objeto del derecho internacional privado. Un derecho internacional privado que está marcado en el siglo XXI por nuevas tendencias y por nuevos escenarios.

Ya César ha mencionado, tenemos una sociedad nueva, un nuevo tipo de sociedad; una sociedad de la comunicación de la información, estructurada en redes como una multiplicidad de relaciones privadas internacionales que se realizan en el mundo físico y en el ciberespacio.

Tenemos un Estado postmoderno que comparte la producción legislativa con grandes sectores de la vida económica profesionales. Por ejemplo, en el campo del comercio internacional tenemos la *lex mercatoria*, hoy además en su variante *lex mercatoria electrónica* o *lex mercatoria del ciberespacio* y *soft law*, pero donde el Estado conserva un rol fundamental, del cual no puede prescindir, y es el de garante de los derechos fundamentales de las personas y los grupos vulnerables que se hablaba en la mañana, particularmente, lo que estamos viviendo todos: los contratos de consumo. El famoso *B to C: business to consumer*.

Todo ello ha impactado profundamente en el derecho internacional privado, a tal punto que se ha convertido en un canal de comunicación jurídica, inclusive, se habla de la constitucionalización del derecho internacional privado, y ha dejado de ser un mero instrumento para repartir competencia; para repartir competencia legislativa: ley aplicable; y para repartir competencia jurisdiccional: tribunal competente.

Hoy el derecho internacional privado se ha convertido en una pieza de diálogo entre culturas, a tal punto ha sido impactado, que ha creado en el derecho internacional privado nuevas normas de conflicto, que son las normas típicas del derecho internacional privado.

Pero, ¿qué es lo particular? Ha roto la neutralidad de la norma de conflicto y ha creado normas de conflicto especiales para proteger a la parte débil de la relación en los contratos donde se presume que las partes no estamos en igualdad de condiciones. El típico caso de los contratos de consumo y los contratos de trabajo.

Me voy a referir, entonces, brevemente, a qué tendencias podemos nosotros referirnos; qué tendencia podemos ver y vivir respecto a las relaciones contractuales internacionales. Ya César se ha referido a las demás; al conjunto de relaciones privadas internacionales; y, particularmente, el campo contractual.

Al derecho internacional privado le toca regular la determinación de la ley aplicable a los contratos; estos contratos que se vinculan con varios países y con varios derechos.

También le corresponde determinar el tribunal competente. Y ¿cómo lo hace? ¿Cuál es la regla de oro en el siglo XXI? Es el rol privilegiado de la autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que la facultad que tenemos las partes de determinar, de elegir la ley rectora de nuestro contrato y la facultad que tenemos de también elegir el tribunal competente.

Ahora, ¿por qué autonomía de la voluntad? Porque aporta previsibilidad, certeza, seguridad jurídica, adecuación y equidad.

Inclusive, se habla de la doble eficiencia de la autonomía de la voluntad, porque nos permite elegir de antemano, identificar de antemano el mejor derecho y el mejor juzgador: el mejor juez o tribunal.

Esto, en el siglo XXI, si bien tiene una consolidación muy importante, sí es un poder jurídico limitado, como se ha mencionado, en las anteriores exposiciones, o que la libertad de las partes, tanto para fijar el contenido material de su contrato, como elegir la ley aplicable, que es la justicia conflictual, la autonomía de la voluntad conflictual, es limitado.

Y hay *soft law* muy importante, no sólo normas de *hard law* que se han desarrollado en este campo.

Se mencionó hace un momento los principios que se han desarrollado en el seno de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado sobre la ley; el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales aprobados el 2015, que tienen como eje la autonomía de la voluntad.

Ahora, ¿qué pasa en el Perú?, ¿cuál es la foto del Perú?, de nuestras normas en relación con la autonomía de la voluntad.

Nuestro Código Civil y un avance muy grande respecto al Código Civil anterior.

Como se mencionó hace un momento, tenemos un libro de derecho internacional privado, que es el Libro X, y también tenemos una norma, que es el artículo 2095, donde por primera vez se reconoce explícitamente la autonomía de la voluntad; la facultad que tenemos las partes de elegir la ley rectora del contrato.

Pero, también, como se decía hace un momento, después de treinta y cinco años requiere ajustes; requiere modernización; requiere que uniformicemos con otras normas del ordenamiento jurídico peruano.

Por ejemplo, el artículo 2095 exige que la elección sea expresa, mientras que la Ley de Arbitraje del artículo 57 no exige que la elección sea

expresa, y en cuanto a nuestras normas de fuente internacional, también hemos ratificado hasta ahora convenios muy antiguos en esta materia.

El más moderno y el que también se mencionó en su momento, que César lo mencionó, la Convención de Viena de 1980 sobre el contrato de compraventa internacional y mercaderías, pero sólo es aplicable a los contratos de compraventa.

Tenemos pendientes de ratificar convenios más modernos, como, por ejemplo, la Convención sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de esta Convención Interamericana de 1994.

Pero, nos preguntamos cuáles son las tendencias cuando las partes no eligen; cuando las partes no elegimos. Y aquí entran los factores subsidiarios.

Tenemos la tendencia antigua y la tendencia nueva. La tendencia antigua, como nuestro artículo 2095 del Código Civil. Las partes lo eligen, se imponen factores de conexión prefijados por el legislador.

En nuestro caso, lugar de ejecución o cumplimiento de los contratos, en su defecto, lugar de celebración.

Mientras que la corriente moderna propugna factores de conexión flexibles. Y esto ya viene desde la Convención de Roma, el Convenio de Roma de 1980, sobre Ley Aplicable a los Contratos Internacionales, en el Marco de la Unión Europea, que fue ratificado por el Reglamento Roma I de 2008 sobre el mismo tema, que lo sustituyó.

También están consagrados estos factores flexibles por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994.

Y ¿cuál es la novedad? Ya no se imponen factores de conexión; se le dice al juez «Si las partes no eligieron, tú tribunal, vas a determinar la ley aplicable en base al derecho que consideres que tiene vínculos más estrechos con el contrato, fundado en el principio de proximidad; lo que se co-

noce como *the proper law of the contract*. Es decir, se busca la ley más apropiada; e derecho más vinculado, y con lo cual, se da a los jueces un rol muy importante en la justicia conflictual. Inclusive, se han planteado, lo hace el Convenio de Roma, lo hace el Reglamento Roma I, ayudas para los jueces. Las ayudas son específicamente presunciones. Presunciones que se le dan a los jueces por determinar el derecho más vinculado con el contrato.

Por ejemplo, contratos sobre inmuebles, la ley del lugar de la situación de los mismos.

Y el último tema que quería tocar está vinculado con las limitaciones a la autonomía de la voluntad.

Tenemos lo tradicional; lo tradicional se mantiene. La interferencia del famoso orden público en derecho internacional privado. Las normas de policía de aplicación necesaria o inmediata que defienden derechos fundamentales y la excepción de orden público.

¿Qué es lo nuevo que tenemos? Lo que mencioné al principio de mi intervención: nuevas normas de conflicto que se han sumado a la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes para proteger a la parte débil en los contratos donde se presume que las partes no estamos en igualdad de condiciones.

Por ejemplo, los contratos de consumo. Se dice, se puede elegir; se puede elegir la ley aplicable, pero sólo se va a respetar esta elección si es más favorable a la parte débil: al consumidor. ¿Qué se hace? Se compara la ley elegida con la ley que sería aplicable en defecto de elección, que normalmente es la ley de residencia habitual del consumidor. Se compara la ley elegida con la ley de residencia habitual del consumidor y se aplica la que más favorece.

Esto es lo nuevo. Nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna en el Perú, no ha todavía adoptado, y esperamos que avancemos en un futuro próximo.

Tenemos muchos retos como toda la regulación que mencionó Cesitar, de las relaciones privadas internacionales electrónicas: los contratos electrónicos, así que vamos a seguir trabajando y manos a la obra. Continúan las manos trabajando; ando con todos los amigos acá en conjunto y muchas gracias.

Gonzalo García-Calderón: Gracias, María Antonieta.

Mario Castillo Freyre: María Antonieta, muchas gracias y un abrazo muy afectuoso para tu papá, uno de mis más querido maestros en la universidad, por favor.

Gonzalo García-Calderón: Muchas gracias. Extraordinaria, como siempre, tu presentación. Muy agradecido.

Vamos a darle el uso de la palabra a la doctora Carmen Parra Rodríguez. La doctora es licenciada por la Universidad de Granada, máster en derecho europeo en la Universidad Libre de Bruselas, doctora en derecho por la Universidad de Barcelona; profesora de la Universidad Abad Oliva de Barcelona; autora de diversos artículos en materia de comercio internacional, entre otros.

Adicionalmente, particularmente y, por supuesto, en nombre de Mario y de todos los organizadores, agradecerle enormemente porque para usted ya estamos sábado de madrugada en Europa, y, en consecuencia, el mérito de estar con nosotros es absolutamente impagable y vamos a disfrutar, por supuesto, de su alocución en unos minutos.

Bienvenida y adelante, por favor.

Carmen Parra Rodríguez: Muchísimas gracias.

Efectivamente, no sé si es la primera vez que doy una conferencia a las tres y media de la mañana, pero, bueno, intentaré mantener la forma.

En cualquier caso, quiero agradecer enormemente a los organizadores de este homenaje, a nuestro querido Mario Castillo, al que tengo el honor de conocerlo desde hace unos años. Miraba un poco echando marcha atrás y veo que ya en el año 2007 pude participar en una de sus obras colectivas, en las que he seguido participando de manera periódica.

Tengo que agradecer la internacionalización que ha permitido a nuestra universidad, porque fue él quien nos dio la mano para entrar a trabajar, por ejemplo, con la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Siempre está ahí para todo lo que necesitamos, colaborando, con lo cual, para nosotros es un honor y de verdad agradezco muchísimamente a él, a Laurita, el poder haber contado con su amistad y contar profesionalmente con ellos.

Dicho esto, y para no alargar más, tengo que decir que mis compañeros de mesa han hecho unas excelentes intervenciones que mucho hacen referencia a lo que yo también quería aportar, ya que, efectivamente, el derecho internacional va por esas tendencias que ellos han indicado.

Por ello, yo lo que voy a hacer, de alguna manera, es sintetizar o dar unas pautas de lo que sería el derecho internacional con todas estas nuevas formas, y esta nueva globalización a la que nos enfrentamos.

Desde este punto de vista pienso que ha habido un cambio importante dentro del derecho internacional privado, desde lo que sería el conflicto de leyes, que es lo que siempre ha caracterizado a nuestra disciplina, hacia una materialización.

Estamos cada vez más viendo convenios en los que, más que determinar cuál es el punto de conexión o hacia dónde, cuál sería el ordenamiento aplicable, estamos yendo a normas materiales, que lo que facilitan es la cooperación entre los Estados.

Esto lo estamos viendo en materia procesal en todo lo que hace referencia al tema de asistencia judicial. Cada vez hay más formularios. La

Conferencia de La Haya, en la que participé y fui durante siete años delegada del gobierno dentro de lo que era la negociación de convenios, me tocó, por ejemplo, negociar el convenio de alimentos, que se ha convertido en un puro formulario, en el cual, los Estados lo que hacen es aproximar o trabajar conjuntamente, más que buscar soluciones a la ley aplicable, que también está, pero ya de una manera más parcial.

De la misma manera, cada vez más se trabaja con guías prácticas de buenas prácticas y actuaciones, que lo que hacen es facilitar las relaciones entre los Estados.

En este sentido, quiero hacer referencia, por ejemplo, dentro de Uncitral, a lo que sería la guía legislativa que ha sacado sobre los principios fundamentales de registro de empresa, en los cuales, lo que se está haciendo es animar a las empresas a llevar a cabo relaciones comerciales, pero, digamos, desde un punto de vista muy puntual y muy material.

O sea, poniendo en contacto y, de alguna manera, llevando a cabo una actividad conjunta entre todas ellas.

Luego, también quería y aquí me paso y creo que es una visión que también se ha tratado por mis compañeros, el tema de la presencia del derecho regional interfiriendo dentro del derecho internacional. Cómo el derecho americano está influyendo también. O sea, hay unos vasos comunicantes que ponen en relación unos ordenamientos con otros, y lo mismo nos está sucediendo en el derecho europeo.

De hecho, como ha dicho María Antonieta en relación a la regulación que está llevando a cabo la Conferencia de La Haya, dentro del derecho contractual, se ha copiado el Roma I, que era el Reglamento del Convenio de 1980, efectivamente. O, en materia de alimentos, en nuestro Reglamento n.º 4/2009, exactamente, refleja lo que se está haciendo en la Conferencia de La Haya.

Es decir, de alguna manera acabamos unos alimentándonos o retroalimentándonos de lo que también trabajamos regionalmente.

Lo que sí me preocupa, de alguna manera, es el solapamiento normativo al que se está llegando en algún momento, sobre todo en el derecho comercial.

O sea, estamos viendo cómo principios contractuales, tenemos el Unidroit, el Uncitral, tenemos la Conferencia de La Haya, que no eran tan comerciales, pero ahora se ha pasado al ámbito comercial, y tenemos numerosos instrumentos internacionales que hacen referencia. Si ya nos pasamos al ámbito interregional, pues, de la misma manera veríamos esa utilización o esa utilización de principios y de normas que aparecen en todos los estamentos.

En este sentido, pues creo que esto muchas veces crea inseguridad jurídica y hace que los operadores tengan miedo a actuar en el ámbito internacional, viendo que no saben, en algunos momentos, a qué organismo afiliarse.

También diría, dentro de esta catalogación que estoy haciendo de aspectos que están en el derecho internacional, sería la especialización.

En este sentido, nos encontramos que, si antes había convenios muy generales, ahora esos convenios están pasando, lo que se regula dentro de los convenios, se está incorporando dentro de convenios más específicos.

Por ejemplo, la protección de datos. La protección de datos, todo lo que es la transferencia internacional que se está produciendo ahora mismo, ya no es objeto de un convenio en concreto, sino que, dependiendo de si estamos en derecho de familia, en derecho comercial, en derecho sanitario, la protección de datos entra como un apartado, como un capítulo que se especializa y que, efectivamente, da respuesta a los problemas que se están planteando en esa determinada materia.

Por ejemplo, todo lo que son datos sensibles, historias clínicas digitales, está siendo objeto de un tratamiento para evitar que los datos sensibles de las personas puedan estar circulando libremente por el mundo sin un control.

Decía César, y yo lo comparto, cómo las leyes modelo, cómo la creación de principios está invadiendo toda nuestra disciplina y esto hace también, bueno, pues, permitir un acceso más amplio a más Estados que no se ven tan encorsetados por los determinados aspectos internos que tenemos cada uno de nosotros.

Sin querer alargarme mucho más, sí que incorporaría dos nuevos ámbitos en los que el derecho internacional está interrelacionando con otras disciplinas; uno sería los derechos humanos. Los derechos humanos, que ahora parecían de derecho público, están entrando dentro del derecho internacional privado a través del mundo de las empresas, de las multinacionales, cómo se está intentando evitar que la globalización, de alguna manera, pueda romper esos derechos humanos que se han creado en unos determinados Estados, y que pueden saltar, al ir a otros Estados, pudiendo generar problemas en su aplicación, sobre todo, como digo, dentro del mundo de las multinacionales o el mundo de las grandes infraestructuras.

Luego, el otro ámbito donde también estamos incorporándonos a marchas forzadas, es el de la inteligencia artificial, todo lo que sería, lo que hace referencia a todos los nuevos derechos que están surgiendo con el derecho tecnológico y que están haciendo que las instituciones internacionales tengan que buscar soluciones para ver cómo se va a trabajar todo el tema de robots, todos los derechos laborales que pueden quedar, de alguna manera, afectados por nuevas formas que están apareciendo y que están saltando fronteras.

Yo creo que con esto y complementando, como digo, las maravillosas exposiciones que han hecho mis compañeros, podemos tener una visión de hacia dónde nos vamos a dirigir en los próximos años dentro de nuestra disciplina del derecho internacional.

Y termino, pues, felicitando a Mario por tener tantos amigos, tantos compañeros que hemos querido estar contigo dentro de este homenaje.

Muchas gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchísimas gracias, Carmen. Caramba, un esfuerzo tremendo, la hora en que te estamos molestando. Muchísimas gracias, un gran abrazo a la distancia.

Carmen Parra Rodríguez: Gracias.

Gonzalo García-Calderón: Muchísimas gracias, Carmen. Nuevamente agradecido por estar con nosotros a estas altas horas de la noche; de la madrugada, en realidad.

Vamos a darle el uso de la palabra a Alonso. Alonso Bedoya es profesor de arbitraje de la Universidad San Ignacio de Loyola, egresado de la Universidad de Lima y miembro de la lista de árbitros de varios centros de arbitraje, como la Cámara de Comercio, la Universidad Católica, entre otros. Alonso es un destacado profesional que nos va a hablar también sobre las tendencias en materia de derecho internacional privado.

Adelante, Alonso.

Alonso Bedoya Denegri: Gracias, profesor; también he sido alumno suyo de derecho internacional privado y de arbitraje, o sea, que para bien o para mal, lo que diga ahora se verá reflejado un poco en sus enseñanzas.

Muchas gracias, Milo y Roger, por haber organizado este evento. Creo que es un junto homenaje para alguien como Mario, a quien siempre he admirado y debo confesar que, para mí, Mario, más allá de ser un referente, es lo que yo calificaría como un guerrero silencioso.

Con los años le he aprendido una virtud innegable: «un guerrero no se rinde ante lo que lo apasiona, sino encuentra el amor en lo que hace».

Esto me llevó a incursionar en la docencia. Otra cualidad de guerrero silencioso, es siempre estar entregado a ayudar y a educar, sin hacer mucha bulla de sus logros y méritos.

Hoy en día vemos en todas las redes sociales cómo grandes abogados, pero con menos gloria que Mario, publican cuanto evento pueden y cuantos seminarios o conferencias atienden o quizá cuántas transacciones millonarias han concretado. Me incluyo en esa lista de esos abogados que se suelen autopublicitar en las redes, es una autocrítica, pero la audiencia no me dejará mentir, ¿acaso Mario es uno de ellos? El maestro actúa, el simple sobreactúa, Mario.

Quiero contar, éste es el problema por ser el último panelista ya cuando ya todos han tocado las ideas centrales del tema del derecho internacional privado, tiene uno que recurrir un poco a todas las armas que tiene, y voy a contar una anécdota de cómo conocí a Mario, ya hace quince años, probablemente, ni se acuerde, yo pertenecí a un grupo de alumnos de la Universidad de Lima, que acababa de fundar una revista de derecho, *Athina* era ella, mi rol era el de pertenecer a la comisión de financiamiento.

Ergo, me dedicaba a visitar estudios, cual visitador médico, ofreciendo auspicios de sus firmas en la revista, a cambio de una contribución económica a la revista, para de ese modo, poder publicar más ejemplares.

Tendría dieciocho o diecinueve años en esa época, me pasaron un listado de estudios a los cuales debía visitar y, lógicamente, entre ellos estaba el estudio de Mario.

Llamé por teléfono y solicité a su entonces secretaria, si fuera tan amable de agendarme una reunión con él. Lógicamente me pidieron mi nombre y apellido, a lo cual sólo atiné a decir de parte del doctor Bedoya. Y, consecuentemente, me dieron un espacio para el día siguiente en su oficina. Fue mi error no haber indicado ni mi nombre completo ni el motivo de mi visita, pues a mis dieciocho años, los detalles y formalidades me eran algo esquivos aún, y cuando me aparecí en su oficina y me dirigieron a su biblioteca, aquella biblioteca, que aquéllos que la conocen, hasta el día de hoy se siguen sorprendiendo y me topé con un Mario desconcertado, confundido, perplejo.

Mario no esperaba un muchacho de dieciocho años para ofrecerle auspicio de una revista, no. Mario esperaba un doctor Bedoya con el cual tenía

un litigio de transacción legal; y, por cierto, no eran abogados de la misma parte, es decir, era abogados contendientes. Aquel doctor Bedoya, efectivamente, era un familiar cercano mío, querido Mario, apelo a tu memoria, sin haber indagado mayores detalles sobre esa contienda o proceso, pero te recuerdo que era la época en que dos grandes cervecerías estaban en guerra, 2005, principalmente, porque una había monopolizado el mercado peruano y quería evitar el ingreso de la otra al mercado nacional. Estamos hablando del 2005, más o menos, de repente te refresca un poco la memoria el contexto.

Lo curioso fue que desde ese primer momento, ese primer encuentro, Mario siempre ha mostrado gran deferencia hacia mí y me ha tratado como su igual, pese a mis dieciocho años.

No tuve el honor de tenerlo como mi profesor de obligaciones, para mi mala suerte, porque me contaron que era un regalón con las notas, pero lo llevé con otra brillante abogada, a quien estimo mucho, la doctora Martínez Coco. Tampoco he tenido el honor de tenerlo como coárbitro, ni haber trabajado profesionalmente en ninguna capacidad con él, pero sí puedo decir que he tenido siempre el privilegio de una figura que no sé cómo describirla bien. Quizá lo más cercano que se me ocurre es amigo y mentor, quien nunca ha dudado en darme consejos sobre el derecho y la vida, y quien siempre ha puesto su portentosa biblioteca a mi entera disposición.

Me alegra verte tan firme y sereno, Mario. Eres un guerrero y eres un maestro, y creo que este evento y este homenaje y las palabras de mis predecesores y antecesores, pueden confirmar el aspecto que todos te tienen.

Has formado, creo, o has pasado, de alguna manera, en la vida de cada uno y has dejado tu huella, y creo que lo mismo sucede conmigo.

Ahora bien, pasando al tema que me convoca, respecto a las novedades del derecho internacional privado y el arbitraje, para no ser reiterativo y repetir lo ya adelantado por el doctor Candela y la doctora Delgado y la doctora Parra, debo decir, evidentemente, que he escuchado mucho en los últimos meses que la pandemia ha causado un hito importante, por decir

que nos encontramos dentro de un evento sin precedentes y que el derecho debe volcarse hacia un lado que, digamos, una dirección contraria.

Esta premisa me parece no del todo acertada; por eso me reafirmo en un viejo refrán que dice que quien no conoce la historia, está condenado a repetirla.

Me veo obligado a decir una pequeña introducción histórica, para entender bien el contexto del derecho internacional privado y cómo nos afecta.

Europa fue azotada por la peste bubónica la primera mitad del siglo xiv; se temía el contagio en las calles al interactuar con los enfermos o con sólo por tocar la ropa de éstos, a los que ni siquiera se les preveía atender ni acompañar en sus últimos momentos. Las honras fúnebres y sepelios estaban restringidos, lo que causaba gran dolor a los deudos, impedidos de despedir a sus seres queridos, según los ritos cristianos de la época.

Esta plaga también fue de origen asiático. También sorprenden las similitudes con la gran plaga de Londres en el siglo xvii, donde la economía fue duramente golpeada por el cierre de establecimientos y la paralización del transporte y el desempleo provocado por la ruina de la industria y comercio.

¿Les suena similar o familiar esto? Bueno, también en el siglo xiv la peste negra, temible plaga, acabó con el 60% de la población europea, y según el Centro de Prevención y Control de Enfermedades de Estados Unidos, ya a principios del siglo xix, la sacudida de la peste dejó diez millones de muertos. Inclusive, en Perú, aterrizando en Perú, habíamos vivido una crisis similar a inicios de los 1900; se trata también de la peste bubónica y que provenía del Asia, concretamente, de Tailandia.

Ahora bien, como muchos civilistas acá presentes o que han estado en paneles anteriores, podrían explicar esto mejor que yo, nuestro Código Civil, en gran parte ha sido importado del Código napoleónico. Lo curioso es que el Código napoleónico se promulgó en 1804, es decir, luego de las diversas plagas que azotaron Europa, y es como consecuencia que muchos

de los títulos referentes a fuerza mayor surgieron de ahí, y que, por cierto, nosotros importamos para bien o para mal.

Por tanto, no es la primera vez que el derecho es influenciado por una crisis sanitaria.

Quiero poner ese contexto para poder ahora referirme en cuanto a algunas novedades en el derecho internacional privado y en el arbitraje internacional, lo que puedo decir y afirmar respecto de esto, es que, evidentemente, se ha puesto un énfasis en evitar el contagio y propagación del covid-19.

Desde el punto de vista comercial, cada vez se está reconociendo y utilizando transacciones mediante internet, pero no me refiero a las transacciones bancarias, como todos conocemos, sino a algo más sofisticado, al uso de algoritmos y tecnología sofisticada, como el uso de *smart contracts* y *block chains*, que son bloques de cadena.

Sé que la mayoría de los aquí presentes pertenecen a la vieja escuela, y quizás que sea un poco difícil de explicar, pero haré mi mejor esfuerzo.

Por *smart contract* debe entenderse como un nuevo mecanismo para ejecutar promesas o compromisos mediante los cuales se nos va a permitir realizar transacciones sin ningún riesgo con otros usuarios, de cualquier parte del globo dentro de un *block chain*, un bloque de cadena. Los mecanismos tradicionales de resolución de disputa, ya sean vía judicial o arbitral, van encontrando nuevos retos con la globalización, la revolución tecnológica y ahora con el covid.

Vemos, por ejemplo, que las transacciones transfronterizas son tan frecuentes como las domésticas, y que éstas pueden ir desde complejas operaciones de millones de dólares, hasta distintas transacciones a través de compras en línea, E-Bay, Amazon y Mercado Libre, Linio, etc.

En el caso de estas últimas, lógicamente, es más eficiente que un comprador del Perú apele al servicio de atención al cliente y resolución de dis-

putas de Amazon, sobre algún inconveniente en la compra de un bien, por ejemplo, de una cámara de video y de micrófono incorporado importado desde Taiwán, a que se someta al Poder Judicial o a un arbitraje internacional por una transacción de doscientos dólares.

Bajo esa premisa, observamos que el sistema legal que nos ha venido rigiendo desde hace cientos e incluso miles de años, va quedando obsoleto, y va enfrentando una serie de limitaciones y adversidades. Es ahí donde los *smart contracts*, los contratos inteligentes, comienzan a jugar un rol revolucionario y renovador, y es acá también donde el derecho internacional privado debe evolucionar y aceptar estos mecanismos.

Me podría pasar varios minutos tratando de explicar en mayor detalle cómo funcionan estos algoritmos, pero el tiempo apremia y no quiero que los organizadores me saquen tarjeta roja por pasarme de tiempo.

Estos mecanismos ya estaban vigentes hace más de un año y medio, y creo que el derecho internacional privado les dará mayor respaldo y soporte, a fin de no exponer a los agentes comerciales a potenciales riesgos sobre la solución de controversias y arbitraje.

Otro aspecto importante en línea con la utilización del comercio y los arbitrajes internacionales y también nacionales, son los protocolos que han adoptado para resolver procesos arbitrales con total eficiencia y de manera virtual, mediante audiencias virtuales. Inclusive, los países de procedencia del *common law*, en donde tienen una práctica más arraigada respecto a la oralidad del proceso mediante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, el famoso *crossinterrogation* de peritos y testigos, hemos podido apreciar que, en tan sólo unos meses, la tecnología ha brindado nuevas plataformas y sistemas para optimizar audiencias virtuales.

Algunas tienen mecanismos sencillos como Zoom, lo que estamos usando ahorita, pero hay otras plataformas más sofisticadas que, incluso, permiten grabación de una audiencia en trescientos sesenta grados.

Y esto permite, por ejemplo, a los árbitros que están sentados en sus hogares, poder verificar a los testigos o peritos que están siendo interrogados por el tribunal o por la contraparte y puedan verificar que no están siendo guiados detrás de cámaras por los abogados defensores. Tanto es así, que organismos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Uncitral, acá la llamamos Cnudmi, ha establecido guías y protocolos para la implementación de audiencias virtuales.

Para culminar, si me dejas un minuto y medio, por favor, no obstante la implementación de diversos métodos virtuales para garantizar que la economía global y la globalización sigan su normal curso, hay que tener cuidado con muchos cambios que ocurren a la vez, y de tal magnitud que suelen existir reveses.

Primero que nada, los sistemas digitales no son infalibles, pueden fallar, pueden ser hackeados; por eso su continua evolución y deben mejorar su eficacia.

Hace algunos días, en una conferencia a la que atendí, fui testigo de cómo un tercero penetró el sistema en plena conferencia y comenzó a dibujar objetos obscenos en la presentación. Esto todavía está ocurriendo y se tiene que corregir.

También existe otro factor de peligro, y es el ser humano. A modo de anécdota, para cerrar, les comento que hace unos meses se conoció un caso en donde en un juzgado de los Estados Unidos se procedió a llevar una audiencia de forma virtual.

Uno de los abogados litigantes estaba sentado en su oficina remotamente conectado de forma digital con el juez. Vestía saco y camisa y corbata, así como me pueden ver a mí, pero cometió el error de no usar pantalones. Pues, lógicamente, la cámara sólo enfoca el torso y la cara, no hay mayores problemas, pero por algún motivo este abogado se tuvo que parar y quedó en evidencia ante el juez por la falta de vestimenta. Pues, los jueces no son conocidos por su sentido del humor y se le declaró al abogado en desacato al juzgado, *court contempt*, así que, como sugerencia, todos

los que intervienen, de alguna u otra manera, en conferencias virtuales, asegúrense de no cometer estos errores que nos puede costar caro.

Muchas gracias, Mario, en verdad eres un maestro y te estimo mucho, y creo que todos los aquí presentes te estimamos de igual manera.

Gracias.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias, Alonso, muchísimas gracias. Un gran abrazo para ti y para toda la familia.

Gonzalo García-Calderón: Bueno, muchísimas gracias a todos los panelistas. Las ponencias de magnífico nivel; excelentes todas las intervenciones sobre temas de actualidad, y quisiera hacer un breve comentario, como nos ha comentado el doctor Candela, el derecho internacional privado corta transversalmente todo el sistema jurídico. María Antonieta nos comentó de la *lex mercatoria*, del ciberespacio, del *business to consumer*, de la constitucionalización del derecho internacional privado y la limitación a la autonomía de la voluntad.

La doctora Parra nos habló de la materialización del derecho internacional privado; las guías prácticas; los vasos comunicantes del *common law* con el *civil law*; los derechos humanos que están ingresando mediante el *compliance* de las empresas al derecho internacional privado, al igual que la inteligencia artificial.

Y Alonso, finalmente, nos ha hablado sobre la virtualidad, sobre los procesos virtuales que se están haciendo cada vez más comunes en el arbitraje internacional.

Yo quiero terminar comentando un tema que, justamente, es el nexo del cordón umbilical entre lo que es el arbitraje internacional y un tema muy querido en el derecho internacional privado, como es el orden público.

En nuestro país, evidentemente, el orden público distingue entre orden público nacional y orden público internacional, y como son conceptos abstractos, y eso se traslada al arbitraje, evidentemente, muchas veces se utiliza como causal para tratar de impedir el reconocimiento de un laudo extranjero, aplicando el concepto de violación al orden público internacional.

En nuestro país, el orden público internacional que está regulado en el Libro X del Código Civil, tiene dos funciones: la función de inaplicar la ley extranjera cuando ésta violente estos principios de orden público internacional o el reconocimiento de derechos adquiridos, al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, cuando ese ordenamiento jurídico extranjero violente el orden público internacional.

Entonces, lo difícil es aterrizar este concepto de orden público internacional y distinguirlo del concepto de orden público nacional. Y eso no se ha logrado en nuestro sistema arbitral aún, porque se sigue confundiendo lo que es el concepto de orden público interno con el concepto de orden público internacional.

Yo lo hago, digamos, trato de explicarlo de la manera más sencilla, señalando que el orden público nacional son todos aquellos principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, mientras que el orden público internacional son todos aquellos principios que sustentan un sistema jurídico del cual el Perú forma parte y que, en consecuencia, no se puede ir contra ellos. Y, en consecuencia, la solución lógica es que un derecho extranjero sí puede violentar el orden público nacional, pero no puede violentar el orden público internacional.

Todos estos conceptos formarán parte de lo que ya han comentado brillantemente mis panelistas, de las futuras tendencias y del camino que nos depara con el internacional privado que, como inicié señalando que es el patito feo, evidentemente, tiene mucho camino por recorrer y tiene mucho espacio por desarrollarse a lo largo de nuestra evolución jurídica, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Agradeciéndole a todos los panelistas, a todos sin excepción, en particular, tengo que hacer, por supuesto, a la doctora Parra, un nuevo agradecimiento por la hora tan avanzada.

Bueno, damos por cerrado este panel, dándole nuevamente a Roger Vidal el mando de este tema académico.

Adelante, gracias.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias, Gonzalo.

Ha sido un lujo este último panel de derecho internacional privado. Exposiciones muy importantes, brillantes.

CLAUSURA DEL CONGRESO

Roger Vidal Ramos

Milo Ruiz González

Carlos Humberto Montoya Ortega

Mario Castillo Freyre

Roger Vidal Ramos: Vamos a culminar estas tres largas jornadas que, conversábamos con Milo que, aproximadamente, hemos tenido setenta expositores de diferentes países; de Lima, de provincias, de muchas universidades.

También queremos agradecer a LP, el portal jurídico más importante del país, en su director fundador, Roger Vilca y la doctora Sandra Gómez.

A continuación, vamos a empezar con esta ceremonia de clausura. Voy a dar pase a Milo Ruiz para que nos pueda dar sus comentarios de estas tres jornadas.

Agradecer también a Milo, durante estas dos semanas que hemos estado coordinando y con todos ustedes, ha sido un enorme trabajo el coordinar las agendas, estar verificando los paneles, el cruce de los horarios, el Zoom y todo esto, con el mayor cariño.

Durante estos tres días hemos sido testigos de los enormes gestos de agradecimiento, de admiración, de respeto hacia Mario Castillo, y creo que esto va a lograr que Mario renueve su pasión por el derecho peruano, por el derecho civil, por el arbitraje, y vamos a ser testigos de que los próximos años va a encaminar nuevos proyectos.

Creo que eso es un presente, un futuro cercano y ya nos estará innovando con nuevos proyectos.

Así que, adelante, Milo.

Milo Ruiz González: Muchas gracias, Roger.

No queda mucho más por decir después de tan brillante exposición que ha sido la mesa n.º 12, con temas tan interesantes de derecho internacional privado, he podido volver a escuchar a la profesora Delgado, que fue mi profesora hace más de diez años en la universidad, llevando el curso de internacional privado.

Ha sido verdaderamente emocionante cada día que cerrábamos el congreso, o sea el jueves, el miércoles, y hoy seguramente, conversaba con Mario y decíamos qué emocionantes las palabras y por momentos a mí se me hacía como un nudo en la garganta de la emoción de escuchar cuánta gente quiere a Mario y ver la disposición de tantos ponentes, desde España, como la doctora Parra, que le agradecemos enormemente ver conectados aún a profesores tan destacados como Pascual Alferillo, como Lidia, que se han quedado escuchando, ello sólo refleja el cariño que le pueden tener a nuestro querido Mario.

Les decía hace un momento que, en los tres días, sumando los espectadores, hemos llegado o superado los dos mil espectadores que, para un evento de derecho, es muchísimo. Nos hemos apoyado en el portal jurídico LP, que es la plataforma más grande y más importante del Perú; veía hace un momento que la reproducción del congreso del día miércoles, ya superó las ocho mil vistas en cuarenta y ocho horas.

Entonces, esto sólo significa el reconocimiento que le puede tener la comunidad jurídica peruana a un maestro como Mario; y, a la vez, también es un reconocimiento a la congregación, a la unión de los más destacados ponentes que han aceptado acompañarnos en esta locura, como dijimos con Roger, que le propusimos a Mario, y, felizmente, aceptó y se fue armando esto tan interesante y tan bonito, que creo que en una circunstancia

de pandemia nos ha servido un poco para reencontrarnos, para escucharnos y para intercambiar ideas.

No tengo mucho más que decir, que agradecer a Roger y a su instituto, el Instituto Peruano de Derecho, que siempre está a la vanguardia, a la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, que también rige, guía, orienta al derecho civil en Iberoamérica, en su presidente, el doctor Carlos Humberto Montoya, en dos de sus directivos, el doctor Pascual Alferillo y la doctora Lidia Garrido.

Es, verdaderamente, un honor, y como les dije en la mesa anterior, para mí es un placer poder compartir con ellos, ir escuchándolos en distintos seminarios, eventos desde el año 2012-2013 y, en verdad, que cada día se aprende y no se deja de aprender, aunque sea por vía virtual, de profesores tan destacados.

Muchas gracias a la profesora María del Carmen Delgado, a la profesora María Antonieta Delgado por acompañarnos, al profesor Gonzalo García-Calderón, a Alonso y a todos los que nos están escuchando, porque verdaderamente ha sido un esfuerzo y se los agradecemos de corazón, porque Mario no se merecía menos. Es un maestro y como le dije el día del por qué el homenaje, ojalá que sean muchos más y gracias, por tanto, querido Maestro.

Roger Vidal Ramos: Gracias, Milo. Gracias a todos.

A ver, vamos a dar pase a nuestro presidente, el doctor Carlos Montoya, que durante estos años está presidiendo esta Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Él siempre ha prestado su colaboración absoluta, con el cual tenemos una gran amistad y está coordinando día a día los avances de este congreso merecido.

Adelante, doctor Carlos.

Carlos Humberto Montoya: Muchas gracias. Un saludo muy cordial a todos.

Bueno, en primer lugar, felicitar a Mario Castillo Freyre por este sentido homenaje obligatorio y un reconocimiento a estos treinta años de docencia universitaria.

A Milo Ruiz y a Roger Vidal también las felicitaciones por todo el trabajo y por esta iniciativa en este maravilloso congreso, que ha dado mucho que comentar de manera positiva.

Mario, ya sabes que la Asociación Iberoamericana, de la cual tú eres vicepresidente, es tu casa y nosotros somos tus amigos. De tal manera que siempre vas a tener nuestro apoyo, nuestra amistad, nuestro acompañamiento en los momentos de mayor beneficio, de mayor provecho y también en las dificultades.

Sigue trabajando con ahínco para beneficio del derecho peruano, del derecho iberoamericano y de nuestra asociación.

Tu honestidad, todo tu trabajo, tu seriedad, tu don de gentes, tu respeto, siempre van a estar por encima, siempre van a estar evidentes en todas estas relaciones de amistad y de academia. De tal manera, Mario, siempre vas a contar con nuestro apoyo, lo mismo que para Laura y para Mario Eduardo.

Queremos invitarlos el próximo martes 25 de agosto, que, precisamente, Mario clausura con su conferencia «La mora en la responsabilidad civil contractual», el curso iberoamericano de responsabilidad civil en su parte general. Es la última conferencia, es la clausura después de doce intervenciones, doce módulos y el de Mario ya es el último, de tal manera que la formal invitación para que todos nos acompañen este martes, a las tres de la tarde, hora de Perú, y que ya empezará después el 8 de septiembre, la parte especial.

Un saludo muy especial a Lidia Garrido Cordobera, nuestra secretaria académica aquí presente, lo mismo que a Pascual Alferillo, nuestro secretario general, y ha sido un placer poder acompañarlos en estos tres días en

este congreso. Reiterarles nuestro aprecio, nuestras felicitaciones, y nuestro agradecimiento por esta loable iniciativa.

Un abrazo para todos.

Roger Vidal Ramos: Muchas gracias, doctor Carlos.

Finalmente, llega el momento más importante. Yo me pregunto qué estará pensando el profesor Mario, durante estos tres días que ha estado sentado, acompañado de Laurita y Mario Eduardo. Me imagino que deben de pasar en este momento muchas ideas, muchos sentimientos.

Adelante, Mario, lo escuchamos.

Mario Castillo Freyre: Bueno, muchísimas gracias.

En realidad, me he cambiado de silla recién hace diez minutos, porque he estado en la misma silla en otra habitación durante las dieciocho horas y más de dieciocho horas del congreso.

Voy a referirme al congreso en la parte final de mi exposición, pero quiero empezar y lo he anotado aquí para que no se me olvide. He hecho un cuadrito de lo que no debo dejar de decir.

En primer lugar, digamos, para dictar en una universidad se requiere que alguien te abra las puertas de la universidad y que crea en que puedes hacerlo, de alguna manera, decorosa.

Entonces, yo quiero agradecer a la memoria de la doctora Gabriela Aranibar Fernández Dávila, quien era decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón en 1990, quien me dio la oportunidad de dictar derecho de obligaciones. Y ahí fue que empecé la labor docente, justamente, el 20 de agosto de 1990, como lo recordaba ayer en la intervención que tuvo el decano actual, Mario Romero.

Luego, al doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien en 1993 asumió el decanato en la Pontificia Universidad Católica del Perú y me invitó a dictar. En mi universidad, en la Católica, dicto desde 1993 y agradezco a todos los sucesivos decanos, en especial, al doctor Alfredo Villavicencio, cuyas palabras escuché con mucha atención el día de ayer, y que me honran sobremanera.

En la Universidad de Lima estuve quince años; del 1998 al 2013, y ahí me abrió la puerta el doctor José León Barandiarán Hart, nuestro recordado Pepe León Barandiarán, con quien, yo le decía, me unía una amistad heredada, porque su papá, el maestro León y mi abuelo Juan Lino, eran muy amigos. Entonces, yo conservo con mucho cariño algunos libros dedicados por León a mi abuelo; algunos libros de derecho civil, obviamente.

Luego, en la Universidad Católica San Pablo, donde fui decano todo el 2017 y el 2018, y debo agradecer ahí a Rafael Santa María, que creo que es quien tuvo la idea de que se me convocara, y al exrector, don Alonso Quintanilla y al rector Germán Contreras; yo mantengo una permanente buena relación con la Universidad Católica San Pablo y agradezco muchísimo el que se me permitiera ser decano esos dos años.

Luego, mi más reciente incursión en la docencia es en el postgrado de la San Martín, como lo recordaba hoy el doctor Miguel Ramos Miraval, director de la maestría de civil, a quien agradezco mucho, igual que a mi gran amigo, el doctor Ernesto Álvarez Miranda, quien es el decano de la facultad.

Luego, también debo agradecer a quienes han sido mis profesores, porque uno se entusiasma por dictar porque ve a gente dictar, y no quiero dejar de mencionar, en primer lugar, a don César Delgado Barreto, padre de Maricarmen y María Antonieta, a quien quiero mucho, que fue nuestro maestro de internacional privado, cuando tenía el difícil encargo de ser Ministro de Justicia, en una de las épocas más convulsionadas de la política peruana, y a la vez era senador de la República.

Al doctor César Fernández Arce, maestro de sucesiones, al profesor Fernando Vidal Ramírez, maestro de acto jurídico, al doctor Jorge Avendaño Valdez, recordado Jorge Avendaño Valdez, profesor de derechos reales. No estoy mencionando a todos, sino a las personas, digamos, de mayor edad y quienes, algunos de ellos ya no están con nosotros.

También quiero mencionar, evidentemente, al doctor Manuel de la Puente y Lavalle; a todos los que fuimos sus alumnos nos marcó Manuel de la Puente y Lavalle. Escribía como nadie y dictaba con una humildad como si no fuera quien era. Era extraordinario Manuel de la Puente y, evidentemente, a la memoria de mi maestro queridísimo Felipe Osterling Parodi, quien siempre ha sido una guía en muchos sentidos en mi vida.

Quiero recordar también, y lo iba a decir, pero me ganó Pascual, la memoria del doctor Luis Moisset de Espanés. Tal vez la persona que haya hecho más por la integración de los derechos iberoamericanos.

Yo, una vez saqué la cuenta hace muchos años, y la persona que más conferencias había dictado en colegios de abogados y universidades en el Perú sobre derecho civil, era Moisset. Entonces, era increíble, no había ningún profesor que hubiera ido tantas veces a tantas universidades y colegios de abogados del Perú, y lo seguían invitando, y entidades públicas, etc. El más grato recuerdo y el agradecimiento de mi familia y mío a don Luis Moisset.

Bueno, luego de agradecer a mi familia, a mi madre quien siempre auspició estas cosas raras, de meterme a enseñar en las universidades antes de ejercer la profesión, una cosa un poco extraña.

A mi padre, a quien tengo el gusto de tenerlo vivo, y, evidentemente, a Laurita, a quien conocí hace treinta años también. Parece mentira, pero yo la conocí a ella el día que empecé a dictar porque la vi ahí pasar, caminar por el pasadizo, entonces, me llamó mucho la atención. Entonces, la conozco treinta años. No estoy con ella treinta años, pero sí veintiséis. De tal manera que ésa es una de las, sin duda, lo que más tengo que agradecer a la Unifé, el haberla conocido y haberme casado con ella. Y a mi hijo, Mario

Eduardo, ellos dos. Bueno, ella me conoció así; pagan pato, pues, porque ustedes se preguntaban en qué rato escribe, sí, pues, escribo. Escribo, lamentablemente, quitándole tiempo a mi familia, pero es una pasión irrefrenable. Esta pandemia ha servido para escribir mucho, varios libros que he escrito sobre mis temas, y en fin, no puedo evitarlo. No puedo evitarlo.

Quiero agradecer, pero aquí no voy a mencionar nombres, porque sería injusto no mencionar a algunas personas, a todos quienes han sido mis asistentes y adjuntos de cátedra. Hoy en día mis adjuntos de cátedra son Milo y Juan Francisco Berckemeyer, pero, a lo largo de los treinta años, como ustedes comprenderán, he tenido muchos asistentes y adjuntos de cátedra.

Y no puedo dejar de mencionar a mis alumnos, a los más de cinco mil alumnos a quienes he dictado en estos treinta años. La mayor satisfacción que tengo como profesor es la de encontrarme con mis exalumnos, ya profesionales, y recibir de ellos muestras de gratitud y cariño.

Ahora, ¿y por qué dicto? Porque, ¿saben qué? Primero, me gusta mucho dictar. Yo siempre les digo a mis alumnos que el día que ya no me entusiasme el inicio de un ciclo, simplemente, el próximo no dictaré. Es una cuestión de vocación. Todos los que estamos aquí en la pantalla y que los veo, queridos amigos, no hay otra razón por la cual dictamos. Dictamos porque nos gusta.

Y, a la vez, el escribir, porque creo que el profesor no sólo debe tener como respaldo de su curso lecturas de materiales escritos por otros, sino también lecturas propias, para que el alumno no sólo se conforme, pues, con las notas que toma, sino con los desarrollos mayores que pueda hacer el profesor. Eso en relación a la docencia y al escribir.

Creo, además, y debo ser muy agradecido a mi país, porque a raíz de las invitaciones de las universidades en el Perú, he podido recorrerlo varias veces, de tal manera que quedan unas pocas regiones a las que no he ido porque, simplemente, no se ha llegado a concretar una invitación, pero

muy pocas, pero el resto las he recorrido en varias oportunidades y estoy muy contento.

Centrándome en el congreso, quiero agradecer muchísimo la idea que tuvieron Milo y Roger. A Milo y Roger yo les comenté hace algún tiempo que cumplía treinta años de profesor en agosto, antes de la pandemia, y tuvieron la idea de hacer un congreso, digamos, presencial, obviamente, pero las cosas vinieron como vinieron, y qué bueno, para estos efectos, que hayan venido así, porque hubiera sido imposible reunir a más de setenta profesores, como ellos los han reunido.

De tal manera que yo estoy abrumado por las muestras de afecto de ustedes hacia mí, que sepan que es absolutamente recíproco. Yo les tengo un enorme afecto, con la gran mayoría tengo una gran amistad, y, efectivamente, esas palabras, a la vez que al haber preparado unas ponencias en un congreso que los felicito, una vez más, a Roger y a Milo, lo han hecho tan dinámico.

Los periodistas, cuando lo entrevistan a uno, dicen: «Tiene que darme la pepa. O sea, tengo que sacarlo trece segundos en el noticiero, así que no meta mucho flor».

Bueno, acá, han hablado, pues, en diez, quince minutos, lo esencial, y varias personas por mesa, con lo cual el tema ha sido súper, súper, dinámico y entretenido.

Quiero, además, agradecer, porque han sido los artífices invisibles de esto, a Macarena y a José Luis, que son los directores de la empresa Nexo Creativo, quienes han dirigido todo el aspecto técnico de este evento. Si no ha habido caos en la comunicación vía Zoom, más allá de la dirección de los moderadores, de Milo y de Roger, ha sido, precisamente, por Macarena y José Luis.

También quiero agradecer, como instituciones, al Instituto Peruano de Derecho Civil y al capítulo peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, y a su presidente, al presidente de la Asociación, mi

amigo, mi entrañable amigo, el doctor Carlos Humberto Montoya Ortega, que está haciendo por el derecho privado lo que nadie ha hecho en Iberoamérica.

El crecimiento de las actividades académicas de los afiliados, del entusiasmo que existe en tantos países. Yo me levanto, a veces, y prendo el celular y ya veo, pues, que hay un nuevo comité en tal país, en tal otro. Ya no sé cuántos son, creo que son como veinte, casi toda Iberoamérica, llenos de comités y de gente entusiasta para hacer cosas en pro del derecho privado y del desarrollo del derecho en sus propios países.

De tal manera que no tengo sino palabras de felicitación y de agradecimiento a Carlos Humberto y a todos los miembros de la Asociación.

Acá tengo a la vista a Lidita y a Pascual, también ha participado Manuel, quienes somos los directores de la Asociación y, bueno, muchas gracias a todos los que han participado.

Sin duda, un agradecimiento especial al doctor Roger Vilca, quien es el director de LP, el portal jurídico más importante en nuestro país, y que ha tenido la enorme gentileza de retransmitir este evento de tres días en directo a todo su público, y eso va a permitir, como ha señalado Milo, que este congreso se pueda difundir aún más.

Yo estoy abrumado por todo esto. No me imaginé que fuera así. Uno de los amigos por ahí me dijo: «Tú estás todo el día sentado». Sí, pues, pero es que no era un esfuerzo, porque yo estaba embelesado con todas las exposiciones y con las muestras de cariño y afecto de ustedes.

La verdad, les agradezco muchísimo, queridos amigos, y, bueno, en nombre de mi familia, de Laurita y de Mario Eduardo, que están aquí, que me acompañan; Mario Eduardo está con pijama, decirles que los queremos mucho y que les agradecemos mucho por todo esto.

Muchas gracias.

TREINTA AÑOS DE DOCENCIA UNIVERSITARIA
ACTAS DEL CONGRESO EN HOMENAJE A
MARIO CASTILLO FREYRE
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ABRIL DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

