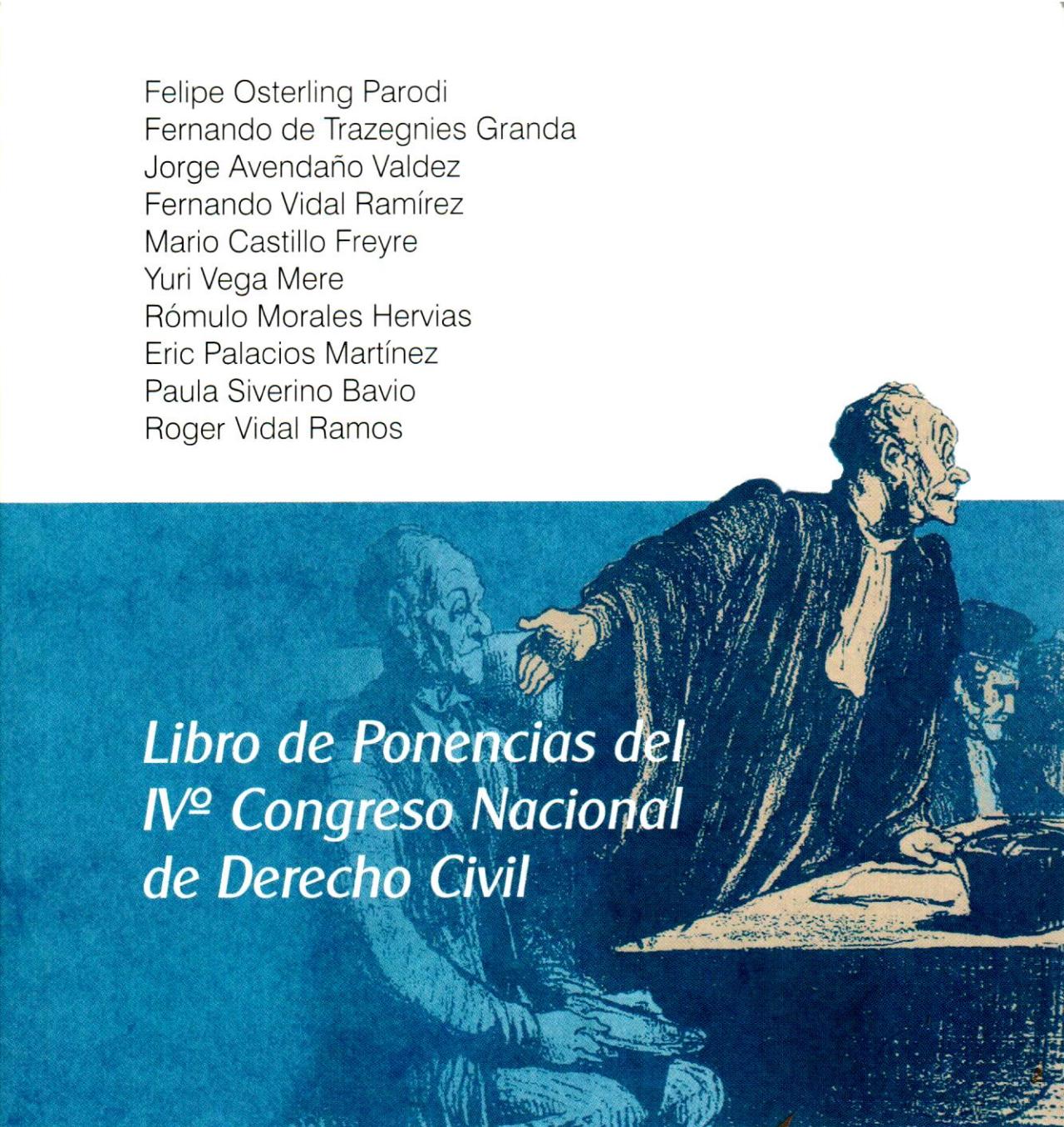


Felipe Osterling Parodi  
Fernando de Trazegnies Granda  
Jorge Avendaño Valdez  
Fernando Vidal Ramírez  
Mario Castillo Freyre  
Yuri Vega Mere  
Rómulo Morales Hervias  
Eric Palacios Martínez  
Paula Siverino Bavio  
Roger Vidal Ramos



*Libro de Ponencias del  
IVº Congreso Nacional  
de Derecho Civil*



BIBLIOTECA DEL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta es una obra colectiva que expone las ponencias del IVº Congreso Nacional de Derecho Civil, a cargo de los juristas Felipe Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies Granda, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Mario Castillo Freyre, Yuri Vega Mere, Rómulo Morales Hervias, Eric Palacios Martínez, Paula Siverino Bavio y el Doctor Roger Vidal Ramos.

Felipe Osterling Parodi  
Fernando de Trazegnies Granda  
Jorge Avendaño Valdez  
Fernando Vidal Ramírez  
Mario Castillo Freyre  
Yuri Vega Mere  
Rómulo Morales Hervias  
Eric Palacios Martínez  
Paula Siverino Bavio  
Roger Vidal Ramos

*Libro de Ponencias del  
IVº Congreso Nacional  
de Derecho Civil*



**BIBLIOTECA DEL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

Lima - 2009

## INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

### MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos  
Esteban Alva Navarro  
Emely Melendres Gavilán  
Eloy Calderón Villanueva  
Alan Berrospi Acosta  
Jhovana Palomino Medina  
Jessica López Casas  
Rocío Paredes Cueva  
Silvia Delgado Vásquez  
Christian Carrera Balta  
Lisset Rivera Vargas  
Silvia Pareja Zarate  
José Castillo Bocanegra  
Melch Núñez Vera  
María Alvarón Sotelo  
Víctor Céspedes Guzmán  
Fernando Jump Figueroa  
Betzy Díaz Vilca

### MIEMBROS ASOCIADOS

Ariana Delgado Pinedo  
Augusto Gárate Abat  
Daniel León Estrada  
Guillermo Chang Hernández  
César Romero Azabache  
Jhúnior Pasapera Bardales  
Victoria Lazo Santos  
Zócrates Rado Pinedo  
Andrea Vela Montañez  
Aracely Ramos Choque  
María Elena Medina López  
Mariela Castro Cusirramos  
Melissa Martínez Tarazona  
Margaret Paredes Pinto

### MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi  
Jorge Avendaño Valdez  
Mario Castillo Freyre  
Fernando de Trazegnies Granda  
Fernando Vidal Ramírez  
Gastón Fernández Cruz  
Rómulo Morales Hervias  
Leysser León Hilario  
Mario Reggiardo Saavedra  
Jorge Beltrán Pacheco

## LIBRO DE PONENCIAS DEL IVº CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición, mayo de 2009

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador.

© Copyright : ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE  
Av. Arequipa 2327, Lince.  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL  
Calle los Ángeles 141, Miraflores.  
Telfs. (511) 219-4226 / 980329232  
ipdc@ipderechocivil.com - www.ipderechocivil.com

© Copyright 2009 : PALESTRA EDITORES S.A.C.  
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú  
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627  
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación: GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.  
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 – Perú

Diagramación: José Luis Huarcaya Camargo  
Diseño de carátula: Iván Larco

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2009-06905

ISBN: 978-9972-224-99-7

Proyecto Editorial N.º 31501220900369

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

## ÍNDICE GENERAL

|  |     |
|--|-----|
| Presentación .....   | 7   |
| Prólogo .....  | 9   |
|  |     |
| Felipe Osterling Parodi  |     |
| <i>El Código Napoleón y el Derecho de las Obligaciones.....</i>  | 11  |
|  |     |
| Fernando de Trazegnies Granda  |     |
| <i>El Derecho frente a los desafíos que plantea la ciencia y la tecnología moderna .....</i>                                     | 21  |
|  |     |
| Jorge Avendaño Valdez  |     |
| <i>El Principio de la Fe Pública Registral.....</i>  | 43  |
|  |     |
| Fernando Vidal Ramírez   |     |
| <i>La obligación dineraria.....</i>  | 51  |
|  |     |
| Mario Castillo Freyre  |     |
| <i>Compraventa a satisfacción del comprador, a prueba y sobre muestra .....</i>  | 75  |
|  |     |
| Yuri Vega Mere   |     |
| <i>La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional.</i>   |     |
| <i>A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho.....</i> | 119 |

|   |     |
|---|-----|
| Rómulo Morales Hervias  |     |
| <i>Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo<br/>del Civil Law .....</i>  | 137 |
| Eric Palacios Martínez  |     |
| <i>Cuestiones breves en torno a las obligaciones solidarias .....</i>   | 157 |
| Paula Siverino Bavio  |     |
| <i>La influencia del modelo de autonomía en la responsabilidad de los profesionales<br/>de la medicina.....</i> | 169 |
| Rogel Vidal Ramos   |     |
| <i>La responsabilidad civil ambiental: alcances y perspectivas.....</i>   | 199 |

## PRESENTACIÓN

El Instituto Peruano de Derecho Civil se funda en el año 2006. Desde entonces, estudiantes de Derecho, abogados y notables juristas de diferentes Universidad del Perú se han integrado para realizar su objeto, a saber: difundir y pensar los problemas del Derecho Civil en el Perú. En este sentido, la principal actividad del Instituto Peruano de Derecho Civil es la organización anual del Congreso Nacional de Derecho Civil (CONADECIVIL) y las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Gracias a la importante convocatoria que ha tenido el Instituto y al trabajo de sus miembros, el Congreso Nacional de Derecho Civil es hoy el evento académico de estudiantes de Derecho más importante del Perú, tal como lo demuestran el I y el II Congreso Nacional de Derecho Civil, organizado con la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (2004 y 2006); el III Congreso Nacional de Derecho Civil, organizado con la Universidad Nacional de Cajamarca (2007); y el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en *Homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi*, organizado con la Universidad Nacional de Trujillo (2008). A estos exitosos antecedentes, se sumará, estamos seguros, el V Congreso Nacional de Derecho Civil, que el Instituto organiza el 2009 con la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

Conscientes de la importancia de ir contando con un testimonio escrito de los debates y exposiciones del Congreso, el Instituto Peruano Derecho Civil y la Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre, publican por primera vez el Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, esfuerzo académico que representa el cumplimiento de uno de nuestros fines institucionales.

En este sentido, no nos queda más que agradecer al doctor Mario Castillo Freyre, así como a los brillantes juristas y profesores Felipe Osterling Parodi, Jorge Avendaño Valdez, Fernando de Trazegnies Granda, Fernando Vidal Ramírez, Gastón Fernández Cruz, Rómulo Morales Herrias, Jorge Beltrán Pacheco, Leysser León Hilario, Martín Mejorada Chauca, Mario Reggiardo Saavedra, Enrique Varsi Rospigliosi, Freddy Escobar Rozas y Eric Palacios Martínez, quienes con su destacada participación resaltan la organización de nuestras diferentes actividades académicas.

Del mismo modo, expresamos nuestro agradecimiento a cada uno de los participantes de los diferentes Congresos y a los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil en las diferentes regiones del país.

Finalmente, es un honor presentar a la Comunidad Jurídica Nacional el Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, con la confianza y el compromiso de continuar publicando importantes trabajos del Derecho Civil Peruano.

Lima, abril del 2009

ROGER VIDAL RAMOS

Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil

## PRÓLOGO

Para mí resulta un honor que mi amigo el doctor Roger Vidal Ramos, Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, me haya solicitado prologar esta obra colectiva.

Y es un honor en varios sentidos.

En primer término, por la antigua amistad y el gran aprecio que nos une.

En segundo lugar, porque quienes hemos sido testigos del devenir de estos congresos, sabemos que se trata del evento jurídico de mayor convocatoria en nuestro país. Resulta muy grato saber que estos eventos, que primero contaban con la asistencia de algunos cientos de personas, hoy cuentan a sus participantes por millares.

Es muy grato apreciar el enorme interés que despiertan en todo el medio jurídico nacional los Congresos Nacionales de Derecho Civil organizados por el Instituto, especialmente entre los alumnos universitarios de las más diversas regiones de nuestro país, situación que convierte a este evento anual en el congreso «estrella» del Perú.

En tercer lugar, es muy grato prologar este libro, porque el mismo reúne trabajos de ilustres profesores y buenos amigos, como Felipe Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies Granda, Jorge Avendaño Valdez, Fernando

Vidal Ramírez, Yuri Vega Mere, Rómulo Morales Hervias, Eric Palacios Martínez, Paula Siverino Bavio y del propio Roger Vidal Ramos, los mismos que resultan muy representativos de la calidad del evento que tuvo lugar en la ciudad de Trujillo en el año 2008, que el Instituto organizó con la Universidad Nacional de esa ciudad.

En cuarto lugar, me place prologar esta obra dado que el IV Congreso Nacional de Derecho Civil fue organizado en homenaje al ilustre jurista y gran amigo de quien escribe estas palabras, doctor Felipe Osterling Parodi, en justo reconocimiento de su trayectoria personal, profesional, académica y política.

Y, finalmente, porque el Instituto Peruano de Derecho Civil ha tenido la gentileza de permitirnos incorporar esta valiosa obra dentro de la novísima Biblioteca de mi Estudio de Abogados, la misma que se complace por el hecho de que un libro tan importante como éste forme parte de los títulos que publicaremos este año.

Por todo ello, es para mí muy satisfactorio escribir estas palabras y estoy seguro de que el V Congreso Nacional de Derecho Civil, que el Instituto organiza con la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa en conmemoración de los 25 años del Código Civil Peruano, también será todo un éxito.

Lima, marzo del 2009

MARIO CASTILLO FREYRE\*

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

# **El Código Napoleón y el Derecho de las Obligaciones**

*Felipe Osterling Parodi*

Promulgado el 21 de marzo de 1804, el Código Civil Francés no es solamente un monumento en la historia del Derecho, sino también uno de los códigos fundadores de la era contemporánea.

Algunos juristas del Antiguo Régimen habían soñado con la unificación del Antiguo Derecho Privado francés, en ese entonces fraccionado entre países de derecho escrito. Para cristalizar esta ambición, se habían presentado sucesivamente tres proyectos durante los años 1793, 1794 y 1796, que habían fracasado al ser sometidos a las asambleas revolucionarias. Bajo el impulso de Napoleón, en cambio, y con el apoyo de destacados juristas reunidos en el nuevo poder, el régimen del Consulado logró llevar a término la empresa codificadora.

Poco a poco iba siendo aprobado el Código, hasta que el 21 de marzo de 1804 fue promulgado en su integridad. Posteriormente, en 1807, fue reimpresso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante Emperador. En 1814, con la restauración monárquica, si bien el Código no fue derogado, pasó a denominarse simplemente *Code Civil*. A la larga la historia hizo justicia, y desde 1870 nuevamente quedó designado como *Code Napoléon*.

El Código Civil Francés encuentra su antecedente más lejano en la codificación de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano de oriente entre los años 529 a 533. Un antecedente más concreto se encuentra en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su sistemática.

La otra vertiente del Código francés la encontramos en la costumbre. Una parte de ellas fue tomada de los juristas que, desde el siglo XVI, habían venido trabajando con los materiales del Derecho Romano, en la rica tradición culta del *Mos gallicus*, una suerte de rama francesa del *Ius commune*. La célebre frase de Coquille resume el ideario de esta corriente: «Nuestras costumbres son el verdadero derecho civil».

No obstante que en Francia se había logrado la unidad política y que gracias a una tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta se había conseguido cierta uniformidad en las costumbres, todavía se presentaba en el país la división entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*, temperamento que fue reflejado por Voltaire en los siguientes términos:

Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar.

El Código Civil de 1804 puso fin a esta excesiva dispersión de normas, pues se convierte en Derecho del Estado para «todos los franceses». Se trata, pues, del punto de arribo de un largo camino hacia la uniformidad jurídica.

En ese sentido, resultan emblemáticas las palabras de Portalis, en su famoso Discurso Preliminar, cuando sostenía que desde la promulgación del Código las personas «no serán más provenzales, bretones, ni alsacianos, sino franceses». La tan ansiada unificación legislativa francesa había sido consumada.

Según Esmein, los autores del *Code* «antes que sus profetas, fueron sus discípulos», habida cuenta de que el Código de 1804 no fue considerado como un punto de partida totalmente nuevo ni como el inicio de una nueva era, sino, por el contrario, como una conclusión, como «punto de arribo y de partida al mismo tiempo». Se trataba, en buena cuenta, de una síntesis del pasado que no excluía la sobrevivencia y la aplicación del derecho precedente.

Conforme he referido, en las bases del Código reposaban un conjunto de tradiciones y de intereses jurídicamente articulados, cuyo desarrollo es impensable que pueda haberse efectuado en los cuatro meses que duraron los debates de la Comisión. A ello se añade que el proceso de codificación o, dicho de otro modo, la unificación del derecho en Francia era una ambición de vieja data. La virtud de Napoleón y de sus colaboradores fue concluir ese largo proceso.

Tampoco debe perderse de vista la posición moderada que asumió el Consejo de Estado, equidistante por igual del espíritu reaccionario del Antiguo Régimen y del radicalismo de la revolución, que explica por qué el *Code* está impreso de un espíritu ideológico y políticamente intermedio. Para reafirmar esta tesis, basta echar una mirada a la trayectoria política de los miembros de la Comisión redactora —denominados por Arnaud los «artesanos del Código»—, a fin de concluir que no estamos ante legisladores con propensiones revolucionarias que hicieran tabla rasa del derecho precedente o que a través del *Code* pretendieran instaurar una normatividad completamente nueva.

Tronchet, nacido en París en 1726, abogado de profesión, fue siempre un hombre de Estado, y con contundentes fundamentos políticos consideró durante la Revolución que Luis XVI tenía derecho a ser defendido. Sin embargo, Tronchet sólo pudo patrocinarlo como abogado y jurisconsulto, pero nada pudo hacer frente a los embates sanguinarios de los revolucionarios. No obstante, Luis XVI dio testimonio duradero de su reconocimiento, incluyéndolo en su testamento.

Posteriormente, la Corte de Casación francesa le concedió el título de su Primer Presidente, encargándole la redacción de un proyecto de Código Civil, conjuntamente con Bigot-Prémeneu, Portalis y Maleville.

Según refiere Michaud, Tronchet había advertido el instinto ambicioso de Napoleón y no escondía su aversión hacia él. A Napoleón tampoco le agradaba Tronchet; no obstante, el Gran Corso admiraba en Tronchet una cualidad que él mismo poseía: la inflexibilidad de carácter. Es por ello que Napoleón estuvo de acuerdo en designar a Tronchet como Primer Jurisconsulto de Francia.

Bigot de Prémeneu nació en Rendon en 1750. Abogado en París antes de la Revolución Francesa, aplaudió vivamente la revolución y fue nombrado Comisario del Gobierno ante el Tribunal de la Corte de

Casación. No obstante, Bigot de Préameneu se caracterizó por haber sido un auténtico realista. Durante la revolución, salvó al Rey en las Tullerías, llegando a ser detenido por sus ideas moderadas.

Con el transcurso del tiempo y habiendo ganado prestigio, participó en la redacción del Código Civil.

Maleville nació en 1741 en el seno de una familia honorable, ejerciendo la profesión de abogado durante algún tiempo en el Parlamento de Bordeaux. Posteriormente, fue llamado a participar en las actividades de su familia y, en la vida privada, se abocó a laboriosos estudios de derecho, principalmente de derecho romano, estableciendo de esta manera sólidos fundamentos para su futura notoriedad.

Cuando estalló la revolución, Maleville abrazó sus principios y los defendió con firmeza. En 1790 fue nombrado miembro y luego presidente del Directorio de su departamento. En 1791 fue miembro del Tribunal de Casación, y en 1795 Diputado en el Consejo de los Ancianos.

Entre 1804 y 1805 Maleville publicó un análisis razonado de la discusión del Código Civil en el Consejo de Estado, obra en cuatro volúmenes que tuvo dos ediciones y que fue traducida al alemán.

Finalmente, Portalis, miembro de la Academia Francesa, Gran Águila de la Legión de Honor, Ministro de Cultos, entre otros títulos, nació en Beausset en 1746, en el seno de una familia de la alta burguesía establecida en Provence a inicio del siglo dieciséis.

Fue llamado por Napoleón para desempeñar las funciones de Comisario del Gobierno, Consejero de Estado y Miembro de la Comisión encargada de la redacción del Código Civil. A Portalis se le encomendó pronunciar el Discurso Preliminar de dicho Código.

La importancia de Portalis es tal, que si en el plano político Napoleón fue artífice de la codificación francesa, Portalis, en la dimensión jurídica, es un auténtico exponente del significado del Código de 1804. Gracias a este personaje el Código aparece bajo otro aspecto, siendo considerado un ejemplo indispensable de orden y pacificación que, por un lado, rescataba las conquistas revolucionarias y las continuaba; y, por otra parte, morigeraba los excesos en los que se había incurrido durante la revolución, evitando cualquier radicalismo.

Mientras que los juristas encargados de su redacción debieron encontrar el punto de equilibrio entre las tradiciones o las concepciones

diferentes e incluso opuestas, Napoleón tenía una visión distinta del *Code*. Para él, el Código Civil era un instrumento de poder y un arma de conquista al mismo tiempo. En efecto, al interior del Código de 1804, Napoleón debía fundar el nuevo orden social; al exterior, debía destruir la sociedad monárquica y adecuar los espíritus de las demás naciones al modelo francés. Para lograr este segundo objetivo, a través de la difusión del *Code*, los principios y modelos instaurados por la revolución trascendieron las fronteras de Francia.

En este punto cabe recordar que Napoleón no tenía legitimidad como gobernante, más allá de la que le daban sus victorias militares y la necesidad de liderazgo de Francia en ese entonces. Ello determinó que dirigiera sus mejores esfuerzos a asentar su poder sobre principios reconocidos. De ahí la importancia política del Código Civil, por cuanto a través de él, Napoleón se convierte en el guardián de la Ley y del Orden.

No obstante el apoyo que el *Code* brindó a Napoleón, ello tuvo su contraparte, pues si bien los principios de la revolución francesa se consolidaron a través del Código, el respeto por el Código sólo pudo ser asegurado por el poder de su autor. No obstante que durante la discusión del Proyecto de Código se hallaba en plena campaña militar contra Inglaterra, Napoleón se dio el tiempo para participar en los debates que se desarrollaban en el seno del Consejo de Estado. De ciento dos sesiones, dedicadas a debatir el Código, dirigió personalmente cincuentisiete. En los debates su participación fue vivaz. Se dice que Napoleón no dejaba de insistir en la necesidad de que los términos usados fueran fácilmente comprensibles y hasta llegó a influir en la regulación de ciertas instituciones como la idea de una familia sólida y patriarcal, la prohibición de los hijos ilegítimos para indagar la paternidad, el divorcio consensual (este último aspecto, se considera que fue motivado por razones personales, puesto que pretendía su divorcio de Josefina de Beauharnais) y la adopción, las cuales llevan su impronta. Asimismo, con su influencia, Napoleón se aseguró de que los integrantes de la Comisión no desviaran el espíritu del Código, sustentándolo en ideales diferentes.

El Código Civil francés de 1804, por otra parte, traslada al ordenamiento civil los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De este modo, el *Code* se convierte en la traducción al derecho privado de los principios emanados de la Revolución.

El principio de igualdad ante la ley para todos los ciudadanos, pone fin a los privilegios y consigue la destrucción definitiva de la aristocracia.

Asimismo, el espíritu de libertad de la Revolución se ve traducido en la regulación de los contratos. A través de sus normas el *Code* confiere a cada ciudadano la condición de legislador en sus relaciones privadas con terceros. En igual sentido, la libertad de elección determina la posibilidad —aunque con condiciones bastante restrictivas— de disolver el vínculo matrimonial a través del divorcio.

De otro lado, la propiedad se convierte en la piedra angular del nuevo orden social. En efecto, si el *Code* es la expresión de la burguesía triunfante, ello se debe a que se trata de un código de propietarios y, sobre todo, políticamente, de un código de los *nuevos propietarios*. Es importante destacar que como consecuencia de la revolución, se presenta la necesidad de organizar la más importante transferencia de propiedad en la historia francesa. En efecto, la Revolución Francesa no radica solamente en destruir el orden feudal y los privilegios; por el contrario, fue preciso transferir a las clases ascendentes la propiedad de inmensos dominios del rey, la iglesia y la nobleza. Ante este panorama, al regular el derecho de propiedad, el *Code* garantizó a los nuevos propietarios que no habría marcha atrás sobre los bienes que les habían sido conferidos. Como consecuencia de ello también nace un nuevo Derecho de Sucesiones, habida cuenta de que los nuevos propietarios buscaban asegurarse de que sus bienes se transmitan a su descendencia de manera ordenada.

Es en este punto donde el Derecho de las Obligaciones juega un papel preponderante en el Código, pues ante el requerimiento de nuevas reglas de juego, surge un nuevo Derecho de las Obligaciones.

La importancia del Derecho de las Obligaciones radica en la trascendencia de sus normas. Si bien la Constitución Política es preferida por razón de jerarquía ante el Código Civil, éste constituye un cuerpo normativo cuyo dinamismo y presencia en la vida de la comunidad sobrepasan a la Constitución. A su turno, de los diversos libros que conforman el Código Civil, el de las Obligaciones es el que reviste mayor importancia, pues según Tarde he allí «el problema central donde llegan todas las pendientes de las discusiones».

Esto determina que el Derecho de las Obligaciones represente —qué duda cabe— parte sustancial del núcleo duro de nuestro sistema jurídico.

El Código Civil francés de 1804 no fue ajeno a esta característica, estableciendo principios rectores en Derecho de las Obligaciones que fueron recogidos por la legislación peruana, muchos de los cuales siguen vigentes en nuestro país.

Conforme he indicado, el éxito del *Code* en plasmar los ideales del Nuevo Régimen lo convierte en un instrumento de conquista revolucionaria. No es solamente el orgullo lo que guía a Napoleón cuando impone el Código en todo el imperio y los reinos conquistados; por el contrario, él sabía que el Código constitúa un formidable instrumento político de liberación y de destrucción del antiguo orden al que las personas estaban sujetas en Europa y en el Mundo. Por ello, en su exilio en Santa Helena diría «Sembré libertad a manos plenas, en todo lugar donde implanté mi Código Civil».

A partir de este momento, «el Código Civil de los franceses» se convierte en el Código Civil del mundo.

La difusión del flamante Código francés, sumado al notable prestígio que cobra en los ambientes académicos, propició la incorporación de su sistemática fundamental y de numerosas normas por él previstas en la legislación peruana. Los legisladores peruanos quedaron cautivados con el *Code Napoléon*, el cual continúa siendo la fuente más importante de nuestra ley civil.

Por un breve lapso, durante la Confederación Perú-Boliviana, el Código de Santa Cruz, copia casi idéntica del Código Civil francés, rigió en nuestra patria. Andrés de Santa Cruz, devoto admirador de Napoleón, a través de un Código previamente dado en Bolivia, prácticamente impuso la vigencia del *Code Napoléon* en el Perú hacia fines de 1836. Según refiere Carlos Ramos, el Código de Santa Cruz siguió al *Code* en su sistemática y en muchas definiciones. Su filiación es inconfundible, al punto de haber sido calificado por Toribio Pacheco como «copia perversa del Código de Napoleón».

Posteriormente, mediante decreto del 16 de mayo de 1837, la vigencia de esta norma fue dejada en suspenso, y por decretos del 31 de julio y 3 de agosto de 1838 la vigencia del Código Civil de Santa Cruz fue declarada insubsistente, restableciéndose la legislación española.

El 28 de julio de 1852 se promulgó el primer Código Civil peruano bajo el Gobierno de José Rufino Echenique. Es por medio de esta codificación que el Código Civil francés ingresa a nuestro ordenamiento civil.

El Código de 1852 tuvo, en mi opinión, una influencia determinante del Código Napoleón, pero también de la legislación española, que regía en nuestro país, y del Derecho Canónico.

Concretamente, en la parte referente al Derecho de las Obligaciones, consignada en el Libro Tercero del Código de 1852, éste legislaba ordenadamente la forma de extinción de las obligaciones, así como sus efectos por mora, culpa y daño, pero omitía un tema medular, como es el relativo a las modalidades de las obligaciones.

El Código Napoleón, por su parte, en el Libro Tercero, legisla ordenadamente tanto la forma de extinción de las obligaciones, como las normas sobre su inejecución, pero a diferencia del Código peruano de 1852, también se refiere pulcramente a las modalidades obligacionales de dar, de hacer y de no hacer, a las obligaciones alternativas, a las obligaciones solidarias, a las obligaciones divisibles e indivisibles, y a las obligaciones con cláusula penal.

Cabe observar que el Código Napoleón, al igual que el Código Civil peruano de 1852, no regula el Derecho de las Obligaciones de manera independiente, consignando los preceptos citados conjuntamente con normas relativas al acto jurídico o negocio jurídico y a los contratos.

Al dictarse el Código Civil peruano de 1936, que sustituyó al de 1852, se conservan numerosos preceptos del Código Napoleón; pero el Código de 1936 se ve influenciado, en algunas de sus normas, por el Código alemán de 1900 y, en lo que respecta a su organización, por el Código Federal suizo de las Obligaciones de 1911 y por el Código brasiler de 1916, este último derogado a principios de enero de 2003.

Ello determinó que en el Código de 1936 se legislara en un mismo libro, el V, ordenada y sucesivamente sobre los actos jurídicos, las obligaciones y los contratos.

El Código de 1984, cuya Comisión redactora tuve el honor de presidir, ha sustituido al Código Civil de 1936. Sin embargo, si bien el Derecho de Obligaciones integra un libro propio del Código Civil, esto es el VI, muchas de sus normas son idénticas a las del Código anterior de 1936, influenciado sustancialmente por el Código Civil francés, a través del Código de 1852, por el Código Civil alemán de 1900 y por un cuerpo legislativo extraordinario como es el Código Civil italiano de 1942. Este último Código ha tenido influencia significativa en el

Derecho de Obligaciones del Código de 1984, lo que me consta debido a que fui ponente del Libro sobre las Obligaciones del Código Civil peruano que nos rige.

La influencia del Código francés ha sido y es, en suma, relevante en la legislación civil peruana.

Hubiera deseado referirme a determinados preceptos o instituciones previstas por el Código Napoleón. Temas como la original inmutabilidad de la pena en las obligaciones con cláusula penal, modificada por Leyes n.<sup>os</sup> 75-597 y 85-1097 del 9 de julio de 1975 y del 11 de octubre de 1985, respectivamente, o sobre la teoría de la culpa en la inejecución de las obligaciones, por mencionar sólo dos ejemplos. Sin embargo, razones de espacio me impiden hacerlo.

Finalmente, quiero hacer hincapié en que la formación jurídica de los abogados peruanos, desde que se acogió el Derecho francés, es francesa. Personalmente, me siento muy orgulloso de que ello haya ocurrido durante mis estudios universitarios y mi vida académica y profesional.

Lima, febrero del 2008

## BIBLIOGRAFÍA

- BADINTER, Robert. «Ce chef-d'œuvre, le Code Civil». *Le Nouvel Observateur* [París]. n.º 98, abril del 2004.
- BASADRE AYULO, Jorge. *Historia del Derecho*. Tomo III. Lima: Editorial Raxis, 2001.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. «Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código Napoleónico». *Revista del Foro*, mayo-agosto, 1952, Lima.
- LUNA-VICTORIA LEÓN, César. «Código Civil de 1852: lo nacional y lo importado». *Derecho PUC*, n.º 42, 1988, Lima.
- MICHAUD, J. F. *Biographie universelle, ancienne et moderne, ou Histoire, par ordre alphabétique, de la vie publique et privée de tous les hommes qui se sont fait remarquer par leurs écrits, leurs actions, leurs talents, leurs vertus ou leurs crimes*. 2.ª Ed., 45 vols. París, 1843-1865, Journal Reprint.
- MONGE TALAVERA, Luz. «Doscientos años de historia». *El Comercio*. Lima, 24 de marzo de 2004.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. «El Código Napoleónico: fuentes y génesis». *Derecho & Sociedad*, año 6, n.º 10, Lima, pp. 153-161.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- TORRES MÉNDEZ, Miguel. «El bicentenario del Código Napoleónico». *El Peruano*. Lima, 11 de marzo de 2004.

# **El Derecho frente a los desafíos que plantea la ciencia y la tecnología moderna**

*Fernando de Trazegnies Granda\**

SUMARIO: 1. *El Derecho: Tensión entre el ser y el deber ser.*- 2. *La nueva ciencia y la nueva tecnología como cambios en el ser.*- 3. *La construcción del tiempo y del espacio.*- 4. *Nueva concepción del tiempo.*- 5. *Nueva concepción del espacio.*- 5.1. *Globalización.*- 5.2. *Desmaterialización.*- 5.3. *La «matería inmaterial».*- 6. *Nueva concepción de lo posible e imposible.*- 7. *Alteraciones cualitativas basadas en modificaciones cuantitativas.*- 7.1. *Responsabilidad extracontractual.*- 7.2. *Protección al consumidor.*- 8. *Derecho jerarquizado y Derecho reticular.*- 9. *Nuevos instrumentos al servicio del Derecho.*- 10. *Conclusiones.*

Conozco a Felipe Osterling desde mis últimos años de universidad. Fue primero mi profesor, luego mi colega de Estudio y, siempre y ante todo, mi amigo.

Fue mi profesor, a pesar de que la diferencia en años era muy corta porque desde el primer momento de su vida profesional, Felipe comprendió que no le bastaba ser abogado sino que también quería ser jurista; y eso implicaba

---

\* Profesor Principal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

añadir e integrar una perspectiva académica a su intensa e inteligente actividad jurídica. Es así como inició muy tempranamente su carrera de profesor con el curso de Derecho Internacional Privado, que a mí me tocó llevar en el último año de estudios en la Facultad. Años más tarde escribiría su monumental *Tratado de las Obligaciones*, la obra más importante sobre este tema que se ha publicado en el Perú, con un número casi infinito de volúmenes.

En esos tiempos ahora lejanos, el Derecho Internacional Privado parecía algo exótico, sin aplicación práctica en nuestro medio; pero Felipe Osterling lo convirtió en un fascinante ejercicio intelectual. Una persona nacida en el Perú —decía Osterling— se casa en Estados Unidos con una norteamericana, luego la empresa en la que trabaja lo destina a Alemania donde tiene dos hijos. Como puede suceder a veces en la vida, en ese nuevo ambiente se entusiasma con una alemana y se divorcia en Alemania de su primera esposa. Pero, como lo acababan de cambiar de puesto a la sucursal en Italia, el matrimonio con la alemana se realiza en este último país. Pronto es transferido a Francia, donde tiene dos hijos más con la esposa alemana. Pasa a servir en España y decide comprar una propiedad en Mijas, en las alturas de la Costa del Sol, donde vivirá después de su jubilación, contemplando el Mediterráneo desde las colinas. De paso, entusiasta con una española, tiene una hija ilegítima a la que reconoce sin decirle nada a su mujer ni a sus hijos. Algunos años más tarde abandona de hecho a la familia y se va a vivir con una sueca. En Suecia hace testamento y le deja el 50% de sus bienes como un legado a la sueca con la que vive. Poco después, viaja de vacaciones a Egipto donde tiene un accidente de automóvil y muere.

La pregunta inevitable es: ¿Qué ley se aplica a su sucesión? ¿La del lugar donde nació o la del lugar donde nacieron sus hijos o la del país donde se encuentra el bien inmueble que forma parte de la masa hereditaria, o la del país en que testó o quizás la del país accidental donde murió? La respuesta a esta pregunta puede afectar muy seriamente los presuntos derechos de unos y otros herederos. En algunos casos, la ley permite que el testador disponga como quiera de sus bienes y en otros sólo puede disponer libremente de una parte determinada, correspondiendo el resto a la llamada herencia forzosa o legítima, esto es, a los herederos por ley. En algunos países, la mujer recibirá gananciales más herencia y en otros solamente gananciales. Algunas leyes establecen la

misma proporción en la herencia forzosa para hijos legítimos o ilegítimos, mientras que otras otorgan al hijo legítimo el doble que al ilegítimo (así era en el Perú en la época en que yo estudiaba Derecho). Por último, el divorcio puede no ser una institución aceptable en ciertos países, por lo que el segundo matrimonio podría ser considerado como una unión de hecho, sin generar derecho alguno, y los hijos serían ilegítimos.

¡Menuda cuestión en la que entreteníamos nuestros cerebros como quien completa un Sudoku, con las normas de Derecho Internacional Privado, los reenvíos de legislación a legislación y los obstáculos del orden público! Sin embargo, la mente amplia de Felipe Osterling había escogido ese curso porque preveía lo que vendría después. En el mundo tan interconectado de hoy, cuando la globalización hace que los viajes sean muy fáciles y comunes lo que produce que la gente pueda nacer, hacer negocios, tener familia y morir en distintos lugares, esos aparentes acertijos casi lúdicos se han convertido en temas fundamentales de la práctica jurídica. Si pasamos del Derecho de Familia o de Sucesiones al plano económico, nos tropezamos con todo el nuevo Derecho Internacional de los Negocios.

Durante los varios años que pasamos juntos en el Estudio Olaechea, habiendo sido precisamente Felipe quien me hizo ingresar a ese prestigiado bufete, quizás el más importante de Lima en ese entonces, siempre encontré en él a un colega y a un maestro dispuesto en todo momento a dar una luz sobre lo que parecía oscuro, a encontrar un camino para lo que daba la impresión de no tener salida.

Tanto Felipe como yo dejamos el Estudio Olaechea, en diferentes momentos y por diferentes razones. Pero seguimos siempre unidos no solamente por la vida académica y los contactos profesionales, sino por una amistad personal muy profunda. Es por ello que hoy le dedico con todo afecto este ensayo que viene a continuación.

## 1. EL DERECHO: TENSIÓN ENTRE EL SER Y EL DEBER SER

Un tema fascinante e ineludible en la época actual es el de las relaciones entre el Derecho y la Ciencia, entre el Derecho y la tecnología moderna.

¿Por qué nos pueden preocupar los nuevos descubrimientos de la Ciencia, a quienes estamos vinculados al Derecho? En principio, el

Derecho se ocupa del deber social. No nos explica cómo es la naturaleza y la sociedad sino cómo deben ser, no analiza cómo actúa el hombre sino que ordena la forma cómo debe actuar. Por tanto, el Derecho es un mundo aparte: como dijo Kelsen, es el mundo del *sollen* (deber) frente al mundo del *sein* (ser).<sup>1</sup>

¿Y qué tiene que ver la tecnología con el Derecho? La tecnología – puede pensarse – como sólo tiene una función instrumental, no afecta el razonamiento jurídico sino simplemente le sirve para expresarlo más fácilmente: desde la imprenta hasta la computadora, la tecnología no sería sino un elemento al servicio del Derecho, que es quien gobierna y ordena.

En principio, es cierto que el Derecho es un mundo autónomo, organizado por normas propias, que siguen principios propios e internos de la ciencia jurídica; pero de ahí no debe deducirse que lo que pase fuera de su ámbito le tiene sin cuidado. El positivismo diría que de lo único que debe preocuparse el jurista es de las normas vigentes. Si algunas normas que entran en vigencia se refieren a elementos tecnológicos nuevos, habría que estudiarlas; pero no en tanto qué novedades tecnológicas, sino en tanto qué novedades normativas. Y este estudio y su tratamiento no responderán en absoluto a la nueva tecnología, sino a los principios internos de organización del Derecho que pueden procesar cualquier tipo de normas que entren dentro de su campo. En otras palabras, el Derecho es como una mezcladora: se le puede echar dentro cualquier material; esa mezcladora, de acuerdo a su propia operación, procederá a fusionar todo ello y dar un producto unificado y coherente.

Sin embargo, en la realidad misma, el Derecho es siempre una tensión entre el ser y el deber ser. El Derecho toma una realidad y la ordena, la organiza. Por consiguiente, no puede ser ajeno a esa realidad porque cada circunstancia merece un tipo de orden distinto y permite un tipo de orden distinto.

Y los positivistas inteligentes, sin abandonar la diferencia antes mencionada, lo han visto con mucha claridad. El propio Kelsen lo ha

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Théorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2.<sup>a</sup> Ed. de la *Reine Rechtslehre*. París: Dalloz, 1962, p. 7.

dicho de manera categórica: «Este dualismo del «ser» y del «deber ser», del indicativo al normativo, no implica, sin embargo, de ninguna manera que no exista relación entre el *Sein* y el *Sollen*, no significa que éstos se encuentren simplemente uno al lado del otro como dos mundos absolutamente separados».<sup>2</sup> Y precisa: «Se dice: un *Sein* puede corresponder a un *Sollen*. Dicho de otra manera, alguna cosa puede ser tal y como debe ser. Y también se dice: El *Sollen* tiende hacia un *Sein*, alguna cosa debe «ser». Pero la expresión de que un *Sein* corresponde a un *Sollen* no es totalmente correcta; en verdad, no es el *Sein* el que corresponde al *Sollen*. Es esa «alguna cosa» que en un cierto momento «es», la que corresponde a «alguna cosa» que en un momento anterior debía ser; esta «alguna cosa» puede ser calificada, en un sentido figurado, de contenido del *Sein* y de contenido del *Sollen*».<sup>3</sup>

Por tanto, lo que pase en el ser no es ajeno al deber ser que impone el Derecho. Aún más, la norma es una proposición que asume una situación de *ser* como supuesto y le asigna un *ser* como mandato (*deber ser*).

## 2. LA NUEVA CIENCIA Y LA NUEVA TECNOLOGÍA COMO CAMBIOS EN EL SER

En el fondo, la realidad no es sino la suma de un objeto y un punto de vista.

El conocimiento no es nunca meramente comprobativo sino comprobativo-constitutivo. Conocemos a través de un sistema de principios y de informaciones que hacen visible la realidad como objeto de conocimiento y la vuelven inteligible.

Esto en el campo de las Ciencias Sociales es particularmente notorio. He puesto muchas veces ese ejemplo del marciano que llega a la Tierra y ve a dos personas dándose la mano. No sabría si están reproduciéndose, si se están agrediendo mediante la transmisión de un veneno o de una energía negativa a través de las manos o Dios sabe qué. Supongamos que el marciano tiene facultades para ver debajo de la piel; y así descubre todos los músculos que se mueven para que se produzca el apretón de manos. Pero eso no le aclara el significado del

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*

apretón. Quizá esas personas estaban sellando un acuerdo, es decir, celebrando un contrato de compraventa de un automóvil; o quizás simplemente se estaban saludando o despidiendo. Pero el sentido de ese acto es absolutamente incomprendible si no se comparte una tradición cultural que explique lo que es socialmente un apretón de manos.

Si los puntos de vista cambian, la realidad cambia. Y los puntos de vista, dado que son culturales y están afectados por nuestros valores y también por nuestros conocimientos científicos, cambian con la Historia. En consecuencia, la realidad se transforma. No cabe duda de que el mundo para los griegos era fundamentalmente diferente de lo que puede ser el mundo para cualquiera de nosotros. Si mediante encantamientos resucitamos un Faraón, posiblemente estaría perdido dentro del mundo moderno.

Y si la realidad cambia, el ordenamiento de esa realidad también se modifica.

Por consiguiente, la nueva ciencia y la nueva tecnología enfrentan al Derecho con una realidad diferente. Y ello supone el nacimiento de nuevos problemas, que deben ser pensados de una manera diferente en términos jurídicos, con incluso repercusiones morales. Supone también nuevos métodos, tanto en lo que se refiere a la solución de los nuevos problemas como también respecto de maneras distintas —más tecnificadas— de tratar los problemas ya conocidos.

### 3. LA CONSTRUCCIÓN DEL TIEMPO Y DEL ESPACIO

Comencemos revisando dos parámetros que son esenciales para el conocimiento humano, pero que son susceptibles de modificación. Me refiero a los conceptos de tiempo y espacio.

Kant decía que tiempo y espacio son categorías de la sensibilidad, vale decir, de nuestra capacidad de formar representaciones del mundo externo en nuestra mente. No están en la realidad que percibimos, sino que forman parte de los mecanismos *a priori* de nuestro espíritu que nos permiten acercarnos a la realidad y ordenarla para volverla inteligible. De este modo, ni tiempo ni espacio son realidades absolutas, objetivas; no representan una propiedad de las cosas en sí, sino la forma como nuestra mente está hecha para ordenar las sensaciones que nos vienen del mundo exterior. De esta manera, todo lo

que percibimos son «fenómenos», *i.e.*, representaciones del presunto mundo exterior a la manera de nuestra mente.<sup>4</sup>

Sin necesidad de adherir íntegramente a ninguna teoría específica, parecería que concebir al espacio y al tiempo como exclusivamente apriorísticos no corresponde a nuestra experiencia. Sin perjuicio de que pueda existir una base *a priori* de las categorías del tiempo y del espacio en el ser humano, observamos que la experiencia social muestra que la forma como se van usando esas categorías responde a condiciones determinadas por las épocas y las culturas. No cabe duda de que Einstein tenía un concepto del tiempo radicalmente diferente del que pudo haber tenido el legionario romano. Diferencias de valores culturales, de perspectivas respecto de la vida y el progreso de la ciencia, llevan a que el instrumento «tiempo» que existe en la mente del ser humano sea usado de manera mucho más compleja. De la misma forma un científico nuclear contemporáneo o un astrofísico concebirán el espacio de una manera distinta que el artesano que fabricaba cerámica en la época precolombina. Por consiguiente, aun cuando el tiempo y el espacio fueran categorías de la sensibilidad generales en todo ser humano por cuanto son parte de la mente humana, su uso se ve afectado por un gran número de factores biológicos y culturales, al punto que algunos hablan de la «construcción social de la realidad».<sup>5</sup>

El tiempo no es sino la sucesión de acontecimientos: no hay tiempo sin sucesión, sin hechos diversos no sólo en su calidad sino en su oportunidad. El tiempo es siempre diacronía, es decir, dos tiempos, dos hechos que no se pueden dar sincrónicamente. El espacio no es sino la agrupación de lugares; y un lugar es una delimitación, por lo que el espacio es la agrupación de delimitaciones: no hay espacio si no hay diferentes cosas que tienen fronteras que las separan unas de otras, con una especificidad material que las hace que no puedan estar a la vez en el mismo lugar.

Y, a todo esto, el Derecho es uno de los factores culturales importantes que crea la diacronía y que establece las fronteras.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura*. Trad. Manuel García Morente. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928. Primera parte de la Doctrina elemental trascendental: La estética trascendental.

<sup>5</sup> BERGER, Peter L. y Thomas LUCKMANN. *The Social Construction of the Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Nueva York: Anchor Books, 1967.

Si consideramos como Hobbes que el Derecho es la forma de regular la escasez, entonces vemos que la función fundamental del Derecho es titularizar, es decir, dar título o derecho para que alguien pueda hacer algo que no todos pueden hacer a la vez. En otras palabras, el Derecho señala límites y, por ese camino, otorga preferencias o privilegios. Esto significa que, para lograr sus fines, tiene que delimitar y luego titularizar.

Para ello, el Derecho tiene dos estrategias fundamentales: la partición en el espacio y la partición en el tiempo.

Ya que no todos pueden usar a la vez los bienes materiales, el Derecho establece la división entre lo tuyo y lo mío. Y esto implica establecer fronteras, límites. Hay casos en los que los límites son sencillos porque las cosas materiales tratadas presentan una unidad evidente que hace innecesaria una delimitación por el Derecho: *exempli gratia*, un lápiz es un lápiz; el Derecho no necesita establecer sus límites sino simplemente pasa de frente a la titularización y dice «este lápiz es tuyo y este otro es de él».

En cambio, en otros casos la delimitación representa en sí misma un problema porque hay que partir el bien en diversos derechos. Éste es el caso de la tierra. Así el Derecho crea países determinando fronteras, crea propiedades determinando linderos. Y, sobre esas bases espaciales establecidas por el Derecho, se constituyen una serie de otras operaciones jurídicas: la propiedad, el alquiler, la venta, etc., en el caso del Derecho privado; el ejercicio de la administración pública y, en general, la soberanía o capacidad de imperio en el Derecho público.

Cuando las cosas no pueden ser organizadas sobre la base de la partición en el espacio, el Derecho crea la partición en el tiempo.

De diversas maneras, el Derecho regula el tiempo; es decir, establece la diacronía y la sucesión de acontecimientos, lo que equivale a participar en la creación del tiempo.

Fundamentalmente, recurre para ello a turnos y plazos: el plazo es una condición del turno.

Hay derechos sin tiempo, como en el caso de la propiedad que, por definición, es eterna. Esto no significa que no pueda transferirse, pero no caduca. Sin embargo, aun esos derechos tienen límites temporales excepcionales, como es el caso de la prescripción donde el tiempo no es un constituyente de la propiedad sino un accidente de ella.

Pero en otros casos, el tiempo es claramente un ingrediente del derecho mismo. Esto es perfectamente obvio en los turnos. Hay también determinaciones del tiempo que no parecen turnos y, sin embargo, lo son en el fondo. Por ejemplo, el alquiler tiene por su naturaleza misma un plazo (si no, sería propiedad); y ese plazo significa de alguna manera abrir la posibilidad de que algún otro alquile después (o antes) ese bien, de modo que implica la posibilidad de un turno.

Los descubrimientos de la ciencia y la tecnología derivada de ellos van a cambiar en muchos aspectos las condiciones en las que el Derecho interviene para configurar el espacio y el tiempo.

#### 4. NUEVA CONCEPCIÓN DEL TIEMPO

Como antes se ha dicho, el Derecho construye el tiempo imponiendo turnos y plazos.

El criterio tradicional basaba estos turnos en la idea de justicia, que a su vez tenían un apoyo muy fuerte en la idea de igualdad: la justicia conmutativa consiste en que se intercambien cosas iguales; la justicia distributiva consiste en tratar igualmente desigual a lo desigual.

Pero la tecnología supone criterios que no se basan en la idea de igualdad, sino en la de eficiencia y operatividad. De esta manera la determinación de los turnos y, consecuentemente, la creación del tiempo, se dan sobre bases diferentes que las del Derecho tradicional, hasta el punto que algunos han propuesto que estos nuevos turnos «técnicos» no sean considerados como Derecho. Tomemos el caso de los turnos que se confieren a los aviones para aterrizar en un aeropuerto. Los controladores de vuelo, desde la torre de control, establecen el orden y la aproximación que deberá adoptar cada avión. Estas decisiones se toman sin consultar a los interesados ni a ningún superior, teniendo solamente en cuenta la operatividad y seguridad del aterrizaje y de acuerdo a reglas técnicas que marcan las pautas generales dentro de las cuales deben tomarse las decisiones específicas. En otras palabras, los derechos de cada avión a tener un momento para aterrizar —esto es, los turnos— son determinados al margen de toda regulación jurídica por personas que no conocen el Derecho y que incluso no conciben este entramado de mandatos (que expresan «deber ser» y dan títulos o permisos de aterrizaje) como un ordenamiento legal sino simplemente como una construcción técnica. Y las eventuales controversias sobre a

quién le corresponde aterrizar o despegar primero no se dan en términos de justicia sino de eficiencia.

En los inicios de la Revolución Soviética, uno de los más importantes juristas rusos, Evgeny Pashukanis, advirtió que muy importantes sectores de la organización humana no están regulados propiamente por leyes, como es el caso de la planificación de la entrada y salida de trenes de una estación.<sup>6</sup> Dentro de la euforia utópica del socialismo, Pashukanis sostuvo que el Derecho propiamente dicho sólo se presentaba dentro de las sociedades construidas sobre el antagonismo de los intereses privados, léase el intercambio de bienes y servicios a través del mercado. Por consiguiente, afirmó, cuando los intereses privados desaparezcan con el triunfo total de la Revolución, desaparecería también el Derecho; y la nueva sociedad se regiría más bien por reglas técnicas antes que jurídicas.<sup>7</sup> Sin embargo, Stalin no estuvo satisfecho con este nihilismo jurídico que deslegitimaba el Derecho como instrumento del poder y que le cuestionaba un poderoso instrumento de gobierno; Pashukanis fue ejecutado en 1937. Empero, Pashukanis había intuido dos cosas muy importantes: la primera, que el Derecho está profundamente ligado a la sociedad de mercado, la cual resulta impensable sin un orden jurídico; y la segunda, que las innovaciones de la tecnología influyen sobre el Derecho mismo, no sólo sobre el contenido de las normas sino también sobre su naturaleza normativa y sobre su metodología de aplicación y hasta sobre su fundamentación misma. En realidad, eso que él llamó «normas técnicas» y que excluyó del mundo del Derecho, es una de las nuevas formas como se presenta el Derecho en el mundo de hoy, al margen de la justicia.

Por otra parte, el Derecho actual está referido a una realidad que conoce una nueva escala de velocidad. Cuando las comunicaciones son rapidísimas y las actividades son vertiginosas, cuando el tiempo tiene una influencia notable en la determinación de las circunstancias (e.g., en la Bolsa de Valores), el Derecho se ve obligado a aumentar también

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que el sistema de control de una estación ferroviaria, determinando vías y muelles a los que debe llegar cada tren, es la organización precursora de las torres de control de los aeropuertos modernos.

<sup>7</sup> PASHUKANIS, Evgeny B. *La Théorie Générale du droit et le Marxisme. Etudes et Documentation Internationales*. París, 1970, p. 69. Notemos que Pashukanis está hablando de una situación similar a la de la torre de control de los aeropuertos en los tiempos actuales.

su velocidad interna: los plazos y ritmos del Derecho tradicional ya no se ajustan a las necesidades del mundo actual.

Esto trae muchísimas consecuencias: desde la disminución de la mayoría de edad a los 18 años y la reducción del plazo de la usucapión hasta la invención de procedimientos sumarísimos que puedan resolver oportunamente problemas que, si demoran mucho, se transforman en irreversibles. La impugnación de un acuerdo de la Junta General de una sociedad anónima que perjudica a la minoría resulta inoperante si requiere un procedimiento judicial que dura cuatro años: en ese lapso, el acuerdo habrá sido implementado y los accionistas minoritarios quizás no tengan ni a quién reclamar daños y perjuicios porque la compañía puede haber quebrado o haber sido disuelta mientras tanto.

## 5. NUEVA CONCEPCIÓN DEL ESPACIO

Hemos dicho que el Derecho está hecho para titularizar a sujetos individuales – personas naturales o jurídicas – a fin de establecer un orden que evite la guerra de todos contra todos. Es una forma de aplicar el viejo principio *divide et impera* o *divide ut regnes*.

### 5.1. Globalización

Sin embargo, el mundo actual tiende a globalizarse: las comunicaciones relacionan el mundo y el espacio operativo aumenta.

Esto plantea situaciones nuevas y muy complejas, que exigen soluciones jurídicas diferentes.

Dentro de este contexto, el Derecho extranjero – es decir, el Derecho del otro Estado nacional – pierde su carácter foráneo. Inicialmente, cuando las relaciones más allá de las fronteras nacionales recién aumentan, se establecen principios de Derecho Internacional Privado que determinan cuál es el Derecho nacional aplicable.

Pero ahí estamos todavía ante una escena internacional, es decir, una escena en la que naciones consideradas jurídicamente como compartimientos estancos determinan no solamente sus fronteras materiales sino también las fronteras jurídicamente operativas.

En cambio, el mundo de hoy no se internacionaliza sino que se globaliza. Esto significa que, a través de múltiples mecanismos, ciertas

leyes nacionales pasan a ser de utilidad general más allá de las fronteras que delimitan su vigencia; y también surgen normas y principios que no pertenecen a ningún Estado en particular. Por ejemplo, a través de acuerdos privados entre comerciantes, es frecuente que un contrato se rija por una ley absolutamente extranjera, lo que implica que las fronteras jurídicas se desvanecen. Las partes privadas de un intercambio someten las eventuales controversias a las leyes de un país que puede no ser el de ninguna de las partes ni el del lugar donde se ejecuta el negocio, sino que su legislación ha desarrollado ciertos temas con una mirada más globalizante. Así, un empresario chileno y uno colombiano pueden escoger las leyes del Estado de Nueva York para solucionar sus controversias comerciales; y un empresario peruano y un asegurador danés, pueden escoger solucionar sus conflictos en materia de seguros conforme las leyes de Inglaterra. Por otra parte, aparece una suerte de nueva *lex mercatoria* (o quizás es un nuevo *ius commune*) que nace de la globalización y que tiende a imponerse sobre los Derechos nacionales.

Mientras que en la Edad Media el espacio dentro del cual se daba el Derecho casi estaba reducido al feudo, a la comunidad local y a la parroquia, a partir del Renacimiento y de la formación de los Estados nacionales, el espacio unificado del Derecho es todo el país. Y ahora el comercio y la inversión internacional están llevando a que el espacio jurídico se vuelva planetario. Aparecen gran cantidad de leyes uniformes que comprenden varios Estados signatarios, también hay costumbres que adquieren dimensión universal, tales como las normas interbancarias sobre el crédito documentario o las reglamentaciones de la Cámara de Comercio Internacional de París en materia de transporte vinculado a los intercambios entre países (los términos FOB, CIF, etcétera, que son hoy de uso generalizado). Incluso algunos Estados se asocian mucho más profundamente – como en el caso de la Unión Europea – estableciendo una moneda común y una multitud de reglas básicas en materia económica que pasan a ser supranacionales.

## 5.2. Desmaterialización

Por otra parte, el mundo actual se desmaterializa, es decir, tiende a organizarse en términos lógicos antes que físicos.

Antiguamente, para tomar posesión de un inmueble transferido era preciso realizar ciertos actos materiales muy espectaculares, como

romper ramas, pasearse por el inmueble y aun revolcarse en el suelo. Ahora basta un acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, que no precisa de ninguna formalidad material adicional, salvo para efectos probatorios.

Esta desmaterialización es aún mayor cuando observamos que gran cantidad de intereses que buscan protección y organización, dejan de tener una corporeidad para convertirse en elementos abstractos. Por ejemplo, vemos esto claramente en el caso de la llamada propiedad intelectual que se aplica sobre algo que no puede ser delimitado ni partido en términos físicos.

Esta «propiedad intelectual» puede ser tanto o más importante que la propiedad física: un autor francés decía que si en la actualidad el Gobierno francés decidiera expropiar la IBM, sólo se quedaría con un inmueble, unos cuantos muebles de la sucursal francesa y algunas computadoras que rápidamente serían obsoletas. Y podría decirse que lo más importante dentro del contexto actual no es ni aun siquiera las patentes de invención, dada la rápida obsolescencia de la tecnología dentro de este desarrollo científico indetenible, sino la capacidad de producir constantemente más tecnología. Por tanto, el interés económico y social más alto está en la educación, en la investigación y en los medios jurídicos para disponer de las personas entrenadas en investigación e invención.

El problema es que el Derecho aún no ha sabido manejar estas situaciones complicadas y todavía habla de «propiedad intelectual» o «propiedad industrial» para derechos que no se ajustan a la noción de propiedad porque no tienen una base material que los soporte.

Así, por ejemplo, un atributo esencial de la propiedad moderna ha sido su indivisibilidad. Puede haber varios propietarios para una misma cosa, pero cada cosa representa una sola unidad de propiedad; de modo que los diferentes propietarios no tienen derechos independientes sino que son simplemente condóminos. Pero eso no sucede con la llamada propiedad intelectual, en la que pueden existir derechos económicos que el autor transfiere a un editor; pero, en cambio, mantiene derechos personales sobre la obra, de modo que hay dos propietarios independientes de la misma obra. Y todavía hay un tercer propietario que es el dueño del ejemplar físico, que es quien tiene un derecho más parecido a la propiedad clásica aunque con limitaciones a favor del autor y del

editor que hubieran sido consideradas incompatibles con la propiedad por los juristas antiguos. Todo ello es posible porque al hablar de «propiedad intelectual» no nos referimos a algo material —como pudiera ser el libro— sino a algo abstracto e inmaterial que es la idea o creación implícita. En buena cuenta, esta aparente contradicción interna dentro de la idea de propiedad puede darse porque la única verdadera propiedad es la física, mientras que las llamadas «propiedades intelectuales» —derechos respetables, pero que quizás llevan el nombre de «propiedad» como un decir— son, en realidad, un complejo de derechos nuevos de otro orden, ajenos a la noción de propiedad.

Otro atributo de la propiedad ha sido su integridad: la propiedad alcanza a todos los aspectos del bien y a sus accesorios bajo ciertas condiciones. Pero cuando hablamos de un bien inmaterial, es muy difícil decir hasta dónde realmente llega el bien y cuáles son sus accesorios. Por eso el derecho de la denominada «propiedad industrial» ha tenido que establecer las llamadas «patentes de mejoras», que regulan accesorios de otras patentes que pueden ser tanto o más importantes que las patentes originales y que requieren un tratamiento distinto del que le habría dado la simple propiedad.

En otras palabras, las nuevas instituciones jurídicas, requeridas por la modernidad y los avances científicos y tecnológicos, no han logrado definir una identidad propia y han preferido acogerse al manto presuntamente protector de una vieja institución —la verdadera propiedad—, que no es eficiente frente a las nuevas situaciones porque no fue pensada para eso.

Esta desmaterialización se manifiesta también a través de los registros. Por ejemplo, las acciones que se cotizan en Bolsa ya no tienen que estar representadas en títulos físicos o papeles sino en meros registros en cuenta en una Caja de Valores.

### 5.3. La «materia inmaterial»

Frente a la materia —que se define como todo aquello que tiene masa y que ocupa un lugar en el espacio— hay todavía otros bienes que, sin abandonar el mundo físico, no tienen corporeidad. Son bienes de la naturaleza que pueden ser vendidos para múltiples usos y que pueden pasar de mano en mano, pero que no tienen materia: son pura energía.

El ejemplo más notorio de una energía que tiene que ser jurídicamente regulada, porque se produce, se comercia y se utiliza casi a cada instante de la vida en el mundo de hoy, es la electricidad.

La electricidad no es una cosa sino una onda. Vender electricidad es como vender las olas del mar [...] pero sin el agua. Si dejamos flotando una madera en el mar, veremos que vienen las olas y no la mueven de sitio; simplemente la levantan según la curvatura de la ola y luego la dejan en el mismo lugar. Porque la ola no es una «cosa» que se desplaza, no es agua que viaja, sino una fuerza que hace que las moléculas se golpeen en serie transmitiendo el impulso sin moverse del sitio. Por ello, la comercialización de la electricidad es venta de energía pura.

Ahora bien, aun cuando Einstein probó que la materia es energía y que la energía es materia, cuando la «materia-energía» asume la forma de energía pura tiene comportamientos radicalmente diferentes a los de la materia; y, por consiguiente, el Derecho, acostumbrado a tratar con materia, encuentra muchas dificultades al ser aplicado a la energía.

La energía no tiene una identidad espacial, ya que atraviesa los espacios. No puede ser conservada, empaquetada y entregada. No es posible guardarla, de modo que la energía que se recibe, si no se consume de inmediato, simplemente se pierde. No se puede tener energía de «mayor calidad», no puede prepararse un producto mejor y los contratos de compraventa de electricidad no tendrán nunca dificultades por la calidad de la energía recibida, como pudiera tenerlos la curtiembre por la calidad de los cueros que le ha enviado su proveedor.

Y si la energía es siempre la misma, la «mejor calidad» dejar de ser un factor de competencia, por lo que en el mercado de la energía eléctrica el único campo que queda para competir es el del precio. Pero resulta que también este criterio es distorsionado por el hecho de que la electricidad no se puede almacenar: no se puede producir regularmente electricidad como una fábrica produce zapatos, *stockear* conforme se va produciendo y luego vender paulatinamente el producto en el mercado según las conveniencias. La electricidad que se produce y no se usa, se pierde. No hay *stocks*. Tiene que producirse para una demanda específica. De ahí la necesidad de la coordinación imperativa que conviene a todos, tanto a los usuarios de la electricidad como también a los productores, ya que permite una producción y un despacho racional de la energía eléctrica.

Ahora hablamos muy naturalmente de la energía eléctrica que hasta hace relativamente poco tiempo –200 años– era sólo una curiosidad científica que se empleaba en las reuniones de sociedad para asombrar a los invitados haciendo mover las patas de una rana. En realidad, la electricidad como bien objeto del Derecho y del comercio recién ha existido desde hace apenas cien años.

Y dentro de poco hablaremos de otras energías como la solar, la nuclear. Todo lo cual requiere un tratamiento jurídico que los romanos hubieran sido incapaces de incluir dentro de las instituciones de su Derecho. La propiedad se dividía en bienes *mancipi* y *nec mancipi*, donde la diferencia no estaba dada por la posibilidad de su traslado, sino fundamentalmente por el hecho de qué se encontraran o no en Italia. Es sólo posteriormente que se dará importancia a la diferencia entre muebles (movibles) e inmuebles (no movibles)... la que hoy en día resulta también cuestionada.

## 6. NUEVA CONCEPCIÓN DE LO POSIBLE E IMPOSIBLE

Esa modificación de los términos de referencia de la realidad a la que el Derecho tiene que organizar, implica también una modificación de lo que es considerado posible y lo que es considerado imposible.

Normalmente, el Derecho no regula lo imposible; y apenas se limita a tratarlo para decir que cuando un acto jurídico tiene por objeto un imposible, ese acto es nulo.

Pero esta afirmación del Derecho dentro de los límites de lo posible no es abstracta sino que se basa en un marco de posibilidades concretas que la tecnología y la cultura ofrecen. Cuando este marco es sobrepasado o invalidado, el Derecho se encuentra ante situaciones nuevas que no sabe cómo manejar y que tampoco puede considerar simplemente nulas como imposibles porque sí son realmente posibles.

Por ejemplo, todos los avances de la genética han replanteado las relaciones familiares y han creado situaciones que no son solucionables con los instrumentos del Derecho tradicional. La posibilidad de diferenciar actualmente entre una madre gestante y una madre ovular hace que la famosa presunción de que la madre es siempre cierta, caiga por tierra. Y entonces no queda más remedio que organizar esta situación estableciendo los derechos que corresponden a una y a otra.

Hay quienes sostienen que esta distinción entre proveedora del óvulo y parturienta (generalmente apoyada en un contrato) debe ser tratada simplemente como nula porque, dado su carácter inmoral, constituye un imposible jurídico. Pero esto es una mera evasión del problema. No podemos tildar jurídicamente de imposible lo que es posible en la realidad; y, consecuentemente, el hijo que nazca de tal contrato de alquiler de vientre no es nulo, sino que tiene una personalidad y una filiación que debe ser tratada jurídicamente. Por otra parte, aun si el contrato de alquiler de vientre se considerara inválido —y, por tanto, nulo— eso no quita que se crean expectativas en las partes que intervienen y que la nulidad tiene que prever cómo se resuelven esas expectativas; porque no decir nada al respecto es resolver en un sentido o en otro, pero sin razonamiento ni fundamentación. Si, por ejemplo, se considera que el contrato de alquiler de vientre es nulo y no tiene efecto alguno, entonces el hijo que nazca será de la parturienta que resultará recibiendo el hijo y el dinero que se le dio por alojarlo en su vientre. ¿Es esto lo adecuado?

Estas nuevas nociones de posibilidad e imposibilidad pueden ser vistas también desde un punto negativo: así como ciertas cosas son posibles y antes no lo eran, ahora otras cosas son casi imposibles y antes no lo eran.

Por ejemplo, la propiedad o titularidad intelectual de la autoría de un libro era fácilmente protegible por el Derecho estableciendo las garantías necesarias para evitar su reproducción. Como la reproducción de un libro implica un proceso de impresión que involucra a una empresa y a un cierto número de gente y su venta es notoria, la protección del Derecho tenía diversos puntos de aplicación o intervención.

Sin embargo, esa intervención no es tan obvia ni posible cuando se trata del software de computación, que es copiable de la manera más fácil del mundo y transmisible de mano a mano sin que exista cuenta ni registro de tal transmisión.

Ello ha llevado a un cierto sentimiento en los autores de software de que el Derecho no sirve para protegerlos y entonces han buscado medios igualmente técnicos para resguardar lo que podríamos llamar su derecho. Por ejemplo, han introducido en el programa ciertas instrucciones que reconocen si se está copiando el disco completo y, si es así, impiden la copia y malograman el disco original. Como vemos, ahí la

técnica, sin intervención del Derecho, se encarga de proteger al autor y de castigar incluso al infractor.

## 7. ALTERACIONES CUALITATIVAS BASADAS EN MODIFICACIONES CUANTITATIVAS

### 7.1. Responsabilidad extracontractual

En principio, accidentes han habido siempre y el Derecho ha intentado manejarlos de alguna manera.

Transcribo una noticia aparecida en *El Comercio* de Lima, el 27 de febrero de 1864:

Trágico accidente. Ayer, en las primeras horas de la tarde, el cochero Clemente Jordán, del establecimiento denominado «Fonda de Coppola», atropelló con el coche, en la calle Jesús Nazareno, a un muchacho denominado Dionisio Espichán, de diez a once años de edad, el cual pasaba montando un burro por dicha calle. El muchacho falleció a consecuencia de los golpes sufridos y el cadáver fue remitido al Hospital de San Andrés para el reconocimiento que señala la ley.

¿Podemos comparar estos accidentes entre coche y burro con los modernos accidentes de tránsito? No cabe duda de que la peligrosidad del tránsito moderno ha aumentado cuantitativamente debido a la mayor velocidad del transporte, a la mayor potencia de las máquinas, al tamaño de los coches y a la frecuencia del tránsito. Todos éstos son cambios cuantitativos. Pero ¿no obligan acaso a considerar nuevos principios y a plantear las cosas en un terreno cualitativamente diferente? Esto sin tomar en cuenta los accidentes aéreos, los del trabajo y tantos otros que crea el mundo moderno.

El Derecho intentó responder a estos nuevos desafíos con la idea de la responsabilidad objetiva y el principio del riesgo. Sin embargo, estas nuevas tendencias nunca se han sentido cómodas y hasta ahora buscan componendas con las tendencias anteriores de la responsabilidad subjetiva y la culpa. En verdad, parecería que merecen un reexamen minucioso. Por otra parte, la noción de riesgo va evolucionando rápidamente dentro de una sociedad. En realidad, todo es riesgo en la vida humana: simplemente salir a la calle representa un riesgo para sí y para otros; porque si uno sale caminando distraído puede provocar que alguien, por evitar atropellarlo, se estrelle y se lesione a sí mismo o

a un tercero. De manera que en todo momento estamos exponiéndonos nosotros mismos al riesgo y exponiendo a otros al riesgo. Si queremos distinguir entre una responsabilidad subjetiva para aquellos riesgos normales de la vida y una responsabilidad objetiva para riesgos superiores a los normalmente tolerables, ¿cuál es el criterio de normalidad en el riesgo? Ciertamente, el automóvil representaba un riesgo menos normal a principios de siglo cuando la mayor parte tenía todavía coches de caballo, que hoy en que todos usamos de una manera u otra un vehículo motorizado.

De otro lado, ¿qué pensar de esas situaciones que ahora pudieramos considerar de ultra riesgo? Por ejemplo, la falla de una planta nuclear, ¿puede ser tratada con los principios simples de la culpa o aun con los principios relativizados del riesgo? Quizá debiéramos pensar en este caso en principios más severos que no liberen de responsabilidad a la planta ni siquiera en caso de que el daño haya sido causado por un tercero utilizando la planta sin autorización (por ejemplo, en caso de sabotaje o de terrorismo).

No hay duda de que todo esto es algo que tiene que ser pensado desde muchos ángulos. Y, aquí nuevamente, ¿cuáles son los criterios que diferencian el riesgo del ultra riesgo?

## 7.2. Protección al consumidor

Todo el sistema de contratación está basado en un modelo abstracto —que quizás nunca fue válido— según el cual dos partes con intereses complementarios o intercambiables deliberan sobre las condiciones para realizar mejor los respectivos intereses a través de la colaboración mutua. Esta deliberación se plasma en un contrato que refleja el acuerdo de voluntades sobre todas y cada una de las partes. E incluso se agrega que los acuerdos parciales no forman aún contrato.

Sin embargo, en un mundo donde las transacciones han aumentado vertiginosamente en número y en velocidad, ¿es todavía válido este esquema (si alguna vez lo fue)?

Ciertamente, el consumidor masivo actual no «delibera» las cláusulas del contrato y muchas veces ni siquiera las conoce. Le basta el hecho de que necesita del producto o del servicio, sea porque lo necesita realmente, sea porque la publicidad llevada a cabo por la otra

parte se lo ha hecho creer así. En esas condiciones, apenas si podemos hablar de acuerdos parciales y difícilmente podemos referirnos a la fuerza creadora de la autonomía de la voluntad en el sentido pleno de esta expresión.

## 8. DERECHO JERARQUIZADO Y DERECHO RETICULAR

Otro cambio que me parece muy importante es el paso de un Derecho jerarquizado a un Derecho reticular.

El Derecho jerarquizado se establece de arriba a abajo y tiende a reglamentar al detalle todos los actos de los particulares. En principio, todo tiene solución en las normas; y los contratos deben conformarse a ellas, dentro del marco o espacio de elección que esas normas dejan a las personas individuales.

Pero el mundo actual, al insistir en la sociedad civil, abre espacios mucho más grandes para el acuerdo privado. De esa manera, algunas áreas comienzan a regularse no ya a partir de reglas estatales sino de acuerdos que van vinculando a unas partes con las otras hasta establecer una suerte de red o sistema sin jerarquías ni autoridades.

Esto es particularmente notable en el mundo de los negocios, donde las transnacionales crean un espacio contractual reticular que es más importante que los Derechos nacionales. Estos últimos son considerados simplemente como materiales de construcción (y, a veces, como obstáculos que es preciso sortear) frente a esa red de relaciones vinculantes de tipo horizontal.

El mundo de las comunicaciones ha hecho aún más dramática esa situación ya que sistemas como el Internet implican que ahora existan más de 100 millones de sitios Web<sup>8</sup> y que se encuentren más de 11 mil millones de páginas colgadas en la WWW.<sup>9</sup> De esta forma, millones de personas se vinculan entre sí, sin ninguna autoridad que los presida, a través de nodos que son simples uniones del tejido reticular. Estos nodos (o servidores) contratan los servicios del satélite y se incorporan

<sup>8</sup> Dato de marzo 2008.

<sup>9</sup> Dato de enero 2005, que comprende solamente las páginas llamadas «visibles» que pueden ser indexadas por los sistemas de buscadores, por lo que no se incluyen las páginas que forman parte de la llamada «Web profunda» que contiene páginas no visibles para la indexación.

a la red. Pero no hay una autoridad de la red, no hay nada equivalente a un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo o un Poder Judicial que gobierne lo que hoy en día es quizás la organización más vasta del mundo (salvo la Iglesia).

Dentro de un mundo reticular, ¿cómo pueden establecerse las normas de organización? Hasta ahora han funcionado en la Web simplemente por consenso y han sido muy simples. Pero recientemente la pornografía y el terrorismo han causado una cierta preocupación. Si las normas son meramente voluntarias, parecería que no es posible imponerlas a quienes no quieren someterse a ellas. ¿Significa esto un fracaso de la organización reticular y la necesidad de incorporar una organización jerárquica que imite a un Estado aun dentro de medios tan fluidos como el Internet? Personalmente, no lo creo así. Pero, indudablemente, hay que estudiar con más cuidado el funcionamiento de esta red casi universal.

## 9. NUEVOS INSTRUMENTOS AL SERVICIO DEL DERECHO

Por último, quisiera destacar que las novedades tecnológicas no solamente constituyen desafíos al Derecho en el sentido de estímulos para pensar en una nueva normatividad para una nueva realidad, sino que también ofrecen nuevos instrumentos para tratar esas nuevas situaciones.

Por ejemplo, el control de velocidad en las carreteras resultaría actualmente imposible si no existiera el radar. Sin embargo, fíjense en este caso cómo la tecnología que brinda un instrumento nuevo de ayuda al Derecho, también se encarga de quitárselo. Se inventan equipos que detectan radares y que pueden ser llevados en los automóviles, lo que hace ineficiente este sistema de control.

Asimismo, hay invenciones tecnológicas muy notables en campos que usualmente no identificamos como científicos y que, sin embargo, transforman el Derecho debido a que le ofrecen mayores posibilidades de acción.

Éste es el caso de las mejoras en los sistemas contables, de administración y seguros, que permiten organizar la actividad económica al margen de los principios tradicionales. Por ejemplo, la responsabilidad por accidentes puede ser tratada por el seguro de una forma que minimiza la intervención de los principios de culpa y riesgo porque retira la relación del plano interindividual para colocarla en el plano global o sistémico.

## 10. CONCLUSIONES

Quizá la gran lección que podemos sacar de este paseo por la nueva ciencia y la tecnología moderna es que ni el jurista ni el abogado pueden vivir al margen del mundo. No se pueden colocar allá arriba, en un «paraíso conceptual de los juristas»,<sup>10</sup> como lo llamaba H.L.A. Hart y, ahí, lejos de este mundo, reunirse en cenáculo entre las nubes para resolver, desde un punto puramente lógico y con ayuda de una justicia abstracta, los problemas que suceden día a día en la superficie de la Tierra.

El jurista tiene que ser, ante todo, una persona culta, una persona informada en todos los campos que de una manera u otra afectan la vida entre los hombres. Y, por ello, un acercamiento del hombre de Derecho a la Ciencia resulta indispensable.

---

<sup>10</sup> [...] jurist's «heaven of concepts» [...]. En HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 127.

# **El Principio de la Fe Pública Registral**

*Jorge Avendaño Valdez\* \*\**

SUMARIO: 1. Concepto y alcances del Principio de la Fe Pública Registral.- 2. Aplicación del Principio de Fe Pública Registral. La buena fe del tercero adquirente.- 3. La Calificación Registral.

## **1. CONCEPTO Y ALCANCES DEL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL**

Todo sistema registral tiene como objetivo básico garantizar el goce de las titularidades (aspecto estático) y la eficacia de las transferencias patrimoniales (aspecto dinámico), mediante la publicidad de las situaciones jurídicas y los actos de disposición.

---

\* El autor ha contado con la colaboración de Luis Felipe del Risco Sotil, egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1957 hasta la fecha y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos desde 1992. Miembro honorario del cuerpo docente de la Universidad de Wisconsin. Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro del International Legal Center, Nueva York (1972-1989). Honorable Árbitro Titular del Perú ante la Corte de Arbitraje de París. Autor de numerosas obras.

Como dice Diez-Picazo, «Publicidad no es en rigor otra cosa que la actividad tendente a lograr que algo sea público. Y público es lo que resulta manifiesto, conocido o notorio. Cuando se habla de publicidad en el Derecho privado se alude a una fundamental necesidad de que determinados actos o negocios jurídicos entre partes puedan ser o sean conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo».<sup>1</sup>

La publicidad registral tiene por finalidad garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Sus efectos no operan únicamente sobre el titular del derecho inscrito, sino que se extienden a los terceros que toman decisiones a partir de la información que brinda el Registro. Por ello, uno de los principales efectos de la publicidad registral es la protección que se otorga a los que contratan con quien figura como titular de un derecho. Esto es lo que se conoce en doctrina como Principio de Fe Pública Registral (*fides pública*). En el Perú se ha recogido expresamente este principio en el artículo 2014 del Código Civil y otras normas.

Artículo 2014.- «El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos».

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

El inciso c) del artículo 3 de la Ley n.º 26366, Ley del Sistema Nacional de los Registros Públicos, establece como una de las garantías del Sistema «[...] la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro».

Por su parte, el numeral VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado-TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución n.º 079-2005-SUNARP/SN del 30 de marzo de 2005, recoge este principio registral de la siguiente forma:

La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, 4.<sup>a</sup> Ed. vol. III, p. 292.

oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales.

Como puede advertirse de estas normas, con algunas diferencias en cuanto al ámbito de protección, el Principio de Fe Pública Registral significa que el verdadero titular, que no tiene derecho inscrito, queda privado de su derecho en beneficio de otra persona que adquirió de quien aparecía en el Registro como titular del bien.

Lacruz Berdejo y Rebullida explican que «Esta privación y correlativa atribución se justifican por dos series de motivos: a) La negligencia del verdadero titular, que al no inscribir su adquisición dio lugar a que el antiguo realizase una segunda transmisión; y b) La creencia del que adquiere en la titularidad del que la transmite. El principio de fe pública funda la protección en el segundo de estos argumentos [...]».<sup>2</sup>

El Principio de Fe Pública Registral tiene su fundamento en la presunción *iuris tantum* de exactitud y validez del contenido de la inscripción. La inscripción produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (artículo 2013 del Código Civil). La inscripción genera una legitimación activa y una legitimación pasiva. La primera habilita al titular registral a celebrar actos jurídicos respecto del derecho inscrito, mientras que la segunda protege al tercero que contrata con quien tiene derecho inscrito.

Sobre la aplicación de este principio, Roca Sastre señala que:

Este principio de fe pública tiene una doble actuación: 1.º El contenido registral se presume exacto, de modo que el tercero que adquiere un derecho confiado en lo que el Registro expresa, deviene propietario o titular efectivo de tal derecho y con la extensión y contenido con que aparece el mismo registrado, aunque el titular inscrito que actúe de transferente no sea propietario o titular verdadero del derecho de que se trata, o que éste sea en realidad de extensión o contenido distinto. Es una presunción positiva de veracidad [...] 2.º El contenido registral se presume íntegro, de manera que el tercero adquirente puede rechazar cuantos derechos, títulos, acciones o hechos que no estén inscritos o reflejados en el Registro, los cuales deben considerarse como inexistentes en cuanto puedan perjudicar o afectar al tercer adquirente que contrata fiado en los libros

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco Sancho REBULLIDA. *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, 1991, 2.<sup>a</sup> Ed. p. 1984.

hipotecarios, aunque aquéllos existan en la realidad jurídica, pues ante él, el Registro debe reputarse completo, o sea que agota la realidad jurídica. Es una presunción negativa de veracidad.<sup>3</sup>

## 2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL. LA BUENA FE DEL TERCERO ADQUIRENTE

Según la regulación peruana del Principio de Fe Pública Registral, la adquisición del tercero está protegida siempre que se acompañe de buena fe. Con relación a la buena fe, el principio no opera en dos situaciones concretas: a) cuando se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del Registro; y b) cuando las causas para invalidar el derecho del otorgante consten en el Registro.

La buena fe consiste en desconocer la inexactitud de la información que publicita el Registro. Existen dos criterios para entender la buena fe: uno objetivo y otro subjetivo. El primero atiende exclusivamente a la información que consta del Registro. No interesa si el adquirente conoce una realidad distinta. Basta que el vicio o la inexactitud no consten del Registro para que el tercero tenga buena fe.

El criterio subjetivo, en cambio, pone énfasis en la realidad extra registral. Sin perjuicio de la inexactitud del Registro, el adquirente debe ignorar también que lo publicado es inexacto. Para este criterio lo importante no es sólo que el Registro omita informar los vicios, sino además que el adquirente desconozca su existencia.

Nuestro Código Civil adopta el criterio subjetivo. El último párrafo del artículo 2014 dispone que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del Registro. Dicha prueba puede consistir en hechos extra registrales que permitan saber que la información registral es incorrecta. En consecuencia, para tener buena fe y quedar protegido por el Principio de Fe Pública Registral, el vicio no debe constar en el Registro, pero además el tercero debe ignorar la inexactitud, independientemente de la fuente que proporcione la información.

---

<sup>3</sup> ROCA SASTRE, Ramón. *Derecho Hipotecario*. Tomo I: Registro de la Propiedad. Barcelona: Bosch, 1954, 5.<sup>a</sup> Ed. p. 396.

Aquí se aprecia una diferencia entre lo dispuesto por el artículo 2014 del Código Civil y el VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado - TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, pues este último se limita a la buena fe objetiva. Más allá de qué es lo que conviene a un sistema legal en esta materia, es evidente que el criterio subjetivo recogido en el Código Civil (que es ley de la República) prima sobre el Reglamento General de los Registros Públicos.

En palabras de Gómez y Del Pozo:

La buena fe es un presupuesto de la protección registral, dado que el tercero resulta protegido en la medida en que ha contratado confiando en el Registro. La protección registral es una protección a la fe pública registral, es decir, a la confianza en que la titularidad que el registro publica es la verdadera titularidad [...]. Por este motivo, un adquirente que conozca la inexactitud del Registro no ha de gozar de ninguna especial protección. Si conoce la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, y conoce además cuál es la realidad jurídica, es esta realidad la que debe valer para él.<sup>4</sup>

Otro aspecto relevante del principio que me ocupa, es el referido al ámbito de la información registral que impacta sobre la buena fe del adquirente. Conforme ha señalado nuestra jurisprudencia en reiteradas oportunidades, el Principio de Fe Pública Registral no sólo se confirma a partir de la información que consta en los asientos registrales, sino que comprende todo el Registro. Es decir, para que uno se encuentre protegido por este principio, debe revisar previamente los asientos y los títulos archivados que dan lugar a la inscripción del titular aparente. En consecuencia, si el vicio o la causa de la inexactitud aparecen en alguno de ellos (asientos o títulos archivados), no se cumple con el requisito del artículo 2014 sobre que las causas no deben constar en los Registros Públicos. El tal caso el adquirente tendrá mala fe.

Al respecto la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha dicho lo siguiente:

[...] forman parte de la publicidad de los Registros Públicos, los títulos archivados, [...] porque como el asiento registral es solamente un resumen, en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda

<sup>4</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier y Pedro DEL POZO CARRASCOSA. *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 17.

*persona, porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros. Séptimo: Que, por ello y a fin de asegurar la buena fe registral no sólo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen, más aún cuando el artículo 185 del Reglamento, dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos; ni expresar el motivo o causa por las cuales se solicitan. Octavo: En tal contexto, es menester precisar que cuando el Código Civil emplea el término «registro público» su concepto y alcances no puede ser interpretado de manera restrictiva, limitándolo sólo al conocimiento del asiento registral, dado que la presunción absoluta de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones implica el conocimiento tanto del asiento registral como de los títulos y documentos que lo sustentan y que se encuentran archivados en los Registros Públicos, de lo cual además se desprende la obligación de que tienen los funcionarios de la entidad registral de dar a conocer los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales.<sup>5</sup>*

¿Esta verificación comprende el análisis de todos los títulos inscritos desde el origen de la partida registral? La respuesta es afirmativa, pero tiene algunos límites temporales según la extensión de la partida.

Desde el momento en que se planea hacer la adquisición, el tercero debe examinar los títulos inscritos por un período de diez años hacia atrás. Tiene que comprobar si existen vicios en el derecho de los propietarios comprendidos en el plazo de prescripción (artículo 950 del Código Civil). De esta forma, si hubiera algún título viciado, anterior a este período, no se afectaría el derecho del enajenante pues éste habría adquirido la propiedad por prescripción. Claro está, siempre y cuando en el mismo período se pueda verificar la posesión de todos los titulares con derechos inscritos.

### 3. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Cabe precisar que los vicios de un título que obra en los Registros Públicos no se eliminan por la inscripción del supuesto derecho. En el Perú no existe la llamada «convalidación registral» que subsana los defectos del acto. El solo hecho de que un título sea calificado positivamente por el registrador y se inscriba en el Registro, no con-

<sup>5</sup> El énfasis es agregado. Casación n.º 3088-06 - Lima, emitida el 13 de junio de 2007, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 1 de octubre de 2007.

valida las deficiencias del derecho. Sin embargo, el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (artículo 2013 del Código Civil).

No todos los vicios de un título se pueden apreciar en el documento que lo respalda y que ingresa al Registro. La inscripción de derechos provenientes de títulos viciados se debe a limitaciones y/o defectos en la calificación que realiza el registrador. Como se sabe, según el Principio de Legalidad consagrado en el artículo V del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, los registradores tienen el deber de analizar la legalidad de los actos cuya inscripción se solicita. Esta calificación supone dos tipos de análisis: uno de fondo y otro de forma.

El análisis del fondo o del contenido del título supone la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que constituye la causa directa e inmediata de la inscripción. La calificación comprende además un análisis de forma, mediante el cual se verifica los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto. Este análisis se realiza sobre la base del título presentado, la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y los antecedentes que obran en el Registro.

Consecuentemente, debido a los límites y/o defectos en la calificación, ciertas inscripciones pueden ser extendidas aun cuando existen vicios de fondo o de forma. Los primeros tienen que ver con la validez del propio acto jurídico conforme a las normas sustantivas de nuestro ordenamiento jurídico. Es el caso de las causales de nulidad o anulabilidad del acto jurídico (artículos 219 y 221 del Código Civil).

Los vicios de forma son aquellas deficiencias de la inscripción generadas por contrariar ciertos principios y normas registrales. Ciertamente, los registradores deben respetar las disposiciones generales y específicas del Derecho Registral al momento de calificar el título. Por ejemplo, una inscripción no puede contravenir al Principio de Prioridad Excluyente, según el cual no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o

anterior fecha (Artículo X del Título Preliminar del Reglamento General de Registros Públicos).

Por tanto, para ampararse en el Principio de Fe Pública Registral, el tercero deberá advertir en el Registro que no existen vicios de forma o de fondo en el derecho del enajenante.

# **La obligación dineraria**

*Fernando Vidal Ramírez\**

SUMARIO: 1. *El dinero.*- 2. *La obligación.*- 3. *La obligación dineraria en el contexto de las modalidades de las obligaciones.*- 3.1. *La obligación dineraria como obligación de dar.*- 3.2. *La obligación dineraria como obligación alternativa.*- 3.3. *La obligación dineraria como obligación facultativa.*- 3.4. *La obligación dineraria como obligación divisible.*- 3.5. *La obligación dineraria como obligación indivisible.*- 3.6. *La obligación dineraria como obligación mancomunada.*- 3.7. *La obligación dineraria como obligación solidaria.*- 4. *Las fuentes de la obligación dineraria.*- 5. *La moneda de la obligación dineraria.*- 5.1. *Las obligaciones dinerarias en moneda nacional.*- 5.2. *Las obligaciones dinerarias en moneda extranjera.*- 6. *Los intereses de la obligación dineraria.*- 7. *El cumplimiento de la obligación dineraria.*- 8. *La inejecución de la obligación dineraria.*

## **1. EL DINERO**

El dinero (*lat. denarius*), en su acepción más genérica y usual, es la moneda corriente. Es el medio de cambio y

---

· Abogado ejerciente y consultor internacional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Realizó cursos de postgrado en la Universidad de Indiana, Estados Unidos de America. Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Socio del Estudio Rodríguez Mariátegui & Vidal-Abogados. Juez Ad-Hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1998.

de pago, constituido por piezas metálicas acuñadas, billetes u otros instrumentos fiduciarios, que se resumen en la moneda emitida por el Estado para servir como dinero de curso legal.

La Constitución Política ha establecido que la facultad del Estado para la emisión monetaria sea ejercida por el Banco Central de Reserva del Perú, al que corresponde, además, el ejercicio de la regulación de la moneda, el crédito del sistema financiero y la defensa de la estabilidad monetaria, entre otras funciones (artículos 148 y 149).

Históricamente, la moneda aparece como consecuencia de la actividad comercial cuando el trueque resultaba insuficiente, especialmente para determinar la paridad del valor de los bienes u objetos materia del intercambio. La antecedió el empleo del metal, que comenzó a acuñarse en piezas de igual peso y atribución de valor.

En Roma se comenzó a darle una denominación a las piezas de metal y cuando esta acuñación se fue perfeccionando se diseñó un sistema para la atribución de su valor; así apareció el denario, *denarius*, que es el origen etimológico del dinero. El sistema monetario romano se extendió con la expansión del Imperio Romano y luego con el fenómeno de la recepción de su Derecho en la Europa Medieval. Éste es el antecedente más remoto del sistema monetario moderno que dio cabida al billete.

En el Perú prehispánico no existió la moneda, la que fue introducida luego de la Conquista y el establecimiento del Virreinato. Las monedas españolas continuaron circulando advenida la República, hasta la formulación del patrón monetario que ha pasado por las diversas vicisitudes que registra nuestra historia, hasta llegar a la unidad monetaria actual denominada Nuevo Sol o, simplemente, Sol.

## 2. LA OBLIGACIÓN

La obligación, cuyo origen etimológico es la locución latina *obligatio*, indicativa de «atar» o «sujetar», en su acepción jurídica denota la situación de un sujeto vinculado a otro para dar cumplimiento a aquello que le es obligatorio. Supone siempre la relación de un sujeto con la posibilidad de exigir y de otro sujeto obligado a cumplir lo exigido, pues se trata de una relación de acreedor a deudor.

El concepto de la obligación se remonta al Derecho Romano. El *Corpus Juris Civilis* lo receptó de las *Institutas de Justiniano*, en los términos

siguientes: «La obligación es un vínculo de derecho por el que necesariamente somos constreñidos a pagar alguna cosa según nuestro derecho civil».<sup>1</sup> Según Tola Cires,<sup>2</sup> el jurisconsulto Paulo lo complementó agregando que «La esencia de las obligaciones no consiste en hacer que una cosa o servidumbre sea de nuestra propiedad sino en constreñir a alguien en favor nuestro, para que nos dé o nos haga o nos preste alguna cosa».<sup>3</sup>

El concepto de la obligación derivado de los textos citados ha sido objeto de crítica por los mismos romanistas; pero es el que, básicamente, se ha mantenido a lo largo de las centurias, aunque ya, en el Derecho Moderno, introducida la idea del *non faciendum*, para formar la tricotomía de las obligaciones en dar, hacer y no hacer; la *praestandum*, prestación, devino a ser el objeto de la obligación, o sea, aquello en que la obligación consiste: un dar, un hacer o un no hacer.

La obligación dineraria queda comprendida dentro de las obligaciones de dar, las que pueden tener por objeto, además de la prestación dineraria, la entrega de una cosa. Pero es la prestación dineraria de la obligación, en su problemática, de la que nos vamos a ocupar.

### 3. LA OBLIGACIÓN DINERARIA EN EL CONTEXTO DE LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

Ha explicado Petit<sup>4</sup> que los jurisconsultos romanos llevaron el tratamiento de las obligaciones a un alto grado de perfección, al extremo de que los legisladores modernos no sólo lo han aceptado sino acogido.

Sin embargo, como anota Argüello,<sup>5</sup> el Derecho Romano no formuló una clasificación de las obligaciones y sólo se limitó a distinguirlas por la especie de las relaciones obligatorias y ha sido, más bien, la codificación civil moderna, a partir del Código Napoleón, que comenzó a diferenciarlas en las diversas modalidades como han sido legisladas hasta la actualidad.

Como se sabe, el Código Civil, en vigor, ha llevado el tratamiento de las obligaciones a un Libro Especial, que viene a ser el VI. En cuanto

<sup>1</sup> *Juris vinculum quo necessitate adstrigimur aliquis sovendae rei secundum nostrae civitatis jura.*

<sup>2</sup> TOLA CIRES, Fernando. *Derecho Romano*, pp. 17 y 18.

<sup>3</sup> *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

<sup>4</sup> *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 313.

<sup>5</sup> *Manual de Derecho Romano*, p. 255.

a la clasificación de las Obligaciones ha mantenido la sistemática del Código Civil de 1936 y, como sus modalidades considera las obligaciones de dar, hacer y no hacer; las obligaciones alternativas y facultativas; las obligaciones divisibles e indivisibles; y las obligaciones mancomunadas y solidarias en la Sección Primera del ya indicado Libro. Es, dentro de esta sistemática, que nos vamos a ocupar de la obligación dineraria.

### 3.1. La obligación dineraria como obligación de dar

La obligación de dar, como ya lo hemos adelantado, forma parte de la tricotomía clásica de las obligaciones; pero se distingue de las obligaciones de hacer y de no hacer, en cuanto la de *hacer* es una conducta y la de *no hacer* es una abstención, ambas en favor del acreedor. De este modo, la obligación dineraria es una obligación de dar por cuanto el deudor se ha obligado a entregar una suma de dinero a su acreedor.

El Código Civil inicia el tratamiento legislativo de las Obligaciones, como ya lo hemos indicado, en la Sección Primera del Libro VI, que se ocupa de las Obligaciones y sus Modalidades, cuyos Títulos I, II y III los dedica, respectivamente, a las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, normándolas por separado.

En cuanto a las obligaciones de dar, el acotado Título I ha normado sólo la obligación de dar bienes muebles o inmuebles, mas no la obligación cuya prestación consiste en una suma de dinero. Sin embargo, las normas contenidas en el Título I le son de aplicación por analogía. Así, por ejemplo, siendo el dinero un bien cierto, conforme al artículo 1132, el acreedor de una suma de dinero en una moneda determinada que ha sido pactada no puede ser obligado a recibir moneda distinta.

Pero más allá de las soluciones que pueda proporcionar la analogía, como lo ha explicado nuestro homenajeado,<sup>6</sup> el Código Civil ha consignado las normas sobre obligaciones de dar sumas de dinero en el título relativo al pago como modo de extinción de las obligaciones. De este modo, la obligación dineraria, en cuanto a su cumplimiento y extinción se rige por las normas del pago, sea que se origine en un contrato, como es el caso del comprador, del mutuatario o del arrendatario, por ejemplo; o se origine por la inejecución de una obligación o

<sup>6</sup> *Las Obligaciones*, p. 28.

por un hecho que acarree responsabilidad extracontractual que obligue a indemnizar.

### **3.2. La obligación dineraria como obligación alternativa**

La obligación dineraria puede constituirse en una de las prestaciones que comprende la obligación alternativa, que es aquella que determina diversas prestaciones respecto de las cuales el obligado sólo debe cumplir por completo una de ellas (artículo 1161). De este modo, si se produce el pago de la obligación dineraria, queda extinguida la obligación.

En principio, la elección de la prestación a cumplirse corresponde al propio deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. La prestación debe ser única, pues quien deba practicar la elección no puede elegir parte de una prestación y parte de otra, debiendo necesariamente establecer el plazo para el cumplimiento (artículo 1162). Si la elección ha correspondido al deudor y éste ha omitido fijar el plazo de cumplimiento, el plazo debe fijarlo el acreedor, y si la elección ha correspondido al acreedor y éste es el que ha omitido el plazo, es al deudor al que corresponde fijarlo. Si la elección fue encargada a un tercero y éste omite fijarlo, el plazo será fijado por un juez, sin perjuicio de la responsabilidad del tercero y de la indemnización que corresponda a su incumplimiento, según resulta de la remisión del art. 1162 al art. 1144 del Código Civil.

La elección de la prestación por el deudor queda realizada con su ejecución. También queda realizada con la declaración de la elección comunicada por el deudor al acreedor. La elección corresponde al acreedor, desde que éste la comunica al deudor. Y si la elección corresponde a un tercero, desde que éste la comunica al deudor y al acreedor (artículo 1163).

Cuando las prestaciones son de ejecución periódica, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso (artículo 1164).

El Código Civil se ha puesto en el caso en que una o más de las prestaciones comprendidas en la obligación alternativa, cuya elección corresponde al deudor, sean imposibles y dispone reglas según la elección haya correspondido al deudor o al acreedor, a un tercero o a un juez. Si la elección ha correspondido al deudor y todas las prestaciones

son imposibles por causas que le son imputables, la obligación queda resuelta y el deudor debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo pagarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuere imposible. Si sólo algunas de las prestaciones son imposibles, el deudor puede escoger entre las subsistentes. Y si todas las prestaciones son imposibles por causas que no le son imputables al deudor, la obligación se extingue (artículo 1165).

Si la elección ha correspondido al acreedor, a un tercero o al juez, y todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale. Si algunas de las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir algunas de las subsistentes, disponer cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja, o declarar resuelta la obligación, caso en el cual el deudor devolverá la contraprestación al acreedor y le pagará la correspondiente indemnización. Si algunas de las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practicará entre las subsistentes. Y si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación (artículo 1166).

Por último, el Código Civil se ha puesto en la hipótesis de que todas las prestaciones sean nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables al deudor o al acreedor, salvo una. En tal caso la obligación deviene en simple, lo que significa que el deudor no tiene más alternativa que darle cumplimiento a esa obligación (artículo 1167).

Sin embargo, debe enfatizarse que la imposibilidad referida a la prestación dineraria es inviable. Tendría que haberse pactado sobre una moneda que ha perdido el curso legal, pero ni aun así, pues no existe territorio sin jurisdicción estatal en el que no exista moneda de curso legal y que sustituya a la de curso legal anterior. No obstante, planteamos como hipótesis que se trate de una prestación en moneda extranjera cuyo curso ha sido prohibido y que se sancione con nulidad el pacto sobre dicha moneda, pues debe recordarse —para no olvidarlo— el rígido y severo régimen de control de cambios establecido en nuestro país entre 1970 y 1977.

### 3.3. La obligación dineraria como obligación facultativa

La obligación dineraria puede ser también una obligación facultativa, pues puede constituirse como prestación principal o como prestación accesoria. Como se sabe, la obligación facultativa es aquélla en la que el deudor se ha obligado a cumplir con una prestación determinada, pero reservándose la facultad de extinguir la obligación cumpliendo con una prestación distinta. León Barandiarán<sup>7</sup> la resumía como la facultad de sustituir prestaciones que el acreedor le confería a su deudor.

El Código Civil no ha desarrollado el tratamiento legislativo de la obligación facultativa con la claridad con la que desarrolla la obligación alternativa. Se limita a establecer que la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella (artículo 1168), por lo que la otra u otras prestaciones por las que el deudor puede para su cumplimiento, vienen a ser prestaciones accesorias. En ese sentido, la prestación dineraria puede ser principal o accesoria, y el cumplimiento de una u otra extingue la obligación facultativa.

A la obligación facultativa se aplica la máxima romana *accesorium sequitur suum principale*, pues si la prestación principal es nula o imposible, la obligación facultativa se extingue, aun cuando la prestación accesoria sea válida o posible (artículo 1169); por el contrario, si la prestación accesoria resulta nula o imposible, la prestación principal subsiste, aunque convertida en obligación simple (artículo 1170). De este modo, si la prestación dineraria es principal la obligación fenece, lo que no ocurre si es accesoria.

Por último, el Código Civil aplica también el aforismo *in dubio pro debitor*, desde que la obligación facultativa tiene menos rigor para el deudor. Por ello dispone que, en caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, se le debe tener por facultativa (artículo 1171).

### 3.4. La obligación dineraria como obligación divisible

La obligación dineraria es, por naturaleza, una obligación divisible, pues su cuantía está representada en unidades monetarias.

El Código Civil legisla acerca de las obligaciones divisibles conjuntamente con las obligaciones indivisibles y separadamente de las

<sup>7</sup> *Tratado de Derecho Civil*, vol. I, tomo III, p. 109.

obligaciones mancomunadas y de las obligaciones solidarias, pese a las identidades que se presentan entre las divisibles y las mancomunadas, y entre las indivisibles y las solidarias.

Es oportuno, entonces, dejar establecido respecto de las obligaciones divisibles que, atendiendo a su identidad, el artículo 1182 establece un régimen común para ambas; pero que, no obstante, existe una diferencia que radica en que la *divisibilidad de la obligación* es por razón de la prestación, mientras que la *mancomunidad* lo es por la presencia de una pluralidad de sujetos, tanto acreedores como deudores, y por el modo pactado para el fraccionamiento de la prestación a fin de su cumplimiento.

El Código Civil norma también las obligaciones divisibles bajo el supuesto de que la relación jurídico-obligacional tiene en sus extremos una pluralidad de acreedores o de deudores, pero enfatizando la divisibilidad de la prestación. Así dispone que cada acreedor sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde y cada uno de los deudores a pagar su parte en la deuda (artículo 1172); formula la presunción –*iuris tantum*– en cuanto a que el crédito o la deuda están divididos en tantas partes iguales como acreedores y deudores existan, presumiendo también que son créditos o deudas distintos e independientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso (artículo 1173).

La obligación dineraria es, como lo hemos advertido, divisible por su naturaleza. Ello implica que su cumplimiento pueda realizarse por partes y que los pagos parciales generan obligaciones accesorias, como la relativa al pago de intereses.

### **3.5. La obligación dineraria como obligación indivisible**

Pero la obligación dineraria puede ser también una obligación indivisible cuando así fue pactada, esto es, cuando ése fue el modo en que fue considerada al constituirse (artículo 1175). De esta manera, si la obligación dineraria quedó constituida como indivisible, el deudor sólo la extingue pagando el total de la deuda y de los intereses, si es que se han generado.

Atendiendo a la identidad que se presenta entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias, el artículo 1181 hace aplicables a las indivisibles disposiciones que rigen a las solidarias, aunque en adición

a las normas que regulan a las obligaciones indivisibles. Pero ello no determina que la identidad sea plena, pues la diferencia entre ambas radica en la indivisibilidad de la prestación que es determinada por la ley, y la naturaleza de la prestación o el modo de ser considerada al constituirse la obligación; la solidaridad, en cambio, si bien emerge de la ley o del título de la obligación, no requiere de una prestación indivisible, pues puede ser divisible y genera el necesario cumplimiento total de la prestación, exigida por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores o cumplida por cualquiera de los deudores en favor de cualquiera de los acreedores.

Al existir una obligación dineraria, pactada como indivisible, en cuya relación jurídica existe una pluralidad de acreedores o de deudores, el Código Civil ha previsto las situaciones que pueden presentarse y su solución. Así ha previsto que cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento total de la prestación y que el deudor puede liberarse de la obligación cumpliendo con la prestación en favor de todos los acreedores o de alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso que les corresponde (artículo 1176).

El Código Civil ha previsto también que en la relación jurídica generadora de la obligación dineraria pactada como indivisible, se presenten modos de extinción de las obligaciones distintos al pago. Ha previsto que se produzca una consolidación entre el acreedor y uno de los deudores, esto es, que el acreedor haya devenido al mismo tiempo en ese deudor; y que, en tal caso, la obligación no se extingue respecto de los demás co-deudores, pero la prestación dineraria sólo la podrá exigir reembolsando a los codeudores el valor de la parte que les correspondió en la obligación o garantizando el reembolso (artículo 1178). También ha previsto que se produzca una novación entre el deudor y uno de los acreedores y que, en tal caso, la obligación tampoco se extingue respecto de los demás acreedores, quienes no podrán exigir la prestación sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso (artículo 1179). La misma solución se aplica a los casos de compensación, condonación y transacción.

### **3.6. La obligación dineraria como obligación mancomunada**

La obligación dineraria puede ser también una obligación mancomunada, si en la relación jurídica que la originó existe una pluralidad de acreedores o de deudores.

La mancomunidad requiere de la divisibilidad de la obligación y, por ello, el artículo 1182 del Código Civil remite su tratamiento a las reglas de las obligaciones divisibles.

La obligación dineraria, entonces, si es mancomunada, requiere que cada acreedor sólo tenga derecho una parte del crédito o que cada deudor se haya obligado por una parte y no por el total del crédito. Cada porción del crédito es determinada, la exigibilidad de la obligación es parcializada y el deudor que paga extingue la obligación en la parte que le corresponde.

### 3.7. La obligación dineraria como obligación solidaria

La obligación dineraria puede constituirse como obligación solidaria si la ley o el título de la obligación lo establecen en forma expresa, pues no puede presumirse (artículo 1183).

La solidaridad puede tener un acreedor o una pluralidad de acreedores o un deudor o una pluralidad de deudores. Tratándose de una obligación dineraria su cumplimiento total puede ser exigido por el acreedor o cualquiera de los acreedores al deudor o a cualquiera de los deudores, y el cumplimiento total de la prestación puede efectuarlo el deudor o cualquiera de los deudores en favor de cualquiera de los acreedores. El Código Civil establece que el deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno (artículo 1185) y, que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o contra varios simultáneamente, y que, mientras no resulte pagada la deuda por completo, podrá entablar la reclamación contra los demás (artículo 1186).

Las obligaciones dinerarias solidarias están expuestas, como toda obligación solidaria, a extinguirse por los modos de extinción previstos en el Código Civil, según se generen entre un acreedor y uno de los deudores solidarios o entre un deudor y uno de los acreedores solidarios, estableciendo el Código Civil las reglas que rigen las relaciones internas en tales casos.

Veamos, en primer término, los modos de extinción practicados por uno de los acreedores. El artículo 1188 precisa que la novación, la compensación, la condonación o transacción de un acreedor y uno de los deudores sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás deudores, pero éstos quedan sometidos a las reglas que el mismo numeral establece. El artículo 1189 precisa que si tales modos de extinción han sido parciales

y no por la totalidad de la prestación, los demás deudores quedan liberados sólo en la parte de la deuda que ha quedado extinguida.

Si los modos de extinción han sido practicados por un deudor y un acreedor solidario sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto de los demás acreedores; y si han sido parciales, la obligación se extingue parcialmente. En uno y otro caso, el acreedor que practicó los actos responderá ante los demás (artículo 1190).

El Código Civil ha considerado aparte el caso de la extinción por consolidación, la que sólo tendrá un efecto parcial, respecto del acreedor y del deudor entre los cuales opera la consolidación (artículo 1191).

Las obligaciones dinerarias, aun cuando tengan carácter de solidarias, pueden contraerse bajo condición o a plazo, sin que tales modalidades excluyan la solidaridad. El artículo 1184 ha previsto que cada uno de los deudores puede obligarse con modalidades diferentes ante el acreedor, o que el deudor común se oblige con modalidades distintas ante los acreedores. Como corresponde a la naturaleza de la condición o plazo suspensivo, la misma norma precisa que no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación hasta que no se cumpla la condición o el plazo haya quedado vencido.

Por el especial carácter de la solidaridad, el Código Civil la legisla con un articulado numeroso, en el que se consideran aspectos vinculados a las excepciones oponibles entre acreedores y deudores (artículo 1192); sobre los efectos de una sentencia pronunciada en un proceso en el que no han participado todos los acreedores o todos los deudores (artículo 1193); sobre los efectos de la mora (artículo 1194); sobre el incumplimiento culposo de algunos de los deudores (artículo 1195); sobre aspectos relativos a la prescripción de la obligación (artículos 1196, 1197 y 1198); sobre el reconocimiento de la deuda por uno de los obligados (artículo 1199); sobre la renuncia a la solidaridad (artículos 1200 y 1201); sobre la pérdida de la acción solidaria (artículo 1202); sobre las relaciones internas de los deudores y de los acreedores (artículo 1203); y sobre la insolvencia de uno de los deudores (artículo 1204).

#### 4. LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA

La obligación dineraria tiene las mismas fuentes que las demás obligaciones. Ellas están generadas por los hechos jurídicos, en su

acepción más lata, entendidos como hechos jurígenos, que vienen a ser los hechos que, por sus consecuencias jurídicas, se constituyen, mediata o inmediatamente, en fuente de relaciones jurídicas que determinan obligaciones. En general, se consideran fuentes de las obligaciones a los hechos que las generan.

Las fuentes de las obligaciones no recibieron de los jurisconsultos romanos una opinión uniforme. Los romanistas destacan, principalmente, la opinión de Gayo, como originaria del planteamiento; la de Modestino, en cuanto desarrolló la idea de la ley como *causae obligationum*; y la de Justiniano, como la definitoria.

Según explica Tola Cires,<sup>8</sup> para Gayo las obligaciones nacían o de un contrato o de un delito o de figuras variadas de esas causas, que luego sistematizó como *quasi ex contractu* y como *quasi ex delicto*, respectivamente, de donde derivó la división de Justiniano que las clasificó en contratos, quasi contratos, delitos y quasi delitos. El mismo Tola rescata el criterio de Modestino en cuanto a la consideración de la ley como *causae obligationum*.

La codificación civil moderna, a partir del Código Napoleón, receptó la clasificación romanista de las fuentes y consideró como tales al contrato, el quasi contrato, el delito, el quasi delito y la ley, irradiándola a la codificación del siglo XIX.

La codificación civil peruana no fue ajena a la clasificación romana de las fuentes. Nuestro Código Civil de 1852 la receptó en su artículo 1219. Sin embargo, el Código Civil de 1936 no sólo prescindió de la clasificación romanista sino que hizo abandono definitivo del quasi contrato y al delito lo conceptuó como acto ilícito, eliminando, desde luego, toda noción del quasi delito.

El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984 ha mantenido el criterio del Codificador de 1936, con las diferencias de tratamiento sistemático y la eliminación del concepto de acto ilícito y de su sustitución, simple y llanamente, por la de responsabilidad extracontractual. Dentro de la sistemática adoptada ha dedicado su Libro VII a las Fuentes de las Obligaciones, pero sin pretender clasificarlas y entrando a considerar como tales al Contrato, en sus diversas

<sup>8</sup> TOLA CIRES, Fernando. *Derecho romano*, p. 23.

modalidades, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual.

La obligación dineraria, en el ámbito del Derecho Privado que es el que regula el Código Civil, tiene como fuente a los contratos, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual.

## 5. LA MONEDA DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA

La moneda de la obligación dineraria ha de ser la de curso legal, esto es, la moneda nacional y la moneda extranjera, siempre que el curso de ésta no esté prohibido por ley.

Cuando se trata de moneda extranjera, por lo general, se recurre a ella por considerarla una moneda fuerte o dura por su estabilidad, lo que le da preferencia sobre la moneda nacional. Sin embargo, en el Perú, luego de largos períodos de inestabilidad por disturbios en la economía del país originadas por el fenómeno inflacionario y la devaluación de nuestra moneda, que nos condujeron a variar el patrón monetario hasta llegar al nuevo sol o, simplemente, desde hace algunos años nuestra moneda se ha estabilizado y fortalecido, manteniendo una paridad cambiaria favorable respecto del dólar americano, considerado siempre como la moneda fuerte o dura por excelencia.

El Código Civil fue promulgado y entró en vigencia cuando en el país se había ya iniciado la espiral inflacionaria y nuestro signo monetario era permanentemente objeto de devaluación. Ello indujo a los redactores a introducir un criterio valorista que atenuara el rigor de la teoría nominalista que era el adoptado y que tradicionalmente era aplicado al tratamiento legislativo de las obligaciones dinerarias.

### 5.1. Las obligaciones dinerarias en moneda nacional

El tratamiento de las obligaciones dinerarias en moneda nacional es, en el Código Civil, expresión del sistema nominalista, pero atemperado por el valorista.

Como se sabe, el nominalismo y el valorismo son principios contrapuestos. El nominalismo es el principio según el cual la unidad monetaria conserva su valor mientras tenga el mismo nombre, aun si en el tiempo su valor real ha cambiado, pues la moneda sigue teniendo

el valor de su valor nominal. El valorismo es el principio según el cual el valor de la unidad monetaria lo determina su valor adquisitivo o su valor de cambio, por estar referido a otras monedas o índices económicos que le dan un valor constante. Mientras el nominalismo opera en países con moneda dura y estable, el valorismo opera en países con moneda blanda e inestable.

El Código Civil, como hemos advertido, conjuga el nominalismo con el valorismo. En efecto, según el artículo 1234 «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado»; mientras que según el artículo 1235 «[...] las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante [...].».

Como puede apreciarse, el nominalismo lo dispone la ley, pero no con carácter imperativo, pues puede pactarse el valorismo. Además del pacto valorista pueden derivarse diversas cláusulas de estabilización, como la denominada cláusula oro, la de revisión periódica del monto adeudado, las de indexación y de fórmulas polinómicas.

## 5.2. Las obligaciones dinerarias en moneda extranjera

Las obligaciones dinerarias en moneda extranjera están previstas en el Código Civil y la legislación en general. Obviamente, debe tratarse de moneda extranjera que tenga curso legal en el país.

La prestación consistente en moneda extranjera debe ser concertada. Así resulta del artículo 1237 del Código Civil, que advierte que no puede pactarse obligaciones en moneda extranjera prohibida por leyes especiales.

## 6. LOS INTERESES DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA

Las obligaciones dinerarias u obligaciones de capital generan intereses, pues éstos son un elemento natural de aquéllas. Los intereses tienen por finalidad el mantenimiento del valor constante del monto de la obligación dineraria y, como instrumentos de regulación financiera, se orientan a equilibrar el nominalismo y el valorismo.

Como elemento natural de toda obligación dineraria, su devengo no requiere de pacto, el que sólo se requiere para los efectos de fijar la tasa. Por el contrario, si el acreedor y el deudor convienen en que la obligación no devenga intereses, deben pactarlo expresamente. Además, nada obsta para que el acreedor pueda condonar los intereses ya devengados.

El Código Civil norma el pago de intereses distinguiéndolos en compensatorios y moratorios. Según el art. 1242, el interés es compensatorio cuando constituye una contraprestación por el uso del dinero, lo que debe entenderse como el beneficio que obtiene el deudor durante el curso del plazo para cumplir con la obligación. Y es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, lo que debe entenderse como una penalidad por la demora en el cumplimiento de la obligación luego de vencido el plazo.

La tasa del interés, tanto la convencional como la legal, la fija el Banco Central de Reserva del Perú, al que por atribución constitucional le corresponde la regulación del crédito y la moneda. La tasa puede ser, entonces, convencional o legal, según haya sido o no pactada entre el acreedor y el deudor.

La tasa convencional tiene la tasa máxima que fija el Banco Central de Reserva del Perú y puede ser compensatoria o moratoria. Si no se ha convenido en el pago de interés moratorio, el artículo 1246 dispone que el deudor sólo está obligado a pagar, por causa de mora, el interés compensatorio y, en su defecto, el interés legal. Según el artículo 1243, el cobro en exceso de la tasa máxima da lugar a su devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

La tasa del interés legal opera supletoriamente y también la fija el Banco Central de Reserva del Perú, no sólo en ejercicio de su atribución constitucional, sino por disponerlo también el artículo 1244 del Código Civil. Es la tasa que corresponde pagar cuando el acreedor y el deudor han pactado intereses, pero sin fijarla, conforme lo dispone el artículo 1245.

El Código Civil ha previsto la capitalización de los intereses, lo que requiere, según el artículo 1250, de un convenio celebrado por escrito después de contraída la obligación y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses, pues el convenio de capitalización de intereses está prohibido de celebrarse al momento de contraerse la

obligación, como advierte el artículo 1249, que sólo permite tal convenio cuando se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

El régimen de los intereses hasta aquí expuesto es el aplicable a las obligaciones dinerarias que tienen por fuente un contrato, sea de compraventa en el que el comprador ha asumido la obligación de pagar el precio; de suministro en el que el suministrado se ha obligado a pagar el precio de los bienes suministrados; de mutuo en el que el mutuatario se ha obligado a pagar el capital mutuado; de arrendamiento en el que el arrendatario se ha obligado al pago de la renta; o de fianza en el que el fiador ha quedado obligado a pagar en caso de incumplimiento del deudor directo. En todos ellos puede haber un convenio de intereses compensatorios y moratorios o, en su defecto, aplicarse la tasa del interés legal. La capitalización de los intereses devengados podrá convenirse en el modo y forma que ha previsto el artículo 1250.

Tratándose de la fuente contractual, los intereses comienzan a devengarse desde que la obligación dineraria se contrajo o quedó vencida. Y, si como consecuencia del incumplimiento del contrato que generó la obligación dineraria, su inejecución dará lugar a la aplicación de la tasa de interés legal desde el día en que el deudor incurrió en mora, conforme al artículo 1324; y si antes de incurrir en mora se había convenido en una tasa de interés, ella continuará devengándose desde el día de la mora.

Cuando la fuente de la obligación dineraria es la gestión de negocios, el gestor adquiere el derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados, reembolso respecto del cual, si no hay convenio, se aplica la tasa de interés legal que se devenga desde el día en que fueron realizados los gastos, como lo establece el artículo 1952. Y si el gestor demanda una indemnización por daños y perjuicios, se le aplica, también a falta de convenio, la tasa del interés legal.

Si la fuente de la obligación dineraria es un enriquecimiento sin causa, a la indemnización que corresponda le es aplicable la tasa del interés legal, devengándose los intereses desde el día en que se hizo el pago indebido.

Si se trata de una promesa unilateral y ella genera una obligación dineraria, su incumplimiento genera la aplicación de la tasa del interés legal, devengada desde el día en que el promitente debió honrar su promesa.

Por último, si se trata de un hecho que genera responsabilidad extracontractual, la indemnización correspondiente devenga intereses legales desde el día en que se produjo el daño, conforme a lo previsto en el artículo 1985.

## 7. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA

La obligación dineraria queda cumplida con el pago, que es extintivo de la obligación. El Código Civil, al normar el pago, norma el cumplimiento de las obligaciones en general y el de las obligaciones dinerarias en particular. Vamos a aplicar la normativa del pago, en sus diferentes secuencias, como modo de cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

El pago, como modo de extinción de la obligación dineraria, se entiende cumplido cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación; esto es, cuando se ha pagado el monto de la obligación y los intereses, si se hubieran devengado, hasta el día del pago (artículo 1220). Es así como el acreedor queda satisfecho y el deudor liberado.

El Código Civil legisla sobre el pago bajo varios supuestos y también en sus varias modalidades, las que vamos a considerar secuencialmente.

En consonancia con la norma general prevista en el artículo 1220, siendo la obligación dineraria divisible por naturaleza o pudiéndose pactar como indivisible, el artículo 1221 dispone que no puede compelirse al acreedor a recibir parcialmente el monto de la obligación y sus intereses, a menos que la ley lo autorice o que la obligación dineraria haya sido contraída como divisible. Sin embargo, como lo ha previsto el acotado numeral, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede el acreedor exigir el pago de la parte líquida, sin esperar la liquidación de la parte ilíquida.

Cuando por razón de la obligación dineraria el deudor debe intereses y además gastos, el artículo 1257 dispone que, sin asentimiento del acreedor, el deudor no pueda imputar el pago al capital antes que a los gastos ni a éstos antes que a los intereses. Sin embargo, el recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, permite presumir, aunque con presunción *iuris tantum*, el pago de los intereses, como lo ha previsto el artículo 1232.

Como puede apreciarse, el deudor arbitrariamente no puede imputar el pago existiendo obligaciones accesorias a la obligación principal,

como tampoco puede hacerlo cuando tiene varias obligaciones ante el mismo acreedor pues, en tal caso, sólo antes de aceptar el recibo que debe emitir el acreedor, puede indicarle a cuál de ellas imputa el pago, ya que el artículo 1256 le advierte que sin el asentimiento del acreedor no puede imputar un pago parcial a una deuda líquida o no vencida. Si el deudor no indica a cuál de las deudas debe imputarse el pago pero ha aceptado el recibo emitido por el acreedor que lo aplica a alguna de ellas, no podrá reclamar contra la imputación hecha por el acreedor, a menos que haya existido causa que le haya impedido hacer la imputación, conforme a lo previsto por el artículo 1258. Por último, el artículo 1259 se pone en el caso de que el deudor ni el acreedor se hayan manifestado respecto de la obligación u obligaciones a las que debe imputarse el pago, en cuyo caso debe imputarse, por imperativo de la ley, a la deuda menos garantizada; y entre varias deudas igualmente garantizadas a la menos onerosa para el deudor; y entre las deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua; y se debe aplicar proporcionalmente a todas las deudas si las reglas anteriores fueran inaplicables, esto es, que se trate de deudas igualmente garantizadas e igualmente onerosas para el deudor y todas de la misma antigüedad.

El pago, en principio, debe ser efectuado por el deudor o por quien lo representa o lo efectúe en su nombre. Ello es obvio, pero el Código Civil no tiene una norma explícita al respecto. El artículo 1223 se limita a declarar válido el pago efectuado por quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo, lo que debe entenderse que sea el propio deudor o alguien en su representación; esto permite entonces deducir que se refiere a la capacidad de ejercicio del *solvens* o a las facultades del representante, con la advertencia de que tratándose de una obligación dineraria que se paga con dinero, más allá de la cuestión relativa a la capacidad o al poder de representación, no encontramos a qué otra aptitud puede referirse la norma, pues en el segundo párrafo se ha previsto que el acreedor que recibió el pago de buena fe, en el supuesto de haberlo recibido de un incapaz, sólo estaría obligado a devolver lo que no hubiese gastado.

El pago supone, como estamos viendo, la emisión de un recibo por el acreedor, pues lo obliga a otorgarlo. El artículo 1230 autoriza al deudor a retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo o, si es el caso, se le devuelva el título de la obligación dineraria, cuya

devolución equivale al recibo. Si el título se pierde el deudor puede exigir al acreedor la declaración judicial de su extravío.

El pago no tiene que ser necesariamente efectuado por el deudor o por un representante suyo, pues existe la posibilidad de que el pago pueda efectuarlo persona distinta del deudor y sin actuar en su representación. En efecto, el artículo 1222 permite realizar el pago a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación dineraria, sea con el asentimiento del deudor o sin él, agregando que si el tercero paga sin el asentimiento del deudor, sólo puede exigir la parte de la suma pagada que le hubiera sido útil al deudor.

La hipótesis que plantea el acotado artículo 1222 puede dar lugar a un pago con subrogación que, como se sabe, es la sustitución del acreedor, que viene a ser el subrogado, en todos sus derechos, acciones y garantías en favor de quien ha efectuado el pago, que viene a ser el subrogante, hasta el monto de lo pagado, conforme se infiere del artículo 1262. Si la subrogación es sólo por un pago parcial y los bienes del deudor no fueran suficientes para cubrir el saldo de la acreencia en favor del acreedor subrogado ni lo pagado por el subrogante, ambos concurrirán con igual derecho sobre la porción que se les quede debiendo, como lo dispone el artículo 1264.

La subrogación puede operar por imperativo de la ley o según medie acuerdo entre el acreedor y el subrogante, entre el deudor y el subrogante, o entre el deudor y un mutuante que le facilita los recursos dinerarios para el pago.

La subrogación por imperativo de la ley opera de pleno derecho, según el artículo 1260, en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, como es el caso, por ejemplo, de un codeudor de obligación dineraria pactada como indivisible o de un codeudor solidario. En este caso, el deudor subrogante queda autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra los demás codeudores, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 1263. La subrogación opera también de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación, como es el caso del fiador solidario o de quien ha constituido garantías reales para asegurar la obligación dineraria del deudor; y, por último, en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

La subrogación convencional, obviamente, requiere de un convenio entre el acreedor y el tercero que va a efectuar el pago; de un convenio

entre el deudor y el tercero que va a efectuar el pago; y de un convenio entre el deudor y un mutuante que le facilita el dinero necesario para el pago y a quien debe subrogar en los derechos de su acreedor.

El pago debe ser efectuado al acreedor o a la persona designada por un juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que hecho a una persona no autorizada el acreedor lo ratifique o se aproveche del pago efectuado, como lo establece el artículo 1224. Además, el artículo 1226, presume *iuris tantum* que el portador del recibo está autorizado para recibir el pago, pues las circunstancias pueden hacer oponible la presunción. Y si el pago debe hacerse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o la última, conforme a la presunción también *iuris tantum* prevista en el artículo 1231, hace presumir el pago de las anteriores.

Si la obligación dineraria ha sido contraída en moneda nacional y está referida a índices de reajuste automático, otras monedas o a mercancías, el pago se efectuará en moneda nacional, pero en monto equivalente al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación, según la previsión valorista del artículo 1235; y, si ha sido contraída en moneda extranjera, puede hacerse en esa moneda o en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del vencimiento de la obligación, conforme a lo dispuesto en el artículo 1237.

Por último, el pago de la obligación dineraria puede hacerse mediante la entrega de títulos valores o de bienes. Sin embargo, el pago mediante la entrega de títulos valores que sólo constituyan órdenes o promesas de pago, como preceptúa el artículo 1233, salvo pacto en contrario, sólo extinguen la obligación dineraria primitiva y suspenden las acciones que se derivan de ellas hasta que los títulos valores sean pagados, o si por culpa del acreedor se perjudican. Y si el pago se efectúa mediante la entrega de bienes, y el acreedor los recibe con efecto cancelatorio, la obligación dineraria queda extinguida, conforme al artículo 1265.

El pago, en definitiva, es extintivo de la obligación dineraria, como lo prescribe el artículo 1225, cuando se efectúa a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo.

Si bien la obligación dineraria, obviamente, obliga al deudor a su pago, le confiere también el derecho a pagarla y, con tal finalidad y en ejercicio de ese derecho, puede constituir en mora al acreedor, conforme

a lo previsto en el artículo 1338, en el caso de que el acreedor sin motivo legítimo se niegue a aceptar el pago o no cumpla con practicar los actos necesarios para que la obligación sea cumplida. En tal caso, puede el deudor proceder a efectuar el pago por consignación, sea porque ha constituido en mora a su acreedor o porque habiéndole ofrecido el pago el acreedor no lo acepta, conforme a las disposiciones del Código Civil que regulan esta modalidad de pago.

El pago debe ser probado y la prueba corresponde al deudor o a quien pretenda haberlo efectuado, como precisa el artículo 1228. La prueba es el recibo emitido por el acreedor y, a falta de éste, el pago puede ser probado por cualquier otro medio idóneo.

El pago puede ser efectuado en el lugar del domicilio del deudor, salvo que se hubiere pactado un lugar diferente, o que la ley disponga el lugar, o la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, como previene el artículo 1238. Si se han designado varios lugares para el pago corresponde al acreedor elegir uno de ellos, pero la elección corresponde al deudor cuando el lugar del pago sea el domicilio del acreedor.

Si el deudor cambia de domicilio, habiéndose designado éste como lugar del pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Si el pago debía verificarse en el domicilio del acreedor y éste cambia de domicilio, corresponde al deudor elegir realizar el pago en el nuevo domicilio o en el anterior, según las reglas establecidas por el artículo 1239. Sin embargo, nada obsta para que el lugar del pago por cambio de domicilio pueda ser convenido entre el acreedor y el deudor.

Los gastos del pago son de cargo del deudor, como lo precisa el artículo 1241.

## 8. LA INEJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DINERARIA

La obligación dineraria debe ser cumplida; pero si el deudor la in ejecuta, el acreedor —con la finalidad de exigir el cumplimiento— puede constituir en mora al deudor desde que, conforme al artículo 1333, la exigencia la plantea judicial o extrajudicialmente y, en algunos casos, sin necesidad de intimación, como cuando la ley o el pacto la declaran expresamente, o cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir con la obligación.

La mora del deudor genera la obligación de pagar intereses a la tasa legal si no se hubieran pactado intereses moratorios. Pero si antes de la constitución en mora, por intereses compensatorios, se aplicaba una tasa mayor, los moratorios se devengarán a esa tasa, conforme a lo previsto en el artículo 1324 del Código Civil.

La inejecución de la obligación dineraria legitima al acreedor, en definitiva, para emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure el pago, como lo dispone el artículo 1219, inciso 1, del Código Civil, que viene a ser un efecto propio de las obligaciones y que constituye una regla general que conduce a la ejecución forzada de la obligación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- ARTEAGA, Jesús María y Jaime ARTEAGA CARVAJAL. *Curso de Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1979.
- BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Buenos Aires: EJEA, 1967.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. México: Harla, 1980.
- BENAVIDES, Eduardo. «El cumplimiento de prestaciones dinerarias en el Código Civil Peruano». *Thémis. Revista de Derecho*, noviembre de 1994, Lima.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «El pago de intereses en el Código Civil de 1984». En *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cusco, 1986.
- COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Compiladora Delia Revoredo. Lima, 1985.
- DE COSSÍO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Alianza, 1977.
- DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1978.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio. *Código Civil (1852)*. Anotado y Concordado. Lima: Lib. e Imp. Gil, 1905.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1995.

- GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil* (1936). Lima: Cultural Cuzco Ed., 1982.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ariel, 1983.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1950.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG Editor, 1992.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA, 1979.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. «La Mora en el Código Civil Peruano de 1984». En *Anuario de Derecho Civil*, 1996.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1980.
- OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Lima: Grijley, 2007.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.
- PADILLA, René. *La mora en las Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1983.
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Ed. Selectas, 1982.
- TOLA CIRES, Fernando. *Derecho Romano. Obligaciones, contratos, delitos y acciones*. Lima: Ed. San Marcos, 1997.
- VARIOS AUTORES. *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La capitalización de intereses». *Revista del Foro*, 1990, Lima.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La capitalización de intereses». En *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cusco, 1988.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La evolución legal de las tasas de interés». *Banca*, 1983, Lima.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La capitalización de intereses». *Derecho*, 1968, Lima.

# **Compraventa a satisfacción del comprador, a prueba y sobre muestra**

*Mario Castillo Freyre\**

SUMARIO: 1. *Introducción.*- 2. *Compraventa a satisfacción.*- 2.1. *Naturaleza Jurídica.*- 2.2. *Supuesta configuración especial de este contrato.*- 2.3. *Celebración del contrato.*- 2.4. «*Comprador*» o *destinatario de la oferta.*- 2.5. *Declaración de conformidad.*- 2.6. *Formalidad para la aceptación.*- 2.7. *Plazo para aceptar.*- 3. *Compraventa a prueba.*- 3.1. *Delimitación conceptual.*- 3.2. *Condición suspensiva.*- 3.4. *Concepto y naturaleza jurídica.*- 3.5. *Momento en que debe efectuarse la prueba.*- 3.6. *Manera en que debe realizarse la prueba.*- 3.7. *Consecuencias de la no realización de la prueba.*- 3.7.1. *Consecuencias de la realización de la prueba, con resultado positivo, que no fuere comunicado al vendedor dentro del plazo estipulado.*- 3.7.2. *Consecuencias de la realización de la prueba, pero que ésta tenga un resultado negativo, el mismo que se comunique al vendedor dentro del plazo convenido.*- 3.7.3. *Consecuencias de la realización de la prueba con resultado negativo, pero que el mismo no se comunique al vendedor dentro del plazo convenido.*- 4. *Compraventa sobre muestra.*- 4.1. *Disconformidad*

---

Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho. Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

*de la calidad del bien.- 4.2. Magnitud de la disconformidad.- 5. Diferencias entre la compraventa a satisfacción del comprador y la compraventa a prueba.- 6. Diferencias entre la compraventa a prueba y la compraventa sobre muestra.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Nuestra tradición jurídica ha abordado el tema de la compraventa a satisfacción del comprador a través de códigos civiles que establecen que la compraventa de bienes a satisfacción del comprador se perfeciona sólo en el momento en que éste declara su conformidad.<sup>1</sup>

Asimismo, tenemos códigos civiles que prescriben que las cosas que antes de comprarlas se acostumbran examinar al gusto, no se consideran vendidas hasta que el comprador quede satisfecho, después de haberlas gustado por sí o por su encargado.<sup>2</sup> Siguiendo la misma línea, se encuentran aquellos códigos civiles que establecen que las cosas que se acostumbra comprar al gusto, o que las partes convienen sujetar a prueba antes de comprarlas, no se consideran vendidas hasta que el comprador quede satisfecho.<sup>3</sup>

Existe un grupo de cuerpos normativos que establece que el comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro del plazo prudencial fijado por el vendedor.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Así lo disponen el Proyecto de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1534), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 588) y el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981 (artículo 45, primer párrafo).

<sup>2</sup> Legislan en ese sentido el Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1317), el Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925 (artículo 1317) y el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1926 (artículo 375).

<sup>3</sup> Así tenemos los casos del Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1799), el Código Civil Francés (artículo 1587), el Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1477), el Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1387) y el Código Civil Colombiano (artículo 1879, primer párrafo).

<sup>4</sup> Tal es el caso del Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981 (artículo 45, segundo párrafo), Proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano del año 1981 (artículo 1601, segundo párrafo), Proyecto de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1534, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 1571, segundo párrafo).

Otras legislaciones establecen que el plazo para la prueba, salvo estipulación distinta, es de tres días.<sup>5</sup>

En criterio diferente, tenemos aquellos códigos civiles que establecen que el plazo para aceptar (la venta sujeta a ensayo a prueba o a satisfacción del comprador) no excederá de noventa días. El contrato se considera concluido cuando el comprador pague el precio.<sup>6</sup>

Finalmente, tenemos un Código Civil que establece que no habiendo señalado plazo para la declaración del comprador, el vendedor podrá intimarle judicialmente que la haga en un término improrrogable, con comunicación de quedar extinguido el derecho a resolver la compra.<sup>7</sup>

La compraventa a satisfacción del comprador, también es conocida en doctrina con el nombre de compraventa al gusto o *ad gustum*, términos con los cuales se le denominaba en el Derecho Romano.<sup>8</sup>

Por su parte, el tema de la compraventa a prueba o ensayo ha sido tratado por un gran número de códigos civiles que establecen que se considera celebrada bajo condición suspensiva.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Tal y como lo señala el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1799, segundo párrafo).

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, tenemos al Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 768) y al Anteproyecto de Código Civil para Argentina de 1954 (artículo 1102).

<sup>7</sup> Así lo estipula el Código Civil Argentino (artículo 1379).

<sup>8</sup> Acerca de este tema Manuel de la Puente y Lavalle (*DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 140) señala que se entiende por venta a satisfacción del comprador, llamada también venta *ad gustum* por gran parte de la doctrina extranjera, aquella operación jurídica en virtud de la cual el transferente se obliga a transferir la propiedad de un bien al adquirente y éste se obliga a pagar su precio en dinero, quedando subordinada la operación a que el adquirente exprese que el bien le agrada.

Agrega De La Puente que algunos ordenamientos extranjeros exigen que el bien sea probado por el adquirente antes de emitir su parecer, pero nuestro Código Civil no sigue esta última corriente, ya que su artículo 1571 establece que «La compraventa de bienes a satisfacción del comprador se perfecciona sólo en el momento en que éste declara su conformidad. — El comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por el acreedor».

A decir del citado profesor, puede observarse que la operación se desarrolla en dos etapas. Una primera mediante la cual se fijan el bien y el precio, es decir que ambos son determinados. «A» se obliga a transferir a «B» una botella de vino cuyas calidades se especifican (marca, procedencia, tipo, año, etcétera) y «B» se obliga a pagarle un precio cierto si es que el vino le agrada. La segunda etapa es la declaración del adquirente expresando si el vino le agrada o no. Sólo si existe una declaración de satisfacción por parte del adquirente la operación se perfecciona.

<sup>9</sup> De este criterio son los siguientes códigos civiles:

Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 (artículo 1008), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1312), Primer Anteproyecto de

De igual modo existen otros códigos civiles que establecen que la compraventa a prueba se considera hecha bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado. La prueba debe realizarse en el plazo y según las condiciones establecidas en el contrato o por los usos.<sup>10</sup>

Por otro lado, tenemos dos códigos civiles que establecen que si se estipuló que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata; y la pérdida, deterioro o mejora pertenece, entre tanto, al vendedor. Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo.<sup>11</sup>

Asimismo, dentro de nuestra tradición legislativa encontramos códigos civiles que establecen que si no se realiza la prueba o el resultado de ésta no es comunicado al vendedor dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.<sup>12</sup>

Por último, encontramos códigos que establecen que si se estipula que se vende a prueba, se entiende reservarse el comprador la facultad de rescindir libremente la convención, si no le conviene la cosa de que se trata.<sup>13</sup>

---

Libro Quinto del Código Civil Peruano elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 (artículo 1373), Segundo Anteproyecto de Libro Quinto del Código Civil Peruano de la Comisión Reformadora de 1926 (artículo 371), Código Civil Francés (artículo 1588), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia, elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo, de 1943 (artículo 1053), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 587), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1478), Código Civil Español (artículo 1453), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1388) y Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1009).

<sup>10</sup> Entre ellos se encuentran el Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981 (artículo 46), el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 (artículo 1602), el Proyecto de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano del año 1984 (artículo 1535), el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1521), el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 587), y el Código Civil Alemán (artículo 494).

<sup>11</sup> Los mencionados cuerpos legales son el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1790) y el Código Civil Uruguayo (artículo 1685).

<sup>12</sup> Tal es el criterio por el que optan el Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, elaborado por Manuel de la Puente y Lavalle del año 1981 (artículo 46, tercer párrafo), el Proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, del año 1981 (artículo 1602, tercer párrafo) y el Proyecto de la Comisión Revisora del Código Civil Peruano, del año 1984 (artículo 1535, tercer párrafo).

<sup>13</sup> Es el caso del Código Civil Uruguayo (artículo 1685, primer párrafo).

## 2. COMPROVVENTA A SATISFACCIÓN

### 2.1. Naturaleza jurídica

A decir de Planiol y Ripert,<sup>14</sup> la facultad de gustar es propia a ciertas mercancías, como el vino, el aceite y otros comestibles. Todo depende del gusto del comprador; si declara que la mercancía no le conviene, nada se ha hecho. Por ello, el artículo 1587 del Código Civil Francés, más enérgico que el 1588, relativo a las ventas a prueba, declara que no hay venta, mientras el comprador no haya aceptado la mercancía. Por tanto – dicen –, en este caso no basta el acuerdo sobre la cosa y el precio para que la venta se forme: es necesaria, además, una aceptación especial de la mercancía por el comprador, siendo absolutamente libre esta aceptación de su parte.

Recuerda que según el artículo 1587 del Código Napoléon, la facultad para degustar la mercancía existe de pleno derecho en la venta de vino, aceite y otras cosas «que, según el uso, antes de comprarse se degustan». En consecuencia, según ellos, respecto a las mercancías no enumeradas especialmente, el uso reglamenta la existencia de este derecho del comprador. Por otra parte, en los casos en que existe, según la ley o el uso, el comprador siempre es libre de renunciar a él, pudiendo hacerlo expresa o tácitamente.

Resulta interesante apreciar el análisis acerca de la historia de esta figura, realizado por Manuel de la Puente y Lavalle:<sup>15</sup>

Relata Calvo que en Derecho romano solía incluirse en las ventas de vino la cláusula de la degustatio, porque el comprador quería asegurarse que el vino que compraba correspondía al gusto de su clientela. La venta a degustación no era perfecta hasta que el comprador declarara que la cosa era de su agrado.

En el Derecho medieval, la Partida XXIV trata lo que en el Derecho actual se denomina venta *ad gustum*, configurando la venta de cosas que se acostumbran gustar antes de comprarlas como una venta sometida a la condición suspensiva consistente en que el comprador la considere de

<sup>14</sup> PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente, 1907, tomo V, p. 184.

<sup>15</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, pp. 141 y 142.

su agrado, y atribuye los riesgos antes de la degustación al vendedor, y después de ella al comprador, como no podía ser menos.

Llegada la época de la codificación, los ordenamientos nacionales siguieron dos tendencias distintas. Unos, inspirándose en el Código Napoléon, establecen que con respecto a las cosas que suelen gustarse antes de comprarlas, no existe venta hasta que el comprador no las haya probado y aprobado. Otros, alineándose con el Código argentino, disponen que la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumen hechas bajo condición suspensiva de si fuesen del agrado personal del comprador.

Para José León Barandiarán,<sup>16</sup> la venta a gusto es una especie de venta a prueba, remarcando así una distinción entre el artículo 1587 (del Código Civil de 1936) sobre venta *ad gustum*, en que es absolutamente libre la decisión del comprador, y el artículo 1588, sobre la venta a ensayo.

Y es que considera que en la venta *ad gustum*, no hay propiamente una venta, sino meramente una promesa unilateral de venta, en que una persona ofrece la cosa a otra para que, opcionalmente, al gustarla, la compre o no, sin que su decisión pueda ser discutida. Recuerda que según Baudry-Lacantinerie y Saignat «es preciso decir que el comprador tiene un derecho absoluto de apreciación. Es su gusto personal, y exclusivamente su gusto, el que le hará aceptar o rehusar la cosa sometida a su degustación. Poco importa que tal cosa tenga todas las cualidades que se busca habitualmente: ella puede no convenir al comprador, que es el solo apreciador, y que al momento de la degustación es libre de comprar o no comprar».

Recuerda también que el Código Civil italiano se refiere a la venta con reserva *di gradimento* (artículo 1520), pero como lo dicen los códigos argentino (artículo 1336), chileno (artículo 1823), colombiano (artículo 1009), español (artículo 1453) y venezolano (artículo 1477), la circunstancialidad de considerarse como una compra dejada al libre examen y satisfacción del comprador, opera cuando se trata de cosas que se presume o se acostumbra comprar de ese modo.

Se trata entonces –según León– de la compra *ad gustum*. Refiere que el artículo 1587 del *Code Civil* indica que «respecto al vino, aceite

---

<sup>16</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965, tomo I, pp. 34 y ss.

y otros artículos que se acostumbra a probar antes de la compra, no hay venta mientras el comprador no los haya probado y aceptado». Se requiere que la venta se refiera a cierta cosa que se acostumbra y que habitualmente son objeto de degustación antes de considerarse concluido el contrato; y se necesita que no exista ni se demuestre ningún uso en contrario y que ningún pacto en diferente sentido resulte del contrato celebrado.

A decir de León Barandiarán, la venta *ad degustationem* se caracteriza porque la aprobación de la cosa queda sujeta «a la voluntad absolutamente discrecional y no averiguable del comprador: no se trata de establecer si la cosa tenía o no los requisitos pactados o aquéllos requeridos normalmente en la cosa del género (como, por ejemplo, en la venta a prueba), decisivo es únicamente que la cosa agrade o no agrade al comprador, quien, si no encuentra la cosa de su gusto, no está obligado a precisar las razones»; y agrega que el comprador al aceptar la cosa, cierra el contrato.

Por su parte, Francesco Messineo<sup>17</sup> considera que la venta con reserva de que agrade, está subordinada al previo agradar, o ensayo (*ad degustationem; ad gustum*): esto es, que la cosa se manifieste —al probarla— conforme a la cualidad querida por el comprador; agrega que la venta con reserva de agradar tiene por objeto, de ordinario, frutos. Ahora bien, refiere que, puesto que el ensayo o prueba se hace como acto preparatorio de la futura compra, antes del ensayo o prueba no hay contrato ni siquiera obligatorio; la venta se perfecciona con la comunicación al vendedor de que la cosa agrada.

Según Messineo, a primera vista, podría pensarse que existe aquí un contrato preliminar de futura venta; pero puesto que la ley alude al no-perfeccionamiento del contrato mientras no se comunique al vendedor el ensayo y puesto que, por otra parte, no es necesaria una nueva declaración de voluntad del vendedor, tal configuración debe descartarse.

Refiere que se pueda apreciar, más bien, una declaración del vendedor, con eficacia de propuesta irrevocable, o sea lo que se llama *opción*.

<sup>17</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo V, pp. 79 y 80.

Pero considera que también tal subsunción, en rigor, debe rechazarse, porque, en el caso a que se refiere este supuesto, el vínculo deriva de un contrato y la aceptación del destinatario da lugar a un segundo contrato, mientras que, en el caso a que se refiere el artículo 1520 del Código Civil Italiano, el compromiso del vendedor deriva de la ley y no ya de la voluntad de la parte, y la declaración de que la cosa agrada da lugar a la formación de un solo contrato. Entre opción y venta con reserva de agradar, hay solamente un punto de afinidad, en cuanto, en el segundo caso, la comunicación de que agrada, por parte del comprador, sirve ya para perfeccionar el contrato y para transferir la propiedad de la cosa, como ocurre en el supuesto del artículo 1331, por efecto del ejercicio de la opción.

Agrega que en consideración a la locución de la ley («la venta no se perfecciona»), se debe excluir, también, que la venta con reserva de agradar sea una venta bajo condición suspensiva.

Estima que la venta con reserva de agradar importa un examen (o ensayo) de la cosa, antes de que se haya comunicado (o negado) el agrado. El examen puede ser hecho en la sede del vendedor o en la del comprador (en la hipótesis de que la cosa se encuentre ya en su poder).

Por nuestra parte, lo que cabría preguntarnos es si la denominación de esta compraventa resulta o no adecuada, o más aún, si debió asignársele un nombre especial, en la medida de que, al fin y al cabo, todo contrato de compraventa, para que se celebre, requiere del asentimiento del comprador, el mismo que si opta por celebrarlo, evidentemente estará satisfecho con dicho acto, extendiéndose su satisfacción como referida no sólo al bien materia de la venta, sino al precio convenido, ambos elementos esenciales-especiales de este contrato.

Dentro de tal orden de ideas, toda compraventa sería a satisfacción del comprador, ya que ello se deduce de lo expresado, independientemente de si dicho comprador estará plenamente satisfecho con las cualidades del bien materia de ese contrato.

Estar satisfecho y celebrar una compraventa no significa que el comprador considere —necesariamente— que el bien que está comprando es «el mejor del mundo», ni siquiera el mejor del medio geográfico en el cual se efectúa dicha transacción.

Lo que ocurre es que esa satisfacción tendrá que apreciarse en directa relación con las necesidades y posibilidades económicas del comprador.

Igualmente, la satisfacción del vendedor con relación al precio que paga el comprador por dicho bien, deberá apreciarse referida a sus necesidades económicas y con la mayor o menor urgencia que tenga para enajenar ese bien.

Pero, en resumidas cuentas, la satisfacción con relación al contrato de compraventa se extiende, tanto respecto al bien como al precio, para el comprador y para el vendedor, pues al fin y al cabo sólo se celebrará una compraventa en la medida de que ambas partes se encuentren plenamente satisfechas sobre las prestaciones objeto de las obligaciones contractuales.

De lo antes expuesto podría concluirse en que la terminología de «compraventa a satisfacción del comprador» no es privativa de alguna modalidad especial de compraventa, sino que resulta común a todo contrato de compraventa.

## 2.2. Supuesta configuración especial de este contrato

Sin embargo, podría sostenerse que la compraventa *ad gustum* presenta una configuración en la cual existe un rasgo característico que la distingue del resto de contratos de compraventa.

Y este rasgo consistiría en que para declarar su conformidad, el comprador debe haber tenido previamente la posibilidad de inspeccionar, revisar o degustar el bien materia de la oferta del vendedor.

Sin embargo, una situación de estas características no tiene nada de particular, en la medida de que prácticamente todos los compradores de todos los bienes en todo el mundo inspeccionan, revisan o degustan aquellos bienes que les interesa comprar, antes de proceder a la celebración del contrato; celebración que dependerá —obviamente— de que esa inspección, revisión o degustación, haya tenido un resultado favorable para el comprador, de modo tal que se encuentre satisfecho con el bien que desea adquirir.

Pero también podría darse el caso de que estemos en presencia de un comprador que no manifieste interés por efectuar ninguna de las mencionadas operaciones previas a la celebración de la compraventa; vale decir, que celebre el contrato sin inspeccionar, revisar o degustar el bien. Estamos absolutamente seguros de que en la casi totalidad de contratos en los que el comprador procede de esta forma, lo hace o porque ya compró el producto en una ocasión anterior y

le satisfizo; o porque sin haberlo comprado anteriormente ha tenido oportunidad de inspeccionarlo, revisarlo o degustarlo; o porque sin haberlo inspeccionado, revisado o degustado, ha recibido de diversas personas una opinión favorable sobre dicho producto; o, por último, porque sin tener referencia ni conocimiento alguno sobre el bien, decide comprarlo.

Pero incluso en las dos últimas posibilidades, vale decir, cuando compro el bien sin conocerlo realmente, la celebración del contrato implicará su satisfacción sobre la celebración del contrato mismo, independientemente del hecho de que no conozca a cabalidad el producto adquirido. Además, se podría sostener que lo que ocurre aquí es que al comprador le satisface —al menos— la idea de probar o experimentar por primera vez aquello que compra.

De esta forma, podemos apreciar claramente que —en buena cuenta— todos los contratos de compraventa se celebran a satisfacción del comprador, además del hecho de que la casi totalidad de los mismos se celebra con conocimiento de causa de dicho comprador sobre el bien.

Dentro de tal orden de ideas, deberíamos empezar a cuestionar si la compraventa a satisfacción del comprador debería ser considerada como un supuesto especial o excepcional; o, si, por el contrario, debe ser apreciada como el común denominador de los contratos de compraventa que se celebran en una sociedad.

Aquí queremos mencionar que el ejemplo que siempre se menciona en doctrina como propio de la compraventa a prueba, el mismo que recae sobre un automóvil, no siempre reviste tal modalidad, pues en ciertas ocasiones se celebra en la modalidad «a satisfacción de comprador». De la Puente, en una conversación personal nos contó sobre un asunto profesional en el cual el automóvil fue entregado al eventual futuro comprador, para que manifestara si le gustaba o no; ello, no sujeto a prueba alguna, sino a su entero arbitrio. En el caso relatado, el bien no agradó a quien lo tuvo en su poder, y no se celebró la compraventa.

### **2.3. Celebración del contrato**

Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, el contrato de compraventa se celebra con el solo consentimiento

de las partes, no requiriéndose para tal efecto del cumplimiento de formalidad alguna.

De otro lado, debemos distinguir lo que significa la celebración de un contrato, propiamente dicha, del perfeccionamiento del mismo.

A través de la celebración se da vida al contrato. Sin embargo, ese momento de nacimiento del contrato puede coincidir o no con el momento en que dicho acto sea capaz de surtir efectos. De ahí que no debamos incurrir en el error de identificar los momentos de celebración y perfeccionamiento.

Este error, bastante frecuente, es cometido por el artículo 1571 del Código Civil, norma que señala que el contrato de «compraventa de bienes a satisfacción del comprador se *perfecciona* sólo en el momento en que éste declara su conformidad».

Decimos esto, porque de una lectura del primer párrafo del artículo 1571, se deduce claramente que aquello a lo que quiere hacer mención el referido numeral es a la celebración del contrato y no a su perfeccionamiento.

#### 2.4. «Comprador» o destinatario de la oferta

De otro lado, el Código Civil Peruano también comete un error cuando establece que esta compraventa se perfecciona (*celebra*) en el momento en el cual el *comprador* declara su conformidad.

Esto no es así, ya que no estamos en presencia de ningún comprador que declare su conformidad.

En todo caso, quien declara su conformidad es un eventual futuro comprador, que —en estricto— es el destinatario de la oferta conducente a celebrar un contrato de compraventa, la misma que ha sido formulada por el oferente, que —en este caso— será alguien que desea convertirse en el vendedor de dicho futuro contrato.

De esta forma, en la compraventa a satisfacción del comprador, estamos simple y llanamente (en el supuesto del artículo 1571) dentro de la etapa precontractual, en donde no podemos hablar ni de comprador ni de vendedor, sino de oferente y destinatario de la oferta (quien eventualmente podría convertirse en aceptante).

## 2.5. Declaración de conformidad

El primer párrafo del artículo 1571 señala que el contrato materia de análisis se perfecciona (*celebra*) sólo en el momento en el cual el comprador *declara* su conformidad.

Ésta es otra situación en la cual el Código Civil ha tenido un desacuerdo.

Decimos esto, pues la norma antes citada no resulta concordante con lo dispuesto por los artículos 1373 y 1374 del propio Código Civil, preceptos que establecen que el contrato queda perfeccionado (aquí se comete otro error, pues debe ser «*celebrado*») en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Además se señala que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

De la lectura de las normas antes citadas, se deduce claramente – punto en el cual coincide la doctrina nacional – que el Código peruano ha adoptado, para regular el tema del consentimiento, las teorías de la recepción y de la cognición, de manera combinada.

Así, las declaraciones contractuales surten efecto desde el momento de su conocimiento por la contraparte, presumiéndose que dicha contraparte toma conocimiento de las mismas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlas.

De esta forma, es sabido también que el Código Civil ha desecharo, con justos fundamentos, las otras dos teorías que la doctrina de nuestra tradición jurídica ha elaborado acerca de la formación del consentimiento. Nos referimos a las teorías de la declaración y de la expedición.

No olvidemos que todas estas teorías cobran una mayor importancia cuando nos encontramos frente a contratos celebrados entre personas que no se hallan en comunicación inmediata; o que hallándose en comunicación inmediata, no se encuentran en el mismo lugar.

Además, resulta necesario recordar que las teorías adoptadas por el Código Civil de 1984, es decir, la de la cognición y la de la recepción,

son aquéllas que han recibido las opiniones más favorables de la doctrina. Como contrapartida, las teorías desechadas por el Código Civil, vale decir, aquella de la declaración y la de la expedición, son las que han recibido las más duras críticas de los diversos autores que se han ocupado del tema.

Sin embargo, sorprende cómo en el primer párrafo del artículo 1571 se ha adoptado la teoría de la declaración, la misma que, aparte de ser una de las menos sustentables, se contradice abiertamente con lo establecido en los numerales 1373 y 1374 del Código Civil, normas generales sobre el consentimiento.

Sin duda, éste es un error más del primer párrafo del artículo 1571.

En relación con el tema del plazo para la declaración de satisfacción, De la Puente<sup>18</sup> sostiene, en criterio que compartimos, que a diferencia de su antecedente inmediato, que es el artículo 1520 del Código Civil Italiano, la norma peruana (artículo 1571, segundo párrafo) no señala cuál es el efecto del vencimiento del plazo sin que el comprador haya manifestado si el bien le agrada o no, esto es si se considera que se ha celebrado el contrato de compraventa o si, por el contrario, se entiende que el vendedor queda liberado de celebrarlo.

El citado profesor recuerda que la Exposición de Motivos del artículo 1571 del Código Civil vigente dice que se ha fijado un plazo para que el comprador declare que el bien le agrada o le satisface, transcurrido el cual caducará la oferta del vendedor y el contrato dejará definitivamente de formarse en base a esa oferta; solución que a su entender resulta lógica, pues habiéndose adoptado la tesis de que la propuesta del vendedor para celebrar el contrato de compraventa tiene la naturaleza jurídica de una oferta irrevocable formulada por el vendedor al comprador, la declaración de agrado de éste tiene el carácter de una aceptación.

Agrega que uno de los requisitos de la aceptación es que sea *oportuna*, lo que quiere decir que la aceptación debe ser hecha mientras la oferta se encuentre vigente. También quiere decir que debe ser hecha a tiempo, o sea dentro del plazo fijado por el oferente o por la ley para que ella sea formulada.

---

<sup>18</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, pp. 149 y 150.

Refiere De la Puente que en el sistema peruano la falta de aceptación dentro del plazo respectivo da lugar, no a la ineffectividad de la aceptación, como ocurre en otros sistemas, sino a la caducidad de la oferta y, consecuentemente, la propuesta del vendedor caducará si la declaración de agrado del comprador no llega a conocimiento del vendedor dentro del plazo fijado en el segundo párrafo del artículo 1571 del Código Civil.<sup>19</sup>

## 2.6. Formalidad para la aceptación

Por otro lado, según refiere Wayar,<sup>20</sup> el comprador, para manifestar que la cosa es de su agrado, puede utilizar formas expresas o tácitas de comunicación de la voluntad, aplicándose los principios generales. Recuerda que Vélez Sarsfield, fiel al casuismo legislativo, enumera en el artículo 1378 de su Código, dos supuestos en los que se entiende que el comprador, tácitamente, acepta la cosa como de su agrado.

Por su parte, Luis Muñoz<sup>21</sup> señala que el comprador puede declarar expresa o tácitamente el agrado. Existiría manifestación tácita del comprador si pagase el precio de la cosa sin hacer reserva alguna; y es que en el supuesto de que al comprador no le hubiere agradado la cosa, sin duda no hubiera pagado el precio, o al menos exteriorizaría alguna reserva. También es tácita la declaración del comprador, si habiendo plazo señalado para la declaración, terminase aquél sin haber hecho declaración alguna. En este caso —dice Muñoz—, la ley otorga valor al silencio, y lo considera manifestación de voluntad, de acuerdo con lo que establece el artículo 919 del Código Civil Argentino. Y es

<sup>19</sup> Manuel de la Puente precisa que dicho párrafo tiene un error conceptual, pues establece, como primera posibilidad, que el comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato, siendo así que antes de la declaración de agrado del comprador no existe contrato sino únicamente una oferta que establece un plazo para ser aceptada mediante tal declaración, por lo que convendría hacer referencia al plazo señalado en la propuesta del contrato.

Anota que si el seudocomprador formula su declaración de agrado después de vencido el plazo que resulte de cualquiera de las maneras contempladas en el segundo párrafo del artículo 1571, tal declaración será considerada como una contraoferta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1376 del Código Civil. En tal caso, para que se forme el contrato será necesario que el seudovendedor acepte esta contraoferta.

<sup>20</sup> WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, pp. 514 y 515.

<sup>21</sup> MUÑOZ, Luis. *Derecho Comercial. Contratos*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1960, tomo II, pp. 222 y 223.

que cuando hay obligación de explicarse, a consecuencia de la vinculación entre el silencio y las relaciones contractuales existentes, surge la manifestación tácita: como en este caso, de la simple terminación del plazo sin haberse hecho declaración, no siendo preciso ni interpelación judicial ni extrajudicial, por eso —recuerda Luis Muñoz—, Machado afirma que el solo silencio concluye la venta.

Consideramos —coincidiendo con Wayar— que por ser la compraventa un contrato eminentemente consensual, estará sujeto —en principio— a las normas generales de contratos relativas a la manifestación de voluntad. En este sentido, somos del parecer de que la aceptación podrá ser expresa (o tácita; pero siempre teniendo en cuenta que dentro del régimen legal peruano, el silencio por sí solo no importa manifestación de voluntad, a menos que las partes hubieran acordado otorgárselo); en todo caso, importará el plazo en el cual vaya a manifestarse dicha aceptación. Debemos tener en claro, que la norma (artículo 1571) del Código Civil es alternativa en cuanto a la oportunidad, pues concede al comprador tres opciones, a saber: a) que la declaración sea dentro del plazo convenido en el contrato; b) que la declaración se haga en consideración a los usos (que podrían ser, por ejemplo, los usos comerciales del lugar); y c) que la declaración se haga en un plazo prudencial fijado por el vendedor —en este último supuesto la prudencia del vendedor atenderá además a su razonabilidad, pues existen otros factores que influirán en su decisión, como podría ser el caso de que aquello que deba entregar sean bienes perecibles—.

## 2.7. Plazo para aceptar

De conformidad a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1571, bajo análisis, el comprador debe hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por el vendedor.

En primer lugar, debemos recordar lo antes señalado, en el sentido de que de acuerdo con lo prescrito por el supuesto del primer párrafo del artículo 1571, bajo comentario, no estamos todavía frente a un contrato de compraventa ni ante contrato alguno.

Por ello es que no resulta lógica la disposición del segundo párrafo del referido numeral, en el sentido de que el comprador debe hacer su declaración dentro del plazo *estipulado en el contrato*.

Sí podría interpretarse, en cambio, que la declaración del destinatario de la oferta (eventual futuro comprador) deba hacerse dentro del plazo establecido por los usos (segunda hipótesis de la norma bajo comentario).

Pero no podría interpretarse que dicha declaración de aceptación deba hacerse *dentro de un plazo prudencial fijado por el vendedor*, pues —lo reiteramos— todavía no existe ningún vendedor. En todo caso lo que existe es un oferente que desea convertirse en vendedor del futuro contrato, y es respecto a él que debemos entender referida la norma.

Pero este segundo párrafo del artículo 1571 no representa algo novedoso en lo referente a los principios generales sobre la formación del consentimiento, pues de acuerdo con lo establecido por el artículo 1375 del Código Civil peruano, la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

Además, no deben olvidarse los supuestos de caducidad de la oferta contenidos en el artículo 1385, precepto que establece que la oferta caduca:

- a) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
- b) Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
- c) Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

### 3. COMPRAVENTA A PRUEBA

#### 3.1. Delimitación conceptual

El artículo 1572 del Código Civil Peruano de 1984 aborda el tema de la compraventa a prueba, modalidad a la que asigna determinadas consecuencias.

Antes de pronunciarnos sobre el texto del artículo 1572, estimamos necesario considerar que la compraventa a prueba puede enfocarse desde dos perspectivas distintas.

Una primera que considere que antes de la celebración del contrato, el eventual futuro comprador (hipotético destinatario de la oferta de aquel, que desea convertirse en vendedor) decide probar el bien objeto de dicha oferta, para verificar si tiene las cualidades pactadas o si es idóneo para la finalidad a la que está destinado.

En este supuesto, resulta claro que el destinatario de la oferta podría efectuar dicha prueba sin compromiso alguno que lo ate para celebrar el contrato de compraventa.

Esto equivale a decir que podría efectuar la citada prueba con éxito o verificar que el bien tiene las cualidades que afirme el oferente o que resulta idóneo para la finalidad a la que está destinado, y aunque dichas constataciones hubiesen dado resultados positivos, se encontraría en la más absoluta libertad de no aceptar la oferta.

Sin embargo, esta compraventa a prueba no se regiría por lo dispuesto en el artículo 1572 del Código Civil, sino por lo establecido en el numeral 1571 –relativo a la compraventa *ad gustum*–, antes comentado.

La compraventa a prueba de que trata el artículo 1572, parte del supuesto en el cual comprador y vendedor hayan celebrado el contrato, bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

Esto equivale a decir que la compraventa a prueba se distingue de la compraventa *ad gustum* en que en esta última todavía no estamos en presencia de un contrato celebrado (argumento del artículo 1571 del Código Civil), pues, como ha sido dicho por nosotros en su oportunidad, aún nos encontramos dentro de la etapa precontractual.

La segunda diferencia estriba en que la compraventa a satisfacción del comprador no es un contrato sujeto a condición alguna, en tanto que la compraventa a prueba es un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado (argumento del primer párrafo del artículo 1572).

En tercer lugar, podemos mencionar que la compraventa a prueba es un contrato en el cual sus efectos estarán sujetos a la verificación de dicha condición, en tanto la compraventa a satisfacción del comprador surtirá plenos efectos apenas el destinatario de la oferta (eventual futuro

comprador) acepte y su aceptación llegue a conocimiento del oferente (eventual futuro vendedor).

### 3.2. Condición suspensiva

La compraventa a prueba se considera celebrada bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

En relación con este punto, debemos hacer mención de que el hecho de haber establecido que el contrato se encuentra sujeto a dicha condición suspensiva, significa que ya se ha celebrado el contrato; que estamos en presencia de un acto jurídicamente válido y que únicamente sus efectos se encuentran sujetos a dicha condición, lo que equivale a decir que surtirá efectos en la medida de que se produzca o verifique el hecho materia de la condición.

A decir de Branca,<sup>22</sup> la venta a prueba surte efecto únicamente cuando la cosa vendida tiene —juzgándola objetivamente— las cualidades requeridas o, dicho de otro modo, si resulta idónea para el uso al cual se destina. La prueba se hace conforme al contrato o de acuerdo con los usos y su resultado funciona como condición suspensiva.

Barassi<sup>23</sup> señala que en la venta a prueba (que el artículo 1521 del Código Civil italiano de 1942, presume hecha bajo condición suspensiva), la prueba no es más que el reconocimiento, por el comprador, de las cualidades de la mercancía o de la idoneidad de las cosas para el uso a que estuviere destinada: una constatación objetiva que en caso de disconformidad puede suplirse por el juicio de un perito.

Por nuestra parte, debemos recordar que la condición es una de las modalidades del acto jurídico, consistente en un hecho futuro e incierto, cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes, o, por lo menos esa voluntad no es determinante o exclusiva para su plena ocurrencia. En tal sentido, resultan aplicables al caso las normas del Código Civil, contenidas en los artículos 171 a 177.

<sup>22</sup> BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado*. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 412.

<sup>23</sup> BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: José María Bosch, 1955, tomo II, p. 233.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro del primer párrafo del artículo 1572, que la ocurrencia de dicha condición no debe depender de la voluntad exclusiva de una de las partes, sino que más bien debe consistir en hechos cuya producción no dependa —en exclusiva— de ninguno de los contratantes, vale decir que consista en situaciones objetivas, de fácil y seria verificación.

Adicionalmente, debemos reparar en el hecho de que el primer párrafo de la norma bajo comentario señala que dicha condición suspensiva consista en que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

En ambos casos, podríamos encontrarnos en situaciones que requieren de la realización de determinados actos comprobatorios de esas situaciones. Por lo demás, estimamos que el tema de las cualidades pactadas o la idoneidad para el fin a que está destinado no constituyen comportamientos estanco, de modo tal que ambos supuestos son susceptibles de entrecruzarse.

A estas alturas de nuestra exposición estimamos necesario mencionar un ejemplo de compraventa a prueba.

El mismo podría consistir en la compraventa que tenga por objeto un automóvil usado cuyo propietario y vendedor ha afirmado al comprador —y ello se ha estipulado como condición suspensiva en el contrato— que el vehículo es capaz de desarrollar una velocidad de cien kilómetros por hora en diez segundos de aceleración, además de alcanzar una velocidad máxima de doscientos cincuenta kilómetros por hora.

Evidentemente, la prueba deberá ser realizada por una persona experta en el manejo de autos a grandes velocidades que, por razones de objetividad, no debería ser el comprador. Podría ser el vendedor, en la medida de que este contratante tendría todo el interés en que la prueba tenga un resultado positivo, pero ello —incluso— podría resultar cuestionable, pues podría arrepentirse del contrato celebrado.

Lo que queremos decir es que en el caso materia de nuestro ejemplo, como en cualquier otro en el cual se requiera de la realización de una prueba, las partes deberán rodear a la misma de todas las condiciones de objetividad e idoneidad para que dicha prueba se cumpla.

### 3.4. Concepto y naturaleza jurídica

Para Planiol y Ripert,<sup>24</sup> la venta a prueba siempre se presume hecha bajo una condición suspensiva. Esta condición establece que la cosa será ensayada y que la venta no llegará a ser definitiva, sino cuando se advierta que es apta para el servicio a que está destinada y que reúne las condiciones requeridas. Esta condición suspende la formación de la venta, de suerte que si la prueba es desfavorable, no se forma aquélla.

Consideramos que esta apreciación no es del todo correcta ya que en una compraventa a prueba, el contrato como tal ya existe, ya se ha celebrado, lo que sucede es que no surtirá efectos sino hasta que se verifique la condición.

A entender de Enneccerus, Kipp y Wolf,<sup>25</sup> la compraventa a prueba es un contrato que depende suspensivamente de la aprobación o resolutoriamente de la desaprobación de la mercancía por parte del comprador. En la duda —como también según la opinión exacta en el derecho común—, la compraventa ha de considerarse bajo condición suspensiva. Pero en ambos casos la aprobación no se deja al arbitrio equitativo del comprador, sino a su libre arbitrio. Por consiguiente —dicen los profesores citados—, si el comprador no aprueba la cosa, no hay lugar a una revisión posterior de su decisión por los tribunales.

Tampoco coincidimos con esta última afirmación, porque de ser solamente el comprador quien decida —en atención a su libre arbitrio—, finalmente si el bien ha pasado o no la prueba que a él le interesa, podríamos estar frente a un abuso, toda vez que al comprador se le podría ocurrir —precisamente obedeciendo a ese libre arbitrio— el ir siempre probando diversos bienes que a él le puedan servir para satisfacer sus necesidades sin contraer obligación alguna respecto del vendedor.

A decir de Enneccerus, Kipp y Wolff, la declaración del comprador de que aprueba o desaprueba la mercancía no es una declaración de voluntad, sino una «comunicación», pero que, al igual que otros actos parecidos a los negocios jurídicos, ha de tratarse por analogía de las declaraciones de voluntad.

<sup>24</sup> PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Op. cit.*, tomo V, pp. 183 y 184.

<sup>25</sup> ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1950, vol. II., pp. 92 y ss.

Agregan que si para la declaración del comprador no se ha fijado plazo y éste no resulta tampoco de los usos del tráfico, el vendedor puede fijar un plazo prudencial al comprador, y una vez transcurrido el mismo sin resultado, se considera que falta la condición. Así, pues, si la condición es suspensiva, la compraventa no llega a tener estado; y si es resolutoria la condición, la compraventa no se extingue.

Finalizan el tratamiento del tema señalando que el vendedor está obligado a permitir al comprador el examen de la cosa.

A entender de Francesco Messineo,<sup>26</sup> la venta a prueba se presume (*iuris tantum*) hecha bajo la condición suspensiva de que la cosa vendida —de ordinario, productos industriales (máquinas, utensilios), o animales de silla o de tiro y similares— se manifieste en la prueba, provista de las cualidades pactadas o (técnicamente) idóneas para el empleo a que se la destina.

En la venta a prueba —dice Messineo—, la cosa debe ser apreciada por el comprador según el criterio de la normal correspondencia de la misma a su empleo (*arbitrium boni viri*), no pudiéndose admitir una apreciación hecha a base de mero arbitrio o a capricho.

Refiere que la prueba —que debe hacerse en el tiempo y con las modalidades establecidas por el contrato o por los usos— consiste en un control o verificación o experimento sobre la cosa, por obra del comprador. En su defecto, proveerá el juez a ordenar, en virtud de petición aun solamente del vendedor, que intervenga el consultor técnico.

Indica Messineo que puesto que la indicada condición se presume suspensiva, la venta no es eficaz mientras la prueba no dé un resultado favorable; pero se considera retroactivamente eficaz al momento de la estipulación, si la prueba es favorable.

Sobre este último punto, consideramos necesario hacer mención del artículo 177 del Código Civil peruano de 1984, en el sentido de que el contenido de dicho numeral —en oposición a lo dicho por Messineo—, prevé la irretroactividad de la condición; no obstante ello, deja siempre la posibilidad del pacto en contrario.

<sup>26</sup> MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, pp. 80 y 81.

Por otra parte – expresa el profesor italiano – si se ha probado (por el vendedor) que, por el contrario, la condición es resolutoria, se tendrá el efecto de que la venta queda perfeccionada desde el momento de su estipulación, salvo su resolución, con eficacia retroactiva, si la prueba es desfavorable al vendedor.

Determinar si la condición es suspensiva o resolutoria, resulta – según Messineo – importante en la práctica, puesto que es diversa, en los dos casos, la incidencia del riesgo del perecimiento durante el tiempo que transcurre entre la entrega de la cosa y la prueba.

Por su parte, Emilio Langle y Rubio<sup>27</sup> advierte que es imperativo determinar si la compraventa a prueba es verdaderamente condicional, en rigor técnico. Para eso, alude las opiniones de aquellos tratadistas que niegan dicha condicionalidad, fundándose en que la compraventa a prueba no depende de un acontecimiento futuro e incierto y que la cosa reúna o no las cualidades determinadas; es un estado de hecho existente y cierto objetivamente, aunque el comprador lo ignore y examine las cosas para cerciorarse. Otro segmento de los tratadistas, por el contrario, dicen que es futuro e incierto el resultado de la prueba puesta por condición; a lo cual no deja de replicarse que esto es confundir un hecho con su simple comprobación. Lo que no puede ofrecer duda, es que si la eficacia del negocio sólo depende del gusto del comprador, existe la condicionalidad.

Asimismo, se pregunta el citado profesor si la cláusula de examen o ensayo representa una condición suspensiva o resolutoria. Con la finalidad de caer en esta cuenta – dice – se debe observar que la condición abarca dos casos diferentes. Si visto el resultado de la prueba, el comprador da su conformidad al objeto, conceptuándolo aceptable, el contrato se perfecciona, o, la venta queda «hecha» (*si placuerit erit res*); pero si el comprador lo considera inaceptable, sucede lo contrario (*si desplicuerit inempta erit res*).

Por último, según expresa Langle y Rubio, los efectos de este contrato condicional tampoco aparecen determinados. Sólo se traducen en que, si la prueba es favorable, la compraventa queda reconocida como

---

<sup>27</sup> LANGLE Y RUBIO, Emilio. *El Contrato de Compraventa Mercantil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958, pp. 116 y 120.

existente y válida, desde el momento mismo de la conclusión (*ex tunc*). Y a la inversa, o sea nula desde el comienzo.

En opinión de José León Barandiarán,<sup>28</sup> cuando se ha considerado una compra bajo prueba o ensayo, ello importa que el vendedor concede al comprador el probar, ensayar o examinar la cosa; de modo que sólo después de hecha la prueba, el examen o el ensayo, decida adquirir la cosa. Se trata, entonces (en cuanto sólo debe referirse la indicación a compra a prueba, pero no a compra bajo muestra), de un contrato bajo condición. Se aplicará, por ende, la regulación propia de dicha modalidad. Agrega que la circunstancia condicional se presenta en atinencia al comprador interesado en probar, examinar o ensayar la cosa; no es el caso del vendedor, pues el objeto de la prestación por parte del comprador, pago de dinero, no queda sujeto a necesidad alguna de prueba. En verdad – dice León – en la hipótesis a que se contrae el artículo 1384 (del Código Civil de 1936) hay compra condicional antes bien que una venta condicional. El vendedor se ha obligado ya definitivamente en lo que hace a la venta de la cosa por el precio convenido; el comprador puede decidir que compra o no la cosa; pero si ocurre lo primero, lo hará por ese precio predeterminado. Hay una especie de opción concedida al comprador pendiente de su aceptación o desaprobación. Hay ya, pues – según León Barandiarán –, un convenio; pero sujeto a la eventualidad antes referida, que viene a constituir – en buena cuenta – un caso de condición potestativa *a parti creditoris* (esto último en cuanto a la prestación consistente en la entrega de la cosa; prestación de que es deudor el vendedor).

Según Ernesto Clemente Wayar,<sup>29</sup> cuando se vende una cosa, supeditando la eficacia de la venta a que el comprador pruebe si la cosa es o no de su agrado, se está ante una venta «a ensayo o prueba», también denominada «venta a satisfacción del comprador».

Wayar entiende que, a diferencia de la anterior, no se trata de cosas que es costumbre gustar, sino de cosas que el comprador quiere probar antes de confirmar la compra. Por esta razón, precisamente, la condición no está impuesta por una cláusula natural, sino por una accidental. Advierte la diferencia: en la venta a ensayo o prueba, si se

<sup>28</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 34 y ss.

<sup>29</sup> WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 512.

pretende condicionar el contrato al hecho de que el comprador se dé por satisfecho, así debe pactarse expresamente.

Refiere que aun es posible señalar una diferencia más. En la venta *ad gustum*, la degustación debe hacerse antes de recibir la cosa; en la venta a ensayo, en cambio, la prueba puede hacerla el comprador después de recibida la cosa, salvo –es obvio– un pacto en contrario.

### **3.5. Momento en que debe efectuarse la prueba**

A decir de León Barandiarán,<sup>30</sup> la cosa entregada debe ser probada o examinada dentro de un plazo prudencial, si no se prefijó contractualmente uno a solicitud de cualesquiera de los contratantes y, sobre todo, lo que interesa es que se declare dentro de un plazo la aceptación o no por el comprador en lo concerniente a la cosa.

Agrega León Barandiarán que el comprador puede renunciar a la prueba; con lo cual la venta se convierte en una pura, pudiendo tal renuncia ser aun tácita, como si el comprador enajenara, consumiera o transformara la cosa, antes de someterla a prueba, tal como expresa Rubino.

Por su parte, el artículo 1572 del Código Civil de 1984 establece que la prueba debe realizarse en el plazo establecido en el contrato o en el que establezcan los usos.

Esto significa que la posibilidad de verificarse la condición a que hacemos referencia, no es eterno; ya que si así fuese, cualquiera de las partes, al negarse a la realización de dicha prueba, podría obstaculizar eternamente el que se verifique la condición pactada.

### **3.6. Manera en que debe realizarse la prueba**

Tal como establece el segundo párrafo del artículo 1572, bajo comentario, la prueba debe realizarse según las condiciones establecidas en el contrato o por los usos.

De lo expresado puede deducirse que la realización de dicha prueba deberá encontrarse revestida de todos los elementos que garanticen su autenticidad y veracidad, lo que equivale a decir que las partes deben tomar todas las precauciones para que –efectivamente– ellas

---

<sup>30</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 36 y 37.

garanticen la posibilidad real de que la prueba se cumpla, a fin de que se pueda demostrar en la práctica que el bien tiene las cualidades pactadas o es idóneo para la finalidad a que está destinado.<sup>31</sup>

### 3.7. Consecuencias de la no realización de la prueba

El tercer párrafo del artículo 1572 del Código Civil peruano de 1984 establece que si la prueba no se realiza, la condición se tendrá por cumplida. Esta solución resulta de plena coherencia con la naturaleza de la modalidad de compraventa subestudio, siempre y cuando la no realización de la prueba pactada se deba a causa imputable a alguno de los contratantes, pues resulta obvio que si la falta de cumplimiento de la prueba obedeciese a causas no imputables a las partes (como son el caso fortuito, la fuerza mayor o el que no se haya podido cumplir a pesar de que las mismas –o alguna de ellas o incluso el tercero eventualmente designado– hubiesen empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias), de manera alguna podría considerarse que la condición se ha cumplido.

---

<sup>31</sup> Sobre la apreciación del resultado de la prueba, De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, pp. 156 y 157), manifiesta las siguientes expresiones: «La actuación de la prueba corresponde por regla general al comprador, aunque Degni admite que puede ser confiada a un tercero, elegido o a elegir por las partes.

Para la actuación de la prueba deberá seguirse el procedimiento señalado en el contrato, en su defecto, el que, según los usos, resulte adecuado para la finalidad de la prueba. Generalmente este procedimiento consiste en un control, o verificación, o experimento sobre el bien, aunque puede consistir en una serie de experimentos, por un cierto tiempo de duración fijado por las partes o por los usos.

Es obligación del vendedor prestar todas las facilidades para la actuación de la prueba, entre las cuales se encuentra la tenencia del bien por parte del comprador o de la persona que éste designe.

Importa dejar bien claro, como dice García Cantero, que el resultado de la prueba no se remite al libre arbitrio del comprador sino que, en caso de discrepancia, debe ser objetivamente valorado, si preciso fuere, mediante una prueba pericial judicialmente ordenada.

Badenes sostiene que el comprador no es libre para no hacer la prueba, pues si él no es definitivamente comprador antes de ella, está obligado definitivamente al experimento; el no hacerlo es un incumplimiento de su obligación, que permitiría al vendedor reclamar la resolución del contrato, además del resarcimiento de los daños.

El tercer párrafo del artículo 1572 del Código Civil no comparte este parecer pues dispone que si no se realiza la prueba o el resultado de ésta no se comunica al vendedor dentro del plazo señalado, la condición se tendrá por cumplida, o sea que el contrato de compraventa cobra plena eficacia.

Pienso que no hay inconveniente para que el comprador renuncie a la prueba, siempre que declare que el bien es idóneo al uso, pues de esta manera no perjudicará al vendedor».

### *3.7.1. Consecuencias de la realización de la prueba, con resultado positivo, que no fuere comunicado al vendedor dentro del plazo estipulado*

En este caso, ya se habría ejecutado la prueba y ella habría dado un resultado positivo. De esta forma, se habría cumplido la condición pactada, siendo accesorio el hecho de que el resultado de la misma se comunique o no a la contraparte, vale decir, a aquel contratante que no hubiera tenido la oportunidad de presenciar o verificar el cumplimiento de la citada condición.

La comunicación de ese hecho resulta importante, en la medida de que la misma será necesaria para que ambas partes tengan pleno conocimiento de que el acto ha comenzado a surtir efectos, pues en el caso contrario sólo uno de los contratantes (o ninguno, en la eventualidad de que la prueba la hubiese realizado un tercero en ausencia de ambas partes) conocería de dicha situación.

Por otra parte, esta norma se dirige muy claramente a evitar la ocurrencia de actos fraudulentos, a través del ocultamiento de la condición ya producida (al haberse cumplido la prueba pactada).

### *3.7.2. Consecuencias de la realización de la prueba, pero que ésta tenga un resultado negativo, el mismo que se comunique al vendedor dentro del plazo convenido*

Resulta obvio que si la prueba ha dado un resultado negativo, no se habría verificado la condición; y si dicho resultado es comunicado oportunamente a la contraparte, no habría razón alguna para que la ley variase los efectos del no cumplimiento de la prueba convenida.

### *3.7.3. Consecuencias de la realización de la prueba con resultado negativo, pero que el mismo no se comunique al vendedor dentro del plazo convenido*

Podría ocurrir que se lleve adelante la prueba, arrojando la misma un resultado negativo, pero que dicho resultado no sea puesto en conocimiento de la contraparte (o de ambas, si la prueba la realiza un tercero sin presencia de las partes).

En tal sentido, la ley, a través del tercer párrafo del artículo 1572, contempla una ficción, por medio de la cual, a pesar de no haberse cumplido

con la prueba pactada (es decir, que no se ha verificado la condición), si el resultado negativo de dicha prueba no fuese comunicado a la(s) parte(s) de manera oportuna, la condición se tendrá por cumplida.

Decimos que se trata de una ficción, por cuanto la condición en realidad no se ha cumplido, pero la ley la da por cumplida, con la finalidad de evitar que la parte que conoce del no cumplimiento de la prueba intente dilatar los plazos en perjuicio del otro contratante.

Sin embargo, este precepto incurre en un error, pues presume que la prueba es realizada por uno solo de los contratantes, cuando lo común en estos casos será que se realice en presencia de ambos (supuesto en el cual las dos partes conocerán —en el acto— si la prueba tuvo un resultado positivo o negativo); o que ambas partes encarguen a un tercero, que comparta su confianza y que sea un entendido en la materia, la realización de la prueba. En este último caso, si la prueba es realizada por dicho tercero y el mismo no comunica a ninguno de los contratantes su resultado, sea éste positivo o negativo —o lo hace sólo respecto de uno de ellos—, no se entiende por qué si la prueba no ha dado un resultado positivo, es decir, si la condición no se ha cumplido, la ley dé por cumplida dicha condición, aplicando una especie de sanción a los contratantes o a alguno de ellos.

Decimos esto, en la medida de que si ha habido negligencia, ella no tuvo su causa en ninguna de las partes, sino en el dolo o la culpa de ese tercero.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Finalmente, resulta necesario reparar en lo sostenido por Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 157), quien manifiesta que una vez efectuada la prueba de la manera pactada en el contrato o la decidida por el perito, quedan por determinar los resultados de ella; pudiendo ocurrir las siguientes posibilidades:

- «1) Que el comprador considere que el bien materia de la compraventa tiene las cualidades pactadas en el contrato, eventualidad en la cual la condición suspensiva queda cumplida, con lo que el contrato adquiere plena eficacia.
- 2) Que el comprador declare que el bien es idóneo pero que no le agrada. En tal caso también se considera cumplida la condición suspensiva, desde que el agrado del comprador no es significativo.
- 3) Que el comprador manifieste que la prueba ha demostrado que el bien no tiene las cualidades pactadas. El vendedor puede aceptar o no esta decisión del comprador. Si la objetara, podría recurrir a una apreciación pericial ordenada judicialmente.
- 4) Que el comprador, pese a no encontrar la prueba satisfactoria, declare que está dispuesto a adquirir el bien; caso en el cual debería entenderse —según De la Puente— que el comprador renuncia a la condición.

#### 4. COMPRAVENTA SOBRE MUESTRA

Esta compraventa implica que comprador y vendedor celebran el contrato en consideración a una muestra del bien materia de dicho contrato, que el vendedor ha puesto a disposición del comprador y sobre la cual dicho comprador ha manifestado su asentimiento.

En otras palabras, el comprador da su conformidad para la celebración de este contrato, luego de haber procedido a verificar la muestra sobre la cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de uno o más bienes.

Se comprende que dichos bienes a entregar deberán ser idénticos al de la muestra, ya que el comprador celebró el contrato en este entendido, y en plena aplicación del principio de identidad en el pago, recogido en el artículo 1132 del Código Civil, norma propia de las obligaciones de dar bienes ciertos, pero que resulta también aplicable a las obligaciones de dar bienes de cualquier naturaleza, además de las obligaciones de hacer y de no hacer.

Es evidente que en estricto cumplimiento del mencionado principio de identidad en el pago, el vendedor deberá cumplir con entregar al comprador bienes idénticos al de la muestra, y que si no lo hiciese en tales términos, estaríamos en presencia de un cumplimiento defectuoso de la obligación, el mismo que puede ser rechazado por el comprador, negándose a recibir el pago, por diferir éste de la muestra.

Ahora bien, dicho comprador tendría dos caminos: el primero de ellos consistiría en exigir que el vendedor le entregue bienes idénticos a la muestra; el segundo consistiría en resolver el contrato ante la eventualidad de que el vendedor intentara efectuar un cumplimiento defectuoso (que al fin y al cabo es una forma de incumplimiento). Ello, bajo el amparo de lo dispuesto por los artículos 1428, 1429 y –eventualmente– 1430 (de haberse contemplado esta posibilidad) del Código Civil, ya que como ha sido dicho en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, la compraventa es un contrato con prestaciones recíprocas y la resolución por incumplimiento constituye uno de sus efectos naturales.

---

Agrega el citado profesor que si el resultado final de la prueba fuera negativo y, por ello, la condición suspensiva no se verificara, que es lo que en doctrina se considera *defecto de la condición*, el contrato de compraventa carecería de eficacia».

Para Francisco Degni,<sup>33</sup> la venta sobre muestra es aquélla en que las partes determinan las cualidades o al menos algunas cualidades de la cosa vendida, refiriéndose a un ejemplar determinado (*per relationem*). Ella — continúa Degni — difiere de la venta a degustación y a prueba porque es perfecta y tampoco está subordinada a condición. La propiedad de la cosa, pues, pasa al comprador en el momento de la conclusión del contrato y, con ella, el riesgo y peligro de la cosa misma.

Para Degni, la eficacia de la venta no depende de un acontecimiento futuro e incierto, sino sólo de la comprobación de un dato objetivo, de hecho, esto es, que la cosa que el vendedor entrega al comprador sea idéntica a la muestra, es decir, a una pequeña cantidad de mercancía retirada como término de comparación con aquélla que ha sido objeto de la compraventa, y a la que debe precisamente corresponder con un determinado grado de aproximación, porque de otro modo el comprador tiene derecho a rechazarla, pidiendo la resolución del contrato, y esto aun cuando la mercancía entregada tenga las cualidades necesarias para hacerla idónea al uso a que era destinada. No excluye la garantía por los vicios redhibitorios, mas tal garantía está limitada a los vicios no existentes en la muestra o existentes, pero ignorados por el comprador.

Se entiende — dice Degni — que el comprador de cosa sobre muestra tiene derecho de verificarla en el acto de la entrega. Si el vendedor opone obstáculos a tal comprobación, por esto mismo incumple y se hace responsable de la inejecución del contrato.

De otro lado, para Degni no es necesario que la muestra sea sellada o entregada a una tercera persona para la custodia, bastando que pueda ser identificada de modo que pueda excluirse el peligro de sustracción o alteración. El sello de la muestra o su entrega a un tercero representa una facilidad para quien debe probar la constitución de la muestra (prueba que de ordinario está a cargo del comprador) y un obstáculo para quien quiera probar la no identidad de la muestra, prueba que está a cargo de quien la combate.

Tampoco es indispensable — finaliza Degni — que la muestra se entregue antes de la celebración del contrato; esto sucede de ordinario,

---

<sup>33</sup> DEGNI, Francisco. *Op. cit.*, pp. 186-189.

pero puede también ser enviada posteriormente. Lo que es indispensable es que sea designada primero. Puede suceder, además, que al garantizar la conformidad de las mercaderías a una muestra determinada se garanticen otras cualidades. En tales casos el Tribunal de Casación de su país ha decidido repetidamente (y a Degni parece correcto) que la venta cesaría de ser sobre muestra y sería, en cambio, una venta ordinaria.<sup>34</sup>

Para Luis Muñoz,<sup>35</sup> la venta sobre muestra se caracteriza porque después de la ejecución del contrato, que tiene lugar mediante la entrega de la cosa, puede resolverse la venta a petición del comprador si la cosa además de ser idéntica, no es rigurosamente conforme con la muestra, que sirve, a la exclusiva, de término de comparación *relatio*.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Este criterio es compartido por Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 161 y 162), quien expresa lo siguiente: «Indica Capozzi que, la venta sobre muestra es un contrato perfecto, inmediatamente eficaz, cuyo objeto no es determinado sino determinable a través de la referencia a la muestra, que representa, como se ha dicho, un medio de comparación. Trátase, según él, de un contrato *per relationem*, figura que ocurre, como es sabido, cuando las partes no expresan una voluntad autosuficiente, sino hacen referencia para la determinación de su contenido a una fuente extraña, cual es, en la economía del contrato en examen, la muestra. En sentido parecido opina Bocchini.

En cambio, Bianca considera que tal encuadramiento parece todavía discutible si la noción del negocio *per relationem* se entiende fijada como un llamamiento a una fuente extrínseca del negocio: esto es a un factor externo a la declaración y del cual se hace depender el contenido del negocio mismo. En tal caso es fácil observar que la referencia a una muestra no remite a una fuente extrínseca a la declaración sino que contiene más bien la indicación de una cosa concreta como modo directo de descripción del bien debido. La conformidad del bien con la muestra no es una condición impuesta a la compraventa, sino la exacta ejecución de ésta. En efecto, la eficacia de la compraventa no depende de un hecho futuro e incierto, sino, como dice Degni, sólo de la comprobación de un dato objetivo, de hecho, esto es, que la cosa que el vendedor entrega al comprador sea idéntica a la muestra, es decir, a una pequeña cantidad de mercancía retirada como término de comparación con aquélla que ha sido objeto de la compraventa».

<sup>35</sup> MUÑOZ, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 258-262.

<sup>36</sup> La muestra —según Muñoz— es un particular modo de determinar *per relationem* el objeto del contrato de compraventa, ya sea por lo que hace al género, ahora en cuanto a la calidad y requisitos queridos.

En un plano de menor importancia —dice Muñoz—, la muestra cumple función preconstitutiva de prueba de la calidad convenida para las mercancías.

Refiere Muñoz que en las compraventas internacionales, escribe De Gregorio, se suele depositar la muestra en algún lugar a fin de que el vendedor pueda utilizarla para todas las ventas del mismo género de productos. Y es que la eficacia de la venta sobre muestra depende de que se compruebe que la cosa que el vendedor entrega al comprador es idéntica a la muestra.

---

Asquini —citado también por Luis Muñoz— ha sostenido que en la venta de *genus*, la disparidad de la cosa vendida con la muestra es un supuesto de incumplimiento; en tanto que en la venta de especie tal disparidad produce acción para anular el negocio jurídico bilateral.

El comprador tiene derecho a rechazar la mercancía cuando no corresponde a la muestra, aunque reúna las cualidades necesarias para el uso a que esté destinada.

Así, en opinión de Muñoz, la muestra debe ofrecer el mínimo de individualización necesaria a fin de que sea apta para la función que debe cumplir; y como quiera que está destinada a ser confrontada con la cosa objeto del contrato, preciso es asegurar la individualización de la muestra y la imposibilidad de que sea sustraída, sustituida o alterada, criterio éste que sostienen, además, la pluralidad de los autores.

Por lo que hace a la elección de la muestra, sostiene Muñoz que deberá ser hecha de acuerdo por ambas partes. Ahora bien, si el vendedor eligió la muestra, deberá ser ésta aceptada por el comprador. También cabe la posibilidad de que la muestra la suministre el comprador y la acepte el vendedor, de tal suerte que no sea necesaria su entrega a un tercero para su custodia. No es necesario que la muestra se entregue antes de la estipulación, podrá hacerse después, mas sí es necesario que haya sido individualizada antes de la constitución del negocio jurídico bilateral.

Entiende que si no se observa una debida cautela para individualizar la muestra o para conservarla, ello no debe comportar la nulidad de la cláusula respectiva, y mucho menos del contrato, a pesar de que semejante insuficiencia sin duda dificultará la prueba.

Afirma Luis Muñoz que la carga de la prueba de la cláusula sobre muestra compete a quien la afirma, de ordinario el comprador. Empero, si se entiende que este tipo de contrato se basa en la confianza entre las partes respecto de la conservación de la muestra, deberá presumirse que la exhibida es la misma que la elegida, en cuyo caso corresponderá la carga de la prueba al que niegue la identidad de la muestra en relación con los bienes objeto del contrato.

Recuerda que algunos autores, por ejemplo Gorla, piensan que al comprador compete probar la disconformidad con la muestra, si alega dicha inconformidad en juicio, aunque el vendedor sea actor en el proceso. Otros entienden que al actor es a quien incumbe la prueba, como por ejemplo Tartufari, Pacifici-Mazzoni, etc.

En el supuesto de que se verifique la conformidad con la muestra, el comprador tiene de derecho —según Degni— a que la cosa sea consignada, y como afirma Gorla, quien tiene la muestra debe exhibirla en juicio, exhibición que puede obtenerse incluso coactivamente.

Asimismo, sostiene Muñoz que puede acontecer que el contratante que tenga la muestra pida dolosamente que se verifique la identidad o confrontación de las cosas objeto del contrato, en cuyo caso deberá ser responsable por inejecución del negocio jurídico bilateral.

Según Muñoz, en el supuesto de que la muestra perezca de modo fortuito por simple culpa del que la tiene en su poder, la prueba se dificultará extraordinariamente; mas si se llega a reconstruir la calidad de la muestra, la venta será válida y eficaz, sin perjuicio de la responsabilidad del culpable por gastos y expensas judiciales. Ahora bien, si no es posible reconstruir la muestra en su calidad, el contrato deberá resolverse por imposibilidad fortuita y sobrevenida de la prestación, en el caso de que el percimiento no sea imputable a ninguna de las partes. Si la muestra ha perecido por dolo o culpa de alguno de los contratantes, el negocio jurídico bilateral deberá resolverse por incumplimiento.

Es indudable —finaliza Muñoz—, que las partes podrán libremente transformar la venta sobre muestra en venta ordinaria y ejecutar el contrato, no obstante la imposibilidad de reconstruir la muestra.

Emilio Langle y Rubio<sup>37</sup> dice que cuando se compran géneros que no se tienen a la vista ni pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se entenderá que el comprador se reserva la facultad de examinarlos y de rescindir libremente el contrato si los géneros no le convinieren.

Asimismo, sostiene que la referencia, en el contrato, a una muestra o un tipo de mercancía garantiza a una y otra parte: el vendedor queda seguro de que no será rehusada si cumple sus obligaciones; y el comprador, a su vez, puede resolver fácilmente el vínculo en caso contrario.

Según expresa De la Puente,<sup>38</sup> existen varias posiciones respecto a la función de la muestra.

Piensan algunos, como Mirabelli, que la prueba tiene una doble función: de determinación del objeto de la compraventa y de comprobación de la exactitud del cumplimiento.

Otros, como Bianca, consideran que la función probatoria no es esencial a la muestra. Lo que caracteriza a la muestra es sobre todo su función de determinación de la prestación traslativa.

Agrega De la Puente que, por su parte, Bocchini opina que la función asignada a la muestra es unitaria, o sea la representación de determinadas características de la cosa vendida. Sólo que tal función se revela jurídicamente en dos momentos diversos: en la fase de conclusión del contrato, como instrumento de determinación del programa contractual; y en aquélla de la ejecución, cual instrumento de verificación de la prestación exigida.

El citado profesor peruano se inclina por la posición de Messineo, quien estima que la función de la muestra es servir de término exclusivo de comparación de la calidad de la cosa. Ello, porque estima que, a diferencia de la compraventa a satisfacción del comprador y de la compraventa a prueba, donde el aspecto subjetivo cobra un valor importante pues la formación o eficacia del contrato dependen, en mayor o menor grado, de la voluntad del comprador (recuerda que aun en la compraventa a prueba el comprador tiene facultad bastante amplia de apreciación), en la compraventa sobre muestra ésta es el único parangón al que se puede

<sup>37</sup> LANGLE Y RUBIO, Emilio. *El contrato de compraventa mercantil*, pp. 73 y 135-136.

<sup>38</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 162 y 163.

recurrir para apreciar la calidad del bien. Según De la Puente, acierta Borda cuando dice que la venta sobre muestra es una especie de la venta de calidad determinada, pero en la cual no se considera ya una calidad genérica, apreciada según la buena fe y de acuerdo con los usos del comercio, sino de la precisa calidad que tiene la muestra. No se cumple, por tanto, con la entrega de una calidad análoga ni de valor similar; es necesario que sea *igual*.

Por nuestra parte, somos del parecer que si bien la «muestra» es un elemento de condición relevante para la plena satisfacción de los intereses de los contratantes, lo será también para efectos probatorios en caso de resolución del contrato.

Es menester tener en consideración que la muestra deberá ser elegida (o si no la elige, aceptada) por el comprador toda vez que será a él a quien finalmente interese la utilidad del bien que desea adquirir bajo estas condiciones. Ello es lo usual en la práctica.

No obstante, podría presentarse el caso en el cual el vendedor sea quien proporcione la muestra, lo cual no significa que la elija, pues en todo caso, lo que hará es presentar al comprador diversas opciones y será él quien finalmente elegirá entre éstas a la que eventualmente podría ser la muestra sobre la que se celebre el contrato.

En este orden de ideas, inclusive podría presentarse el supuesto en el cual sea un tercero quien elija la muestra; ello, sin embargo, obedecerá también a una autorización que al respecto haga el comprador. Nos explicamos: el comprador a quien le es indiferente la muestra *a* o *b*, podrá encargar a quien crea conveniente la elección de la muestra; este tercero obviamente observará a su vez, a fin de cumplir con su obligación, las indicaciones que sobre la muestra deben recaer y que serán previstas por el comprador. Vemos, pues, que en todo caso es el comprador quien de una u otra forma, define la elección de la muestra, contradiciendo así lo dicho por Luis Muñoz a raíz de los comentarios sobre este tema.

De otro lado, coincidimos con De la Puente<sup>39</sup> cuando afirma que si bien la ley nada dice respecto a la conservación de la muestra, es indiscutible que resulta esencial a la figura de la compraventa sobre muestra el

<sup>39</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, p. 163.

que ésta sea conservada con la debida cautela, para que pueda cumplir su función de ser parangón exclusivo de las cualidades del bien.

#### **4.1. Disconformidad de la calidad del bien**

El artículo 1573, bajo comentario, establece que si la compra-venta se hace sobre muestra, el comprador tiene derecho a resolver el contrato *si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio*.

Esto nos lleva a pensar que existen dos posibilidades contempladas por la ley en lo referente a una eventual disconformidad. La primera de ellas estaría referida a que la calidad del bien que el vendedor pretende entregar no concuerde con la muestra respecto de la cual el comprador manifestó su asentimiento. La segunda posibilidad no pasaría por el hecho de que el vendedor haya proporcionado al comprador un muestrario, sino que el contrato se haya celebrado en el entendido de que los bienes corresponden a una muestra de conocimiento generalizado en el mercado (comercio).

#### **4.2. Magnitud de la disconformidad**

Uno de los puntos más controvertidos en doctrina en lo referente a la posibilidad que tiene el comprador de resolver el contrato, al existir una disconformidad entre la muestra y el bien con el cual el vendedor ofrece cumplir, es el relativo a la magnitud de la disconformidad.

Un sector de la doctrina es de opinión que la disconformidad tiene necesariamente que ser relevante, ya que estima que una disconformidad mínima, de permitirse como causal de resolución del contrato, estaría configurando una situación de abuso del derecho.

Otro sector estima que no tiene mayor relevancia si la disconformidad es de mayor o menor grado, ya que podríamos estar en presencia de una disconformidad mínima, pero que sea importante para los intereses de la parte compradora.

Y como «Para muestra basta un botón», citaremos un ejemplo en el cual el comprador ha efectuado una orden de compra al vendedor por una cantidad muy apreciable de botones, para emplearlos en la línea de producción de unos ternos color azul marino. Los botones encargados son del mismo color que los trajes. Sin embargo, el vendedor pretende

entregar la cantidad de botones solicitado, pero de una tonalidad ligeramente más clara.

En el ejemplo citado, si bien la disconformidad entre la muestra y los bienes que se pretenden entregar, será mínima, a pesar de ello, tal circunstancia podría resultar importante para el comprador, en la medida de que ese ligero tono más claro puede hacer que un terno elegante se convierta en uno huachafo.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> A continuación citaremos algunos pareceres representativos de la doctrina consultada, respecto a este tema.

Explica Pothier (POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, p. 135), que cuando la cosa vendida no es de la misma calidad expresada en el contrato como si se dijera, por ejemplo, que una madera es de diez años, y que tuviera menos, en cuyo caso tendrá obligación de hacer al comprador una rebaja de precio.

A decir de Enneccerus, Kipp y Wolff (ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Op. cit.*, vol. II, pp. 91 y 92), si se venden cosas sobre muestra, habrá de considerarse asegurado el suministro conforme a la misma. Si no se suministra conforme a la muestra y se trata, como por regla general, de compraventa de cosa genérica, el comprador podrá, en consecuencia, a su elección exigir la redhibición o la reducción del precio, la indemnización o el suministro posterior, si se trata de compraventa de cosa específica, sólo la redhibición, reducción o indemnización.

Ahora bien –según los profesores alemanes citados–, en el caso de que la cosa suministrada se aparte de la muestra en términos de tan poca consideración que no se toman en cuenta en el tráfico, sería contrario a la buena fe el ejercicio de esas pretensiones y, por consiguiente, está excluido.

Precisan que si ha vendido sobre muestra tiene que probarlo –cuando se trata de compraventa de cosa genérica– aquél que invoca el contrato de compraventa, o sea, el comprador que exige la prestación conforme a la muestra y el vendedor que reclama el precio, pues en este caso la estipulación sobre la conformidad con la muestra constituye una determinación del objeto del contrato. Por el contrario, si se trata de una compraventa de cosa específica, la carga de la prueba incumbe al comprador, pues en este caso el objeto del contrato está individualmente determinado, constituyendo, por consiguiente, un pacto secundario el convenio sobre la conformidad con la muestra. En rigor –agregan–, el que tiene que probar que se ha vendido sobre muestra, tiene que demostrar también sobre qué muestra. Pero si una de las partes ha dejado a la otra (el vendedor al comprador) la muestra, sin especial aseguramiento de la prueba, tendrá que pasar por qué la muestra que éste presente, se considere también como idéntica a la convenida, si no puede probar la falta de identidad.

Precisan también que si la prestación no se ajusta a la muestra, tiene que probarlo el comprador cuando haya de derivar de esa circunstancia un derecho, esto es, una pretensión de prestación de garantía. Por el contrario, si en el caso de compraventa genérica, el comprador alega solamente su derecho al cumplimiento (o sea, si exige la prestación de una cosa exenta de vicios u opone la *exceptio non adimpleti contractus*), compete al vendedor demostrar que su prestación es conforme con la muestra. Anotan que si no obstante, el comprador ha aceptado la prestación como cumplimiento, le incumbirá en este caso la carga de la prueba. Si una de las partes estaba obligada a conservar la

muestra y, en virtud de infracción culposa de este deber, ha hecho imposible la prueba a la otra parte, obligada a probar, la carga de la prueba se invierte en contra de ella.

Colin y Capitant (COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Op. cit.*, tomo IV, p. 150) expresan que la rescisión en este caso sólo tendrá lugar a voluntad del comprador, cuando el menor valor de la cosa vendida exceda de la décima parte del precio convenido.

Por otro lado, José León Barandiarán (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 34 y ss.) anota que la venta sobre muestra no es una venta *sub conditione*.

Recuerda que sobre la venta a muestra hay indicación en el B.G.B., en su artículo 494, que dice que entonces se consideran garantizadas las cualidades de la muestra. El mismo artículo habla de compra conforme a modelo (usa los términos *nach Probe, nach Muster*).

León agrega que cuando se ha considerado una compra bajo muestra o modelo, ello importa que el vendedor debe hacer entrega de la cosa conforme a calidad y características idénticas a las que aparecen de la muestra o modelo. Si no, el vendedor no cumple con el contrato y habrá lugar a que el comprador obtenga la rescisión consiguiente o el cumplimiento normal (es decir, de acuerdo a la muestra), con daños y perjuicios.

Según León Barandiarán, si se entrega la cosa que se ajusta a la muestra, el contrato se ejecuta de parte del vendedor, y el comprador, a su vez, queda obligado al pago del precio, lo que significaría que este pago — por regla — ha de hacerse con la entrega de la cosa, y no antes, o cuando menos con la verificación de la conformidad de la cosa con la muestra, tal como señala Rubino; y por lo demás, como se comprende, la propiedad y con ella el riesgo y peligro de la cosa misma, pasan — sin más — al comprador desde el momento de la individualización de la cosa.

Refiere León que al comprador corresponde el derecho como un dato de funcionamiento propio del tipo de contrato que ahora nos ocupa, de verificar la conformidad o no, de la cosa con la muestra.

Mas se pregunta ¿qué ocurriría si la muestra se ha perdido? Recuerda el maestro de San Marcos, que Rubino se ha detenido en este punto. Si la reconstrucción de la muestra no es posible, y el contrato se disuelve; considerándose que ha sobrevenido una imposibilidad que no hace responsable al comprador, si la destrucción se ha producido sin culpa de éste, y que se ha producido inejecución del contrato con responsabilidad del comprador, si ha habido culpa en éste en cuanto a la pérdida de la muestra.

Expresa León, que como la compra a muestra es una circunstancia que se puede añadir al convenio, corresponde a quien le interesa, el probar tal circunstancia, como asimismo lo relativo a si la mercadería entregada es igual o se diferencia de la muestra o modelo.

Según observa León Barandiarán, el contrato de compra sobre muestra no es bajo condición suspensiva, como equivocadamente lo calificaba el artículo 1384 del Código Civil de 1936. El contrato — dice — ya está definitivamente concertado: ya se ha preindicado la cosa y el precio; no hay ninguna eventualidad de la cual dependa la ejecución del contrato. Sólo es el caso de esa ejecución, que ha de hacerse de modo tal que la cosa sea entregada de conformidad con la muestra convenida.

León anota que, en efecto, como dice Staudinger, la compra en el caso referido, «exige el acuerdo de las partes contratantes: que el vendedor debe entregar un objeto correspondiente a la muestra o modelo, entendiéndose pues que el objeto a la muestra corresponda».

Por lo demás —según León—, si resulta demostrado que se concertó una compra como la que venimos tratando, refiérese a la seguridad (mentada en el artículo 494 del Código Civil alemán) a todas las cualidades de la muestra, que conforme a la lealtad comercial y en consideración a las reglas del tráfico deben ser tenidas como esenciales, según precisa Warneyer.

Y, por otra parte, nada impide que las partes «limiten la conformidad de la muestra a determinativamente especiales cualidades» (tal como refiere el propio Warneyer);

---

en cuya hipótesis —según León Barandiarán— hay que suponer que debe todo ello preindicarse con precisión, pues de otro modo la regla es que la cosa no se diferencia sustancialmente de la muestra.

El tratadista argentino Luis María Rezzónico (*REZZÓNICO, Luis María. Op. cit.*, tomo II, pp. 126-128) señala que el Código Civil de su país contempla también la posibilidad, efectivamente muy frecuente, de que una cosa sea vendida entendiendo los contratantes que tiene «una determinada calidad». Así, por ejemplo: si se vende un motor «de 200 caballos de fuerza»; tal buque o vapor que «hace X millas o nudos por hora»; este automóvil «con una velocidad posible de 180 kilómetros por hora»; si se vende este reloj «de oro 18 kilates»; etc.

Refiere que es el caso típico de las ventas o compras «según muestras» o «por muestra», tan frecuentes en el comercio.

Para Rezzónico se trata de «ventas condicionales»: los contratantes entienden comprar y vender, respectivamente, bajo la condición de que la cosa vendida «tiene la calidad señalada o determinada».

Pero agrega que, mientras que *en la venta con sujeción a ensayo o prueba puede decirse*, como Llerena, *que la venta es «bajo condición suspensiva potestativa del comprador»*, *en la venta de calidad determinada la condición suspensiva es por decirlo así «pura y simple»*: la realización de la venta no depende ya del agrado personal del comprador, sino de la existencia de la calidad convenida, que es circunstancia esencialmente objetiva (el énfasis es nuestro).

En opinión de Rezzónico, como consecuencia de esa naturaleza jurídica surge este efecto importante: el comprador no puede a su arbitrio rechazar la cosa, y deberá aceptarla si ella tiene la calidad convenida en forma explícita o tácita.

Recuerda que así lo establece expresamente el Código Civil Argentino en su artículo 1338: «Cuando las cosas se vendiesen como de una calidad determinada, y no al gusto personal del comprador, no dependerá del arbitrio de éste rehusar la cosa vendida. El vendedor, probando que la cosa es de la calidad contratada, puede pedir el pago del precio».

Según el citado profesor, esto quiere decir que si el comprador rechaza la cosa arguyendo que no tiene la calidad convenida, deberá establecerse cuál es la calidad verdadera, por intermedio de peritos o expertos, y si resulta probado que la cosa tiene la calidad estipulada, está obligado a recibirla y pagar su precio.

Pero si resulta probado que la cosa no tiene la calidad determinada, se pregunta si ¿puede el comprador exigir la entrega de otra que tenga tal calidad, y si tiene correlativamente el vendedor obligación de sustituirla por otra?

Recuerda que el Código de Vélez Sarsfield no contiene disposición expresa que resuelva este caso, pero de acuerdo con Planiol y Ripert y Salvat y con la jurisprudencia francesa en esa materia afirma que si la mercadería entregada no es conforme a la «muestra» o, en general, no tiene la calidad determinada, el comprador puede, a su elección: 1) pedir la entrega de una cosa de la calidad convenida, so pena de daños y perjuicios; o 2) pedir la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor, y ser indemnizado de los daños y perjuicios que pruebe haber sufrido por efecto de ese incumplimiento.

Según Rezzónico, como dicen los autores franceses citados, sería demasiada ventaja para el vendedor el poder eximirse de la venta con sólo entregar una mercancía de calidad inferior, que sería rechazada por el comprador.

Para Francesco Messineo (*MESSINEO, Francesco. Op. cit.*, tomo V, p. 81), venta sobre muestra es aquella en la cual, en lo que se refiere a la formación del contrato de venta, no hay ninguna peculiaridad que impida su inmediato efecto traslativo si el objeto de la venta es cosa determinada; sólo después de la ejecución, realizada mediante entrega de la cosa, puede haber lugar a resolución de la venta, a instancia del comprador, si no resulta (además de la identidad de la cosa) la rigurosa conformidad (por «cualquier»

diversidad) de la cosa a la muestra, que sirve de término exclusivo de comparación de la cualidad de la cosa.

La venta sobre muestra —agrega— concierne a la determinación de la cualidad de la cosa, la cual tiene lugar, no ya mediante la visión o la inspección por parte del comprador, sino mediante *relatio*, o sea, referencia a la muestra; aplicándose este instituto especial, aunque no exclusivamente, a las ventas de cosas de futura fabricación, o sea de cosas futuras.

En opinión de Barassi (BARASSI, Ludovico. *Op. cit.*, tomo II, p. 234), si la venta es sobre muestra o sobre tipo de muestra, debe entenderse que cualquier diferencia con la misma da derecho a la resolución, salvo que la muestra indique sólo aproximadamente la calidad, en cuyo caso la diferencia ha de ser notable.

A decir del profesor Ernesto Clemente Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, p. 517), como una variedad de la venta de calidad determinada, se presenta la llamada «venta sobre muestra»; ésta tiene lugar cuando se vende una cosa cuyas cualidades y condiciones resultan de una muestra que el comprador puede apreciar y valorar en el momento de celebrar el contrato; por ende, tiene derecho a que se le entregue una cosa de igual calidad que la señalada en la muestra. A la inversa —dice Wayar—, el vendedor no podrá liberarse entregando una cosa aun de mayor calidad, si ella es diferente a la ofrecida en la muestra.

A entender del citado tratadista, en cualquier caso, las diferencias entre la calidad ofrecida en la muestra y la que realmente tenga la cosa, serán valoradas según los postulados de la buena fe y de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Si la diferencia es mínima, no será lícito que el comprador se niegue a recibir la cosa, salvo que, por mínima que sea la diferencia, la cosa no sirva para el destino que tuvo en mira el comprador.

Por lo demás —anota—, debe puntualizarse que se trata de una venta válida desde su celebración, es decir, no está sujeta a condición alguna; por ello, sus efectos se producen normalmente desde la concertación del vínculo; aplicándose las reglas señaladas para la venta de cosas de calidad determinada.

Refiere que es también frecuente en el tráfico comercial la venta de cosas sobre «muestra tipo»; en tal caso, ya no es imprescindible que la cosa tenga las mismas condiciones y calidades de la muestra, pues ésta sólo cumple una función referencial; es decir, indica condiciones aproximadas de la cosa, de tal suerte que en la apreciación de la calidad ofrecida se debe ser flexible.

Max Arias-Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Contratos*. Copias mimeografiadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 70), explica que la venta sobre muestra es similar a las anteriores y opera, en consecuencia, bajo una condición suspensiva, con la diferencia de que obedece a un factor objetivo —identidad entre la especie y calidad de la muestra con el bien que se vende— y no simplemente subjetivo como la venta *ad gustum* y, en menor grado, la venta por ensayo (satisfacción personal del comprador). Según él, por esta razón es que se encontraba en el artículo 322 del Código de Comercio una regla que debió hacerse extensiva al artículo 1384 del Código Civil (de 1936), y según la cual el comprador no puede rehusar el recibo de los géneros contratados si fueron conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato, designándose en todo caso a peritos cuyo dictamen obligaría a los contratantes.

Luis Muñoz (MUÑOZ, Luis. *Op. cit.*, tomo II, p. 224) refiere que cuando la venta se hubiese hecho sobre muestras, o determinando una calidad conocida en los usos de comercio, no puede el comprador rehusar el recibo de los géneros contratados, siempre que sean conforme a las mismas muestras, o a la calidad prefijada en el contrato. En caso de resistirse a recibirlas por falta de esta conformidad, se reconocerán los géneros por peritos, quienes atendiendo los términos del contrato y confrontando aquéllos con las muestras, si se hubieren tenido a la vista para su celebración, declararán si los géneros

## 5. DIFERENCIAS ENTRE LA COMPROVENTA A SATISFACCIÓN DEL COMPRADOR Y LA COMPROVENTA A PRUEBA

Para Wayar,<sup>41</sup> el hecho condicionante en la compraventa a satisfacción es que la cosa vendida «sea del agrado del comprador». Ahora bien, se pregunta ¿cuándo debe entenderse que la cosa es del agrado del comprador?

Explica que la doctrina tradicional distingue entre la venta *ad gustum* y la venta a ensayo. Se sostiene que en la primera el comprador tiene un derecho absoluto, de modo que es libre para decidir si la cosa le satisface o no; de nada valdrá probar que la cosa es técnicamente perfecta o que es idónea para satisfacer a cualquiera, si el comprador ha decidido rechazarla. Prima, para esta especie, la soberana, aunque sea caprichosa, voluntad del comprador; a tal extremo sería así, que la doctrina justifica el rechazo aun en el supuesto de que el comprador ni se haya tomado la molestia de probar la cosa. Recuerda que para la venta a ensayo, la misma doctrina entiende que las facultades del comprador se ven sensiblemente limitadas; ya no podrá obrar a su antojo, pues deberá ajustar su conducta a los mandatos de la buena fe; de ahí que si la cosa es apta para satisfacer a cualquiera o es técnicamente perfecta, el comprador no podrá rechazarla.<sup>42</sup>

---

son o no de recibo. En el primer caso, se tendrá por consumada la venta, quedando los efectos por cuenta del comprador; y en el segundo, se rescindirá el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones a que tenga derecho el comprador por los pactos especiales que hubiere hecho con el vendedor.

<sup>41</sup> WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 513 y 514.

<sup>42</sup> Pero, reiterando su tesis, Wayar afirma que no hay razones para semejante discriminación. Debiendo tomarse pautas similares para medir una y otra venta. Señala que para López de Zavalía, la ley ha condicionado estas ventas, sin distinción, a que la cosa sea del gusto «personal del comprador»; de ahí deduce que la condición no es potestativa, no depende de un «si quiero» del comprador, sino que se trata de una condición causal: no depende de la voluntad del comprador, sino de su agrado, de la satisfacción que le produce la cosa.

Si bien admite que las dos especies de ventas sean tratadas unitariamente, no comparte la interpretación que se propone del hecho condicionante. Le parece que sujetar la eficacia de las ventas a que la cosa sea «del gusto personal» del comprador, limitándose a explicar que ello no equivale a un «si quiero» (expresión que, por otra parte, descalificaría la condición), sino al real sentimiento de agrado del comprador, es amparar un individualismo crudo e insostenible en los tiempos que corren.

Sostiene Wayar que el contrato cumple una función social; más aún, es un instrumento para la cooperación social, de tal suerte que no puede servir de medio para la satisfacción de intereses egoístas o puramente individuales, cuando con ello se vulnere el

Para Francisco Degni,<sup>43</sup> la diferencia sustancial entre la venta con pacto de precedente ensayo y la venta subordinada a degustación, es que en la primera la cualidad de la cosa ha sido ya considerada por las partes como objeto del contrato de compraventa, mientras en la otra la cualidad pactada no es más que una simple referencia, y el consentimiento del comprador no se manifiesta hasta que la cosa sea degustada y encontrada de su agrado.

Indica que si a pesar de las expresiones utilizadas, hablando de venta a degustación, las partes han podido querer una venta a prueba, entonces serán las reglas propias de ésta las que tendrán valor. Como es claro, se trata de una indagación sobre la voluntad real de los contrayentes y sobre el significado que han dado a las palabras.

Agrega Degni que de aquí derivan las sustanciales diversas consecuencias entre una y otra venta. El comprador en la venta a degustación no llega a ser propietario de las cosas sino cuando las ha degustado y encontrado de su agrado y ha notificado esto al vendedor. Sólo entonces se perfecciona la compraventa. Pero si entre tanto las cosas han sido pignoradas por acreedores del vendedor o éste ha sido declarado quebrado, el comprador no podrá pedir la separación, en el primer caso; o reivindicarlas, en el segundo caso, como hemos visto que puede pretender en la hipótesis de venta con pacto de ensayo precedente.

Señala Messineo que entre la venta a ensayo o agrado y la venta a prueba, existen diferencias. En el primer caso, el agrado se deja por entero a las preferencias y al gusto del comprador, y puede dar lugar legítimamente al rechazo de la cosa, aun cuando ésta sea de óptima calidad. En el segundo caso, es menos amplio el poder de apreciación del comprador.

---

interés social. Por eso afirma que el hecho condicionante, si bien radica en la satisfacción o agrado del comprador, constituye una facultad que no puede ser utilizada, en ningún caso, con abuso o en desmedro del interés general; debiéndose tener en cuenta las circunstancias de cada caso y la economía general, a fin de determinar la validez o ineeficacia de la condición; interesando poco que la venta sea *ad gustum* o a ensayo, pues en cualquier caso la interpretación del hecho condicionante será idéntica. La buena fe y la prohibición de ejercer con abuso los derechos subjetivos son los instrumentos de derecho positivo que invoca en apoyo de su tesis.

<sup>43</sup> DEGNI, Francisco. *La Compraventa*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, pp. 184-186.

Además —refiere Messineo—, en el primer caso, el agrado se manifiesta antes de la formación del contrato y es determinante de esta última; en el segundo caso, la prueba se realiza a contrato ya perfeccionado.

Desde el punto de vista de los efectos —dice— en el primer caso (venta con reserva de agradar), el perfeccionamiento de la venta no tiene carácter retroactivo (*opera ex nunc*), mientras que, en el segundo caso (venta a prueba), la eficacia de la misma tiene carácter retroactivo (*opera ex tunc*).

A la luz del Código Civil Peruano de 1984, la denominada venta a satisfacción del comprador, resulta ser —en el parecer mayoritario de la doctrina nacional— un contrato subjetivo atendiendo a su naturaleza.

Dado que el contrato no se celebra sino hasta la declaración del comprador, antes sólo existe una oferta de vender un bien si éste resulta del agrado del destinatario, oferta que sólo dará lugar al contrato cuando ella sea aceptada por el destinatario declarando que el bien le gusta o le satisface.

El artículo 1571 de nuestro Código Civil fija un plazo para que el destinatario declare que el bien le agrada o satisface, transcurrido el cual caducará la oferta y el contrato dejará definitivamente de formarse.

En ese sentido, la denominada venta a satisfacción del comprador supone necesariamente un examen del bien, el mismo que puede ser realizado en el domicilio del vendedor o en el del comprador.

Por el contrario, la venta a prueba —regulada por el artículo 1572 del Código Civil— supone la existencia de un contrato ya formado, con acuerdo entre las partes sobre todos los extremos del mismo, inclusive respecto de las cualidades y/o calidades que debe tener el bien; pero los efectos de dicho contrato están suspendidos hasta que se realice la prueba y el comprador verifique que el bien realmente tiene tales calidades.

Ahora, como los efectos del contrato no se pueden suspender definitivamente, el bien debe ser probado en el plazo determinado en el contrato o por los usos.

Si ello no ocurre o si el comprador no comunica al vendedor dentro de ese plazo el resultado de la prueba, la condición suspensiva se tiene por cumplida y el contrato cobrará plenos efectos, considerándose que el bien tiene las calidades pactadas.

## 6. DIFERENCIAS ENTRE LA COMPROVENTA A PRUEBA Y LA COMPROVENTA SOBRE MUESTRA

A decir de Guillermo A. Borda,<sup>44</sup> la compraventa sobre muestra tiene un punto de contacto con la venta a prueba o ensayo: el vendedor tiene derecho a demostrar que la cosa entregada reviste las calidades prometidas y, como consecuencia, a exigir del comprador el cumplimiento del contrato. Pero estima que las diferencias son sustanciales.

Para Borda, en la venta a prueba, el comprador tiene una facultad, en cierta medida discrecional, de apreciación de las calidades o méritos de la cosa y el juez no podrá obligarlo a adquirirla si él ha manifestado no ser de su agrado, salvo en el caso de que su actitud sea evidentemente injusta o abusiva. En la venta de cosa de calidad determinada, el criterio de apreciación del mérito de ella es estrictamente objetivo.

En segundo lugar, considera que en la venta a prueba, al comprador que no le satisface la cosa le basta con rechazarla; y si el vendedor pretende que su conducta ha sido abusiva, será a él a quien corresponda tomar la iniciativa para demostrarlo; en cambio, cuando se ha prometido calidad determinada, y el comprador entendiera que la cosa que se le ha entregado no la tiene, es él quien debe accionar.

Y, finalmente, Borda estima que en la venta a prueba, si la cosa no satisface al comprador, el contrato queda sin efecto, sin lugar a indemnización entre las partes y sin que el comprador pueda exigir la entrega de cosas que le satisfagan; siendo muy distintas las consecuencias de la venta de cosa determinada.

Y es que mientras la venta a prueba es un acto sujeto a una condición suspensiva (que la cosa resulte del agrado del comprador), la venta de cosa de calidad determinada es perfecta desde el momento de la celebración.

Para Ernesto Clemente Wayar,<sup>45</sup> cuando se vende una cosa cuyas cualidades han sido tenidas en cuenta por el comprador para adquirirla, se está ante una venta de cosa de «calidad determinada»; en tal caso, el vendedor se libera entregando una cosa de las calidades requeridas, sin que sea dado admitir al comprador el derecho a negarse a recibirla.

<sup>44</sup> BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, pp. 270 y 271.

<sup>45</sup> WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, pp. 515 y 516.

Esta figura guarda —según Wayar— cierta semejanza con la venta a ensayo o prueba, pues en ambas la cosa debe satisfacer el gusto, agrado o requerimiento del comprador.

Pero puntualiza que entre ellas existe una notable diferencia: la venta a ensayo o prueba es condicional; la venta de cosa de calidad determinada es perfecta desde el momento mismo de su celebración. Es claro —dice—, en la primera la eficacia del negocio depende de la voluntad del comprador; en la segunda, sólo se trata de que la cosa comprada reúna las cualidades requeridas, pero el negocio es plenamente válido desde su nacimiento.

Por su parte, Francesco Messineo<sup>46</sup> señala que la venta a prueba y la venta sobre muestra difieren en el sentido de que, en la venta a prueba, la determinación de la presencia de las cualidades pactadas (o la idoneidad de la cosa para el uso a que está destinada) depende de la apreciación, aunque no meramente arbitraria, del comprador; mientras que, en el segundo caso, hay un seguro y objetivo término de comparación dado por la muestra.

A la luz del artículo 1573 del Código Civil Peruano, bajo análisis, la compraventa sobre muestra es aquella que se celebra teniendo a la vista catálogos, figurines, muestrarios y otros elementos afines que sirven como modelo; en ese sentido, la muestra se presenta o sirve como un parangón objetivo de carácter previo para calificar al bien que se compra.

Por el contrario, en la compraventa a prueba, la determinación de la calidad de la cosa depende de aquella apreciación —si bien objetiva— que se haga de la cosa cuando se realice la prueba a que se refiere el artículo 1572 del referido cuerpo legal, es de carácter posterior a la celebración del contrato.

Lima, septiembre del 2008

---

<sup>46</sup> MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, p. 82.

# **La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho**

*Yuri Vega Mere\**

SUMARIO: 1. *Ideas preliminares.*- 2. *El Tribunal Constitucional y su acercamiento a las familias ensambladas.*- 3. *El futuro de las familias ensambladas. Breve referencia a la experiencia extranjera.*- 4. *La unión de hecho y el Tribunal Constitucional.*- 5. *Ideas conclusivas.*

## **1. IDEAS PRELIMINARES**

La reflexión acerca de la familia en el Perú no se ha encontrado entre las preferencias de los juristas. Los comentarios al Código Civil, en los años sucesivos a su promulgación, tampoco causaron mayor impacto, especialmente por dos razones: a) fue la Constitución del año 1979 la que

---

\* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

produjo algunas reformas importantes como fueron el reconocimiento de la igualdad de varón y mujer, de los derechos entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y la incorporación de la unión de hecho; b) el Código introdujo algunos cambios interesantes relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio y otras pocas modificaciones, pero siguió anclado a la concepción de la familia matrimonial.

El Código y la doctrina que le siguió (a veces con la complicidad de la judicatura) no aportaron mayor transformación mientras que la realidad se desbordaba por los incesantes retos a los cuales se veía expuesta la familia nuclear cuando empezaban a asomar nuevos rasgos y nuevas formas familiares.

Debo confesar que fueron las ciencias sociales como la antropología, la sociología y, de otro lado, las estadísticas y los estudios demográficos, los que mostraban, en otras latitudes, las mutaciones profundas que sufría el concepto de familia nuclear basada en el matrimonio.

Mientras tanto, en nuestro país, la poca atención que se prestó a la doctrina<sup>1</sup> hizo que nos enfrentáramos a un creciente distanciamiento entre el derecho en los libros y el derecho en acción, que no es sino una traducción del famoso trabajo de Roscoe Pound cuando reclamaba que la concepción tradicional y formalista del Derecho en los Estados Unidos de América se encontraba alejada de lo que acontecía en los hechos. Pound, como se sabe, fue el fundador de la jurisprudencia sociológica en su país y un precursor del Realismo Legal, pese a sus posteriores disputas con Karl Llewellyn y el osado Jerome Frank (a quien no respondió sus invectivas).

Y desde entonces, pese a que han existido algunas pocas voces aisladas que claman por una reformulación del Derecho de Familia,<sup>2</sup> los jueces ordinarios no han acogido ni dado protección especial a las

<sup>1</sup> Dejo a salvo, sin embargo, los aportes de Alex Plácido y de Enrique Varsi, como autores de monografías de elevado valor académico, y de algunos otros colegas cuyos nombres sería extenso enumerar. Algunos de aquellos trabajos que vale la pena considerar como verdaderos aportes son citados en este breve ensayo.

<sup>2</sup> VEGA MERE, Yuri. «¿Qué familia le espera al derecho en el siglo XXI?». *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, mayo del 2001, n.º 23; *Idem*. «La familia por venir: entre lo público y lo privado; entre la tradición y la modernidad (o lo disparatado)»; *Idem. Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*. 1<sup>a</sup>. Ed. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003; 2<sup>a</sup>. Ed., Colegio de Abogados de La Libertad, 2005.

familias monoparentales, a las uniones de hecho (limitándose a lo que dicen la Constitución y el Código Civil sin aplicar a los concubinos más derechos de aquéllos que se refieren a la sociedad de bienes que conforman), a las familias ensambladas ni a otras nuevas formas de agrupaciones que pugnan por ser familia, como es el caso de las uniones de homosexuales.<sup>3</sup>

Nuestros anhelos de encontrar eco en los Tribunales ordinarios se quedaron en ello, en anhelos.<sup>4</sup> Hemos criticado, inclusive, decisiones que recortan algunos derechos a los convivientes,<sup>5</sup> o bien la negativa de la Corte Suprema a reconocer alimentos entre los concubinos mientras conviven, para lo cual la Corte (fallo del 7 de junio de 1993) fingió que la unión de hecho había terminado pese a que los convivientes residían bajo la misma casa (¡y quién sabe si bajo el mismo lecho!).<sup>6</sup> Y públicamente, en charlas, nos han llamado la atención las sentencias del Supremo Tribunal recortando alimentos a la concubina abandonada cuando el exconviviente contrae nuevo matrimonio (llegándose a decir que lo mismo ocurriría si ingresare a una nueva unión no matrimonial).

También hemos sido testigos de cómo la Comisión de Constitución del Parlamento del gobierno de Alejandro Toledo incluyó en el Anteproyecto de una nueva Constitución (tenemos tantas que la memoria de un historiador podría fallar) derechos alimentarios y sucesorios que se

<sup>3</sup> VEGA MERE, Yuri. «La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales». *Revista Jurídica del Perú*, agosto 2002, pp. 234 y 235, Trujillo. El ensayo está recogido en mi libro citado en la nota 3.

<sup>4</sup> Mi trabajo sobre la unión de hecho, inicialmente publicado como ensayo en una revista de los estudiantes de la Pontificia Universidad Católica, está recogido como «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)», en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, 2<sup>a</sup>. Ed., pp. 103 y ss.

<sup>5</sup> Como, por ejemplo, al organizar su patrimonio con pactos similares a los de separación de bienes, véase VEGA MERE, Yuri. «Sobre el derecho de los convivientes a ordenar su patrimonio mediante acuerdos de separación de bienes y la urgencia de definir la llamada *sociedad de bienes* del concubinato. Y sobre la necesidad de modificar la jurisprudencia de la Corte Suprema»; publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia* y luego recogido en la segunda edición de mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, pp. 213 y ss.

<sup>6</sup> Véase la crítica en mi trabajo «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)», compilado en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, 2<sup>a</sup>. Ed., 2005, pp. 151 y ss.

retiraron luego en el Proyecto, pero que dieron origen a un intercambio de ideas reformadoras<sup>7</sup> y tradicionales.<sup>8</sup>

Las diversas Comisiones de Reforma del Código Civil (siempre sin resultados concretos) tampoco se han atrevido a darle mayor espacio a la unión de hecho y, claro está, nadie se ha atrevido a hablar del reclamo de los colectivos de *gays* y lesbianas y su derecho a contraer matrimonio o a adoptar,<sup>9</sup> aunque sí bajo el ámbito de las normas de protección a los consumidores por discriminación sustentada en dicha orientación sexual.<sup>10</sup>

Más allá de ello, ni el Poder Judicial ni el Poder Legislativo se han esforzado en esbozar el nuevo rostro de la familia. Ello no desconoce, claro está, los cambios normativos relacionados con los alimentos, el registro de deudores alimentarios morosos, los avances en las normas relativas a las pruebas genéticas para determinar o negar la paternidad/maternidad, en los cambios recientes, inclusive, relacionados con el divorcio no judicial que tiene otra interesante arista en la incorporación del divorcio por separación de hecho que proviene del año 2000. No obstante, insisto en que aún nadie se atreve a redefinir a la familia y sigue existiendo *law in books and law in action*.

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU ACERCAMIENTO A LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS

No fue ni el Legislativo ni la jurisdicción ordinaria la que se aproximó a las nuevas formas familiares. Lo hizo el Tribunal Constitucional.

Mediante Sentencia del 30 de noviembre de 2007, en la Causa n.º 09332-2006-PAICT, el Tribunal Constitucional se ocupó del reclamo de don Reynaldo Armando Shols Pérez, quien, casado en segundo

<sup>7</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio». *Legal Express*, año 2, n.º 19. Lima, julio del 2002.

<sup>8</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. ¿*Derechos hereditarios para convivientes?* *Legal Express*, año 2, n.º 19. Lima, julio del 2002.

<sup>9</sup> De reciente publicación, VEGA MERE, Yuri. «Homosexualidad, matrimonio y adopción». *Actualidad Jurídica*, tomo 170. Lima, enero 2008, pp. 45 y ss.

<sup>10</sup> AMAYA AYALA, Leoni Raúl. «La discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 115. Lima, abril 2008, pp. 17 y ss. SOSA SACIO, Juan Manuel. «Discriminación en el consumo por opción sexual. Una perspectiva desde el Derecho constitucional» en la misma Revista, pp. 27 y ss.

matrimonio con doña María Yolanda Moscoso García, había solicitado al Centro Naval del Perú [del cual era asociado] le otorgue (al igual que al hijo nacido de su segunda unión matrimonial) un carné familiar –en calidad de hija– a su hijastra (Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, hija de su esposa nacida de una anterior unión) y no un pase de invitada especial.

El Tribunal ordenó la emisión del carné a su hijastra bajo la equiparación con una hija biológica para viabilizar el acceso al Centro de recreación en cuestión.

Vale la pena revisar algunos pasajes o argumentos esgrimidos por el Tribunal, pues con este fallo la Corte incorporó al ordenamiento jurídico el concepto de familia ensamblada que no se encontraba recogido en norma alguna.

Más allá de las citas de normas supranacionales, el artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección.

De acuerdo con el Tribunal la acepción común de *familia* alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Usualmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Sin embargo, al encontrarse expuesta la familia a los nuevos contextos sociales, han asomado formas diversas como las uniones de hecho, las familias monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstruidas*.<sup>11</sup>

Aunque reconoce que no existe un acuerdo sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recomuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Según el Tribunal, son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. La nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como «la estructura

<sup>11</sup> La aparición de estas nuevas formas familiares la advertimos con bastante antelación en VEGA MERE, ¿Qué familia le espera al derecho en el siglo XXI?, ya cit. Puede verse, igualmente, HINESTROZA, Fernando. «Diversas formas familiares». En *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999, tomo I. pp. 207 y ss.

familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa».<sup>12</sup>

Como bien señala el Tribunal, por su propia configuración, estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo. Añade que las relaciones entre padrastras o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone.

Anota que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. De no reconocerse ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.

Esta afirmación es de enorme importancia. Y obedece a la necesidad de tomar el pulso al origen de la familia ensamblada.

No debe pasarse por alto que si hablamos de una familia recomuesta, ello alude a que uno o ambos miembros de la pareja estuvieron casados o unidos de hecho con otra persona, con la cual, uno o ambos, tuvieron uno o más hijos. La conformación de la familia reconstituida (por matrimonio o concubinato) implica, de suyo, un proceso de integración de hijos afines (o hijastros) a una familia<sup>13</sup> nueva tras la ruptura o el fracaso matrimonial o concubinario del grupo al cual perteneció<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Coincidien GROSSMAN, Cecilia e Irene MARTÍNEZ ALCORTA. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires, 2000, p. 35; RAMOS CABANELAS, Beatriz. «Regulación legal de la denominada familia ensamblada». *Revista de Derecho*, publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192; CASTRO PÉREZ TREVINO, Olga María. «El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional». *Jus (Jurisprudencia)*. Montevideo, marzo 2008, p. 30.

<sup>13</sup> Como bien lo precisa SIVERINO BAVIO, Paula. «Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shols Pérez». *Jus (Jurisprudencia)*, marzo, 2008, p. 79.

<sup>14</sup> Siempre *in crescendo*, según advierte CASTRO PÉREZ TREVINO, «El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional», *cit.*, p. 30.

y con el cual, pese a la crisis y sucesiva integración, no romperá jamás los lazos que lo unen.<sup>15</sup>

Además, como agudamente se ha observado, las segundas uniones o matrimonios ya no sólo provienen de la viudez;<sup>16</sup> provienen de divorcio y del nacimiento de hijos fuera del matrimonio,<sup>17</sup> de experiencias fallidas que marcan a los miembros del grupo familiar que, de alguna u otra manera, en su actuar cotidiano y en tanto se mantuvieron integrados, desarrollaron una serie de hábitos, códigos, usos, rituales, etc., y crearon un círculo o hábitat propio con valores comunes, con metas y aspiraciones basados todos en el afecto. De modo que la referida integración a un nuevo núcleo familiar encuentra, en no pocos casos [salvo el supuesto de hijos muy pequeños] cierta colisión de códigos y de costumbres pues las familias que se forma a partir de una o dos experiencias dramáticas también tienden a desarrollar una propia identidad. Esa identidad debe ser, en mi opinión, capaz de tolerar o convivir con las costumbres de los hijos provenientes de otras uniones, o fusionarse o ser una síntesis que resuma y condense la inicial colisión entre estilos de vida distintos.<sup>18</sup> Es a ello a lo que entiendo que apunta el concepto de identidad de la nueva familia cuando el Tribunal anota que en contextos en donde el hijastro o la hijastra se han asimilado debidamente al nuevo núcleo familiar, la diferenciación entre ellos y los hijos de la familia recomuesta deviene en arbitraria y contraria a los postulados constitucionales que obligan al Estado y a la comunidad a proteger a la familia, pues como añade, tanto el padrastro como el hijo afín, juntamente con los demás miembros de la nueva organización familiar, pasan a configurar una nueva identidad

<sup>15</sup> Es acertada, por ello, la afirmación que hace FERRANDO, Gilda. «Familias recomuestas y padres nuevos». *Derecho & Sociedad*, año XVIII, n.º 28, 2007, p. 313, cuando sostiene (al comentar una norma italiana que refleja la tendencia puerocéntrica del Derecho familiar) que «[...] la crisis de la pareja no puede afectar la relación entre padres e hijos, que es indisoluble y está destinado a perdurar por siempre».

<sup>16</sup> SIVERINO BAVIO, «Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shols Pérez», *cit.*, p. 77; FERRANDO «Familias recomuestas y padres nuevos», *cit.*, p. 312.

<sup>17</sup> LENSEL, Denis y Jacques LAFOND. «La famille à venir. Une réalité menacée mais nécessaire». *Economica*, París, 2000, p. 65.

<sup>18</sup> Lo que en palabras de LENSEL, Denis y Jacques LAFOND. *La famille à venir. Une réalité menacée mais nécessaire*, 2000, p. 66 es una paradoja pues «[...] on souligne que la famille recomposée a besoin pour se construire de s'institutionnaliser, alors qu'au même moment, on s'efforce de desinstitutionnaliser la famille traditionnelle, au point de lui faire perdre tous ses repères».

familiar. Además, en un acertado juicio sostiene la Corte Constitucional que la nueva identidad familiar resulta ser más frágil y difícil de materializar. Es por ello, que realizar una comparación entre el hijo afín y los hijos biológicos debilita la institución familiar, lo cual atenta contra lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual la comunidad y el Estado protegen a la familia.

Por lo demás, así como existen requisitos o notas características del matrimonio o de la unión de hecho, también la familia recompuesta debe exhibir ciertos rasgos, tales como los de habitar y compartir una vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Para el Tribunal tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín.

Precisamente por esa tutela especial que requiere la familia, sobre todo en el caso de las familias reconstituidas en las que la identidad familiar es de más difícil conformación (más frágil) debido a las propias circunstancias en las que éstas aparecen, el Tribunal consideró que la diferenciación de trato entre los hijastros deviene en arbitraria en circunstancias como la planteada en el caso Schols Pérez, reconociendo, de esa manera, que el derecho constitucional de asociación y la autonomía para la autorregulación no puede subordinar el otro principio constitucional de protección de la familia.

### 3. EL FUTURO DE LAS FAMILIAS ENSAMBLADAS. BREVE REFERENCIA A LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

La notable incorporación del concepto y de la protección de la familia ensamblada al ordenamiento por obra del Tribunal es un logro de enorme importancia. Pero es un primer paso. Aún quedan muchos aspectos por dilucidar que ya han sido objeto de atención en otras latitudes y sobre las cuales recién, a raíz del fallo del Tribunal Constitucional, la doctrina comienza a inquirir en nuestro medio.

Como bien dice Ferrando, los problemas son múltiples, en el orden patrimonial y personal.<sup>19</sup> Y, además (en línea con la misma autora) el tema de la familia que se recompone remite al tema, más general, de

<sup>19</sup> FERRANDO. «Familias recompuestas y padres nuevos», cit., p. 313.

las relaciones entre la familia y las instituciones de protección de los particulares al interior de las conformaciones sociales.

Y creo que es precisamente a esa protección a la que se debe una serie de respuestas en la legislación o jurisprudencia comparada, sin perjuicio de los aportes de la doctrina.

Debe quedar muy claramente divisado que nos encontramos ante una familia que requiere mirar lo que acontece al interior de ella y fuera de la misma; de una familia que se forma a partir de la pareja, pero que tiene una vocación inclusiva en la medida que pretende integrar al hijo o a los hijos de uno o de los dos cónyuges o convivientes, sin desconocer los vínculos biológicos con los padres que no viven con aquellos descendientes que pasan a ser parte de la familia recomposta. La reacción de cualquiera de ellos puede ser buena o no y las relaciones construirse de modo armónico o conflictivo, en cuyo caso el Derecho es el llamado a dirimirlos si los propios protagonistas no son capaces de hacerlo, ya sea permitiendo al hijo afín vivir con el progenitor biológico que no es miembro de la familia reconstituida o dando alguna otra solución que puede llegar a ser, inclusive, la decisión de permitir que el hijo no integrado a la nueva familia viva con parientes consanguíneos distintos a los padres.

Pero también debemos preguntarnos si cuando la familia ensamblada se integra de modo orgánico y llega a desarrollar una identidad propia que exhibe una interacción similar o igual a la del grupo que hemos calificado de «familia original»,<sup>20</sup> existe alguna posibilidad de conceder derechos o de imponer deberes de naturaleza personal o patrimonial a los «progenitores sociales» o progenitores afines. Como bien dice Ferrando, si la respuesta es afirmativa, se plantea el problema de coordinar tales atribuciones con las que correspondan al progenitor no conviviente.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Esta calificación es arbitraria, pero responde a la intención que se pretende demostrar: «La idea del pluralismo que preside e igualmente conduce a la idea que deben existir varias formas de familias, según la voluntad y elección de cada uno: familia tradicional *legítima* [que los autores entienden como la basada en el matrimonio], familia natural [que entienden no basada en el matrimonio], familia monoparental, familias recomuestas... en espera de la familia homosexual». LENSEL y LAFOND. *La famille à venir. Une réalité menacée mais nécessaire*, cit., p. 60.

<sup>21</sup> FERRANDO. *Familias recomuestas y padres nuevos*, cit., p. 317. Lo que plantea, además, el problema que LENSEL, Denis y Jacques LAFOND. *La famille à venir. Une réalité menacée mais nécessaire*, p. 66, llaman la «pluriparentalité»: «...L'enfant d'une famille recomposée

En los Estados Unidos de América, Walter Wadlington y Raymond C. O'Brien aluden al caso del Estado de Vermont, en el cual se decidió que los padres afines tienen el deber de dar asistencia a los hijastros, si éstos viven en la misma casa y los recursos del padre natural o adoptivo son insuficientes.<sup>22</sup>

También refieren que la convivencia y el soporte pueden motivar otro tipo de decisiones judiciales. Así, señalan que la Corte Suprema de Alaska ha resuelto que tales condiciones constituyen la base para considerar la relación entre padres e hijos afines para determinar la custodia, es decir, la posibilidad de que sea el padrastro quien reciba la custodia del hijo no biológico.<sup>23</sup>

Inclusive, Wadlington y O'Brien refieren que California permite los regímenes de visita entre padres e hijos afines si ello se concede teniendo en cuenta el interés superior del niño o niña. Similares derechos existen, afirman, en otros Estados, que no listan.<sup>24</sup>

Ferrando alude a la experiencia europea. Así, menciona el caso inglés contenido en la Chile Support Act de 1991 que prevé la imposición, por obra de los Tribunales, del deber de manutención a cargo del

aurait alors deux pères (deux mères), l'une biologique (celui dont il est né), l'autre *social* (qui lui a été donné par le remariage) dont les status seraient juridiquement définis». Esa *pluripaternidad* puede generar ambigüedades en los roles, pues como bien dice Olga Castro Pérez Treviño, los roles de los padres biológicos son claros; en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen las acciones del padre o madre afín. CASTRO PÉREZ TREVINO, Olga. *El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional*, cit., p. 30.

<sup>22</sup> WADLINGTON, Walter y Raymond O'BRIEN. *Family Law in perspective*. Nueva York: Foundation Press, 2001, p. 142: «The protection originated with statutes and Vermont's is indicative. It provides that a stepparent has a duty to support a stepchild if the stepchild resides in the same household and the resources of the natural or adoptive parents are insufficient to provide the child with reasonable necessities. The statute seeks to provide the stepchild with the same level of living as the natural children in the family. However, the stepparent needs only provide for the child for so long as the stepparent and the natural parent remain married».

<sup>23</sup> WADLINGTON, Walter y Raymond O'BRIEN. *Family Law in perspective*, pp. 142 y 143. Estos mismos autores refieren inclusive el uso de la famosa doctrina de la *equitable stoppel* (la posibilidad de oponer una situación preexistente como defensa o argumento, que se encuentra relacionada con lo que en el *Civil Law* se conoce como la doctrina de los actos propios) para, decidiendo siempre sobre la base del *best interest of the child*, si la custodia puede ser confiada a un *stepparent* y no al padre biológico debido a la relación que se ha establecido entre padre e hijo afín. Véase *op. cit.*, p. 171.

<sup>24</sup> WADLINGTON, Walter y Raymond O'BRIEN. *Family Law in perspective*, pp. 177 y 178.

progenitor social que ya haya mantenido de modo efectivo al menor. También alude al Código suizo y el deber recíproco que existe entre los cónyuges y frente a los hijos nacidos antes del matrimonio. Similar norma está contenida en el *Code Civil Français* (artículo 373-2).<sup>25</sup>

En la región suramericana encontramos el muy avanzando caso del Uruguay y su Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), tal como es comentado por Beatriz Ramos Cabanellas.<sup>26</sup>

Refiere esta autora que el art. 45 del CNA consagra el deber de asistencia familiar, constituido por los deberes a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos. También indica que en caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, éste será prestado subsidiariamente por los ascendientes más próximos y si no existieran o no estuvieran en condiciones, por el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. Sin embargo, el mismo art. 51 del CNA incluye el caso de los convivientes para que el concubino o concubina asuma el rol de deudor subsidiario respecto de los hijos del otro integrante de la pareja.<sup>27</sup> También señala que el art. 38 del CNA permite al padre afín, tras la ruptura de la unión, pedir un régimen de visitas.<sup>28</sup>

Olga Castro Pérez Treviño alude a la experiencia argentina<sup>29</sup> y dice, con acierto, que el Tribunal Constitucional no ha llenado el vacío que presenta nuestro ordenamiento, pues, en efecto, como lo hemos adelantado, se trata de un primer paso, pero todas las interrogantes formuladas (y respondidas en otras experiencias), aún quedan pendientes de una necesaria respuesta orgánica.<sup>30</sup> Y es que, como bien afirma Paula Siverino, siguiendo a Germán Bidart, la familia no puede pertenecer más a la provincia del Derecho privado; los aportes del Derecho público, tanto desde el Derecho constitucional como desde el Derecho

<sup>25</sup> FERRANDO. *Familias recomuestas y padres nuevos*, cit., p. 317.

<sup>26</sup> RAMOS CABANELLAS, Beatriz. *Regulación legal de la denominada familia ensamblada*, pp. 197 ss.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 198 y 199.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 205 y 206.

<sup>29</sup> CASTRO PÉREZ TREVINO, Olga. *El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional*, p. 39.

<sup>30</sup> Como también lo afirma VELARDE BOLAÑOS, Rosa. «Los míos, los tuyos y los nuestros. De la comedia familiar al reconocimiento judicial». *Jus (Jurisprudencia)*. Lima, marzo 2008, pp. 44 y 45.

internacional al Derecho de familia ya no dejan espacio para que se deje todo en las manos del Derecho privado, pues ahora la familia tiene otros parámetros y normas vinculantes.<sup>31</sup>

En conclusión: las bases aún no existen, pero gracias al Tribunal el tema ha sido puesto sobre la mesa de debate quedando pendiente, como dijimos, una respuesta orgánica a los complejos problemas que plantea la familia ensamblada. Ése parece ser el futuro de las familias recomuestas que estimo asomarán ahora con mayor soltura y confianza y pasarán a ser protagonistas de una era que tiende a reconocer modelos familiares que no se conforman con ser constreñidos al concepto tradicional de familia que mantiene la legislación civil.<sup>32</sup>

#### 4. LA UNIÓN DE HECHO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En los últimos años he sostenido, en diversas ocasiones, la necesidad de dar un mayor espacio y un mejor tratamiento a la unión de hecho.<sup>33</sup>

La familia es tal vez la única institución social que ha estado presente en todas las culturas y civilizaciones a pesar de que lo haya hecho de diversas formas. No ha escapado al influjo de los cambios sociales que alteran su estructura o funciones, dado que no ha podido ser impenetrable o insensible a las transformaciones de su entorno.<sup>34</sup>

Tubert considera que uno de los aspectos más relevantes que incidieron en la transformación de la familia es la crisis del matrimonio, que se manifiesta en la decadencia de su contenido institucional (registro de las uniones) y ritual (ritos sociales, religiosos y civiles que las acompañan). Según la autora, el número de uniones legales disminuye en razón de las relaciones prácticas y simbólicas que los individuos mantienen con

<sup>31</sup> SIVERINO, *Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shols Pérez*, cit., p. 73.

<sup>32</sup> Y es que, aunque el Código Civil regule, en un único artículo a la unión de hecho (artículo 326), siempre he sospechado que lo hizo por herencia e imposición de la Constitución de 1979, pero no creo que por convicción del autor de la Ponencia.

<sup>33</sup> Para una mejor comprensión, véase VEGA MERE, «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)», en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, 2<sup>a</sup>. Ed., pp. 103 y ss.

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo. «Análisis y perspectivas sociodemográficas de las uniones de hecho». En *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*. AA.VV. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1999, pp. 5 y 7.

la institución familiar al tiempo que se debilita el carácter sagrado de las formas más ritualizadas del matrimonio. Ello responde, afirma Tubert, a los cambios económicos, demográficos y sociales. Para la misma autora, desde un punto de vista ideológico, el avance del matrimonio por amor llega al punto de liquidar al matrimonio mismo por cuanto opone la exigencia de sinceridad del compromiso interpersonal al formalismo de las convenciones.<sup>35</sup> Continúa diciendo Tubert que una de las mayores evoluciones de los últimos años es el cambio de actitud de las mujeres con respecto a las formas de establecerse socialmente: el matrimonio ya no es la forma principal de establecimiento social para ellas, como lo era hace treinta años. Ahora aspiran a preservar su autonomía en la orientación de su trayectoria vital y profesional. Existe rechazo al matrimonio debido a que de éste se deriva la división tradicional de los roles sexuales y, según afirma, en expresión que resulta de elevado interés: «...la adopción de la vida en pareja no tiene un carácter fusional sino que pretende ser asociativa y reversible».<sup>36</sup>

La erosión del modelo tradicional de familia basada en el matrimonio también tiene relación con los afectos. Bien dice Julio Iglesias de Ussel que los elementos considerados esenciales de la vida familiar de hoy son históricamente muy recientes, tienen un pasado muy corto: la elección de la pareja por los propios contrayentes, la selección fundada en el amor, la legitimación social para la ruptura en caso de desaparición de los afectos de la pareja, etc.<sup>37</sup> ¿Es posible encontrar esos amplios espacios de elección hoy en día sin necesidad de recurrir al matrimonio si en el pasado éste prescindió, con frecuencia, de la opinión y los sentimientos de la pareja, al concertarse las nupcias por terceros y no por los propios interesados?

En el escenario actual de la familia se advierte el reconocimiento y reivindicación del pluralismo. Como dice Iglesias de Ussel, se ha pasado de una configuración monolítica de la familia a otra pluralista en la que las distintas modalidades de articular la vida familiar –cohabitación o matrimonio, hijos dentro o fuera del matrimonio, familias biparentales

<sup>35</sup> TUBERT, Silvia. «Introducción al volumen dedicado a *Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones*». En *Revista de Occidente*, n.º 199. Madrid, diciembre 1997, p. 7.

<sup>36</sup> TUBERT. «Introducción» al volumen dedicado a *Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones*. cit., pp. 7 y 8.

<sup>37</sup> IGLESIAS DE USSEL, Julio. «Crisis y vitalidad de la familia». En *Familias y parejas: paradojas y nuevas opciones*. *Revista de Occidente*. Madrid, diciembre 1997, n.º 199, pp. 22.

o monoparentales, uniones heterosexuales u homosexuales — reclaman legimitidad social y, en ocasiones, regulación legal. Como anota este autor: «El reconocimiento del pluralismo supone la ruptura con el anterior tipo único de familia, con una fuerte protección legal y —en parte— social, que situaba cualquier otra modalidad de convivencia fuera de la legalidad cuando no condenada penalmente».<sup>38</sup> Pluralismo que ha alimentado la imagen de crisis del modelo único.<sup>39</sup>

Al lado del pluralismo, es claramente perceptible que el profundo cambio en el modelo familiar único es sostenido por algunos en la fórmula *la familia para el individuo* y no, como ocurría en el pasado, *el individuo para la familia*,<sup>40</sup> que muestra la diferencia entre la familia-institución (el matrimonio), que es considerada como un valor en sí mismo, portadora de intereses colectivos que subordinan los individuales, y la «nueva» familia que emerge de una nueva visión de la misma como lugar privilegiado de afirmación y realización de la personalidad de los individuos,<sup>41</sup> como espacio de afectos de sus miembros, reservado a satisfacer las necesidades de seguridad existencial y de relaciones sociales y emocionales que se signa como un proceso de progresiva interiorización o privatización del grupo.<sup>42</sup>

Las uniones de hecho, gracias al pluralismo en materia familiar, no son más enjuiciadas con recelo, reprobación moral y jurídica, especialmente en el mundo occidental.<sup>43</sup> Existe una consideración más positiva del fenómeno, mayor tolerancia, más aceptación. Finalmente, se trata de una realidad ineludible, inocultable.

Los individuos se «juntan» de distintas maneras según encuentren su satisfacción, y ello resulta «herético» en términos de la vida matrimonial típica pensada como «base de la organización social».<sup>44</sup>

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>40</sup> BILE, F. «La famiglia di fatto: profili patrimoniali». En *La famiglia di fatto. Atti del Convegno Nazionale di Pontremoli*, Montereggio, 1977, p. 71.

<sup>41</sup> ASTONE, María. «Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzione e prospettive». En *Il Diritto di famiglia e delle persone*. Fasc. 4. Milán: Giuffré, 1999, p. 1463.

<sup>42</sup> DEL DOTTO, Brunella. «Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio». En *Il Diritto di famiglia e delle persone*. Fasc. 2-3. Milán: Giuffré, 1999, p. 876.

<sup>43</sup> DEL DOTTO, *Sui rapporti patrimoniali tra conviventi more uxorio*. cit., p. 879.

<sup>44</sup> LORENZETTI, Ricardo. «Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales». *Actualidad Jurídica*, Publicación mensual de Gaceta Jurídica. Lima, febrero 2001, tomo 87, p. 45.

La unión matrimonial sexual y la reproducción han dejado de ser el único modelo;<sup>45</sup> surge una «atipicidad» que viene dada por las múltiples relaciones que no se ajustan al modelo como ocurre, por ejemplo, con las uniones de hecho, que incide en el concepto mismo de familia.<sup>46</sup>

El matrimonio, por otro lado, no fue siempre el prototipo de unión verdaderamente libre. En la Europa del medioevo y de las monarquías fue un medio de alianzas para conservar el poder de los gobernantes (y distribuirse geográficamente el continente y las colonias) y, fuera de las relaciones de poder, las nupcias eran utilizadas como instrumento de consolidación de patrimonios sin importar los afectos de los contrayentes. La idea del amor como justificación aparece recién en el siglo XVIII, pero ello no desechó seguir recurriendo a la institución como una forma de crecimiento de las riquezas familiares,<sup>47</sup> cuestión que, como es claro, no aplicaría a los descartados, al proletariado, diría Karl Marx. Asistimos, quiérase o no, a una etapa en la que se redimensiona los afectos —la *affection maritalis*— como fundamento de la vida en común, exista o no vínculo conyugal.

Por ello es que festejamos la sentencia del Tribunal Constitucional en la causa seguida por doña Janet Rosas Domínguez (Exp. n.º 06572-2006-PA/TC) del 6 de noviembre de 2007, en la que se concede derecho a la pensión de viudez en el Derecho público (bajo el régimen de la Ley n.º 19990) ampliándose dicho derecho que el Sistema Privado de Pensiones sabiamente siempre reconoció, como lo dejamos sentado en nuestro trabajo dedicado a la unión de hecho.<sup>48</sup>

Pero más allá de festejar tal logro, son algunos de los argumentos de la sentencia los que vale la pena destacar.

Con acierto, el Tribunal contralor de la constitucionalidad afirma (argumento 8 de los antecedentes) que «[...] el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio [...].».

<sup>45</sup> *Idem. Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales*, cit., p. 46.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>47</sup> MÉCARY, Caroline y Flora LEVOY-FORGEOT. *Le Pacs*. París: Press. Universitaires de France, 2000, pp. 36-37.

<sup>48</sup> VEGA MERE, Yuri. «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)» en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, 2<sup>a</sup>. Ed., p. 177.

Afirma (argumento 9) que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia además de sus diversos tipos. «Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX –afirma– han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión [...]. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la familia tradicional nuclear como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas».

Por ello añade (argumento 11) que: «[...] No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado sólo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existe una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto de la familia trasciende al matrimonio [...]».

Para la Corte, el reconocimiento constitucional de la familia de hecho (argumento 13) implica reconocer ciertos efectos jurídicos entre quienes la conforman.

Tras desarrollar los requisitos de una unión de hecho, sobre los cuales no me detendré (véase los argumentos 16, 17, 18 y 19), llega a la consideración de resaltar que aquélla genera efectos patrimoniales y personales como, por ejemplo, el deber de fidelidad.

Sin embargo, creo que el argumento de mayor elaboración y contundencia relacionado con las consecuencias que se derivan de la familia de hecho se contiene en el considerando 22 cuando el Tribunal Constitucional afirma: «De igual modo, sería una interpretación bastante constreñida de la Constitución el concebir que en la unión de hecho no exista, por ejemplo, obligación de cooperación o de tipo alimentaria. Contémpiese sino la situación en que uno de los convivientes requiera los auxilios pertinentes del otro por caer enfermo [...]», para concluir (con el argumento 23) que: «[...] debe enfatizarse que la unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes. Por ejemplo, es muy común que se dé el caso en donde uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que la pareja, se desarrollará en el espacio profesional, cumpliendo la tarea de brindar los medios económicos que sustenten la vida en comunidad. Esta sinergia incluye, pues, un deber de asistencia mutua».

Me atrevería a decir que ambos argumentos son herramienta suficiente para que la jurisdicción ordinaria y la Corte Suprema varíe su posición respecto al derecho a los alimentos entre los concubinos mientras ellos viven juntos y no únicamente cuando se produce la extinción de la convivencia por abandono unilateral.<sup>49</sup> En otros términos, y más allá de la discusión de si se trata de un *obiter dicta* o *dictum*, y no necesariamente de la *ratio decidendi*,<sup>50</sup> tales argumentos constituyen una declaración de derechos que no debe pasar inadvertida.

Cuando luego el Tribunal aborda el derecho a la pensión de supervivencia señala que ella tiene como finalidad preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, dado que la propia convivencia, en palabras del Colegiado, genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes que da derecho al concubino supérstite a solicitar pensión de viudez (que además favorece a la descendencia).

En suma, la sentencia constituye no sólo un viraje respecto de la posición que en casos anteriores había sostenido el Tribunal Constitucional sino también un importante salto de calidad en el tratamiento jurídico de los derechos entre los concubinos que remueve los cimientos de las posiciones conservadoras y tradicionalistas respecto de la familia de hecho al fortalecer la tutela que aquélla merece a la luz del principio de protección constitucional de la familia (artículo 4 de la Carta).

## 5. IDEAS CONCLUSIVAS

Creo que podemos sentirnos satisfechos de los pasos dados por el Tribunal Constitucional en las dos sentencias que han sido comentadas.

Reitero que el Derecho de Familia no se quedó «congelado», afortunadamente, en el texto de las normas del Código Civil. Algunos cambios importantes han sido obra de acciones dispersas del Congreso

<sup>49</sup> Véase ampliamente, VEGA MERE, Yuri. «Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)», en mi libro *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia*, 2<sup>a</sup>. Ed., pp.146-153.

<sup>50</sup> En lo personal, sí considero que muchos de los argumentos de la sentencia bajo comentario deben mirarse en conjunto para formar colectivamente la *ratio decidendi*. Los argumento 22 y 23 forman parte de dicho *holding* como se denomina a la razón fundamental de un fallo en el *Common Law*.

(o de algunos parlamentarios), lo que ha dado un toque de actualidad a una obra que, como lo he comentado sin ánimo de desconocer la labor de su autor, en mi opinión no fue revolucionaria ni reformista, dado que el Libro de Familia del Código Civil siempre tuvo un inocultable sello de continuidad y conservadurismo. Pero nadie se había atrevido, como hasta hoy, a incorporar al ordenamiento nuevas formas familiares que nos circundan hace tanto tiempo ni a declarar mayores derechos a favor del concubinato bajo el temor de ser condenado por no privilegiar el tratamiento jurídico del matrimonio.

A esa situación hemos llegado gracias a la labor del Tribunal aunque, como también ha sido señalado, recién se ha dado un primer paso en el caso de las familias recomuestas y apenas comienza a erosionarse el estrecho y diminuto régimen de la unión de hecho en espera de una más completa protección por ser una de las varias formas familiares que convive con otras en las sociedades pluralistas como la nuestra.

# **Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law***

*Rómulo Morales Hervias\**

SUMARIO: 1. *Propósito.*- 2. *Razones de la supuesta inutilidad de la causa del contrato.*- 3. *La doctrina de la «consideration», la causa abstracta y la causa en concreto.*- 4. *Conclusión.*

## **1. PROPÓSITO**

La causa del contrato es un tema que produce muchas reacciones en la doctrina y en la praxis. Su inutilidad o utilidad dependen si este instrumento conceptual es apto para resolver problemas jurídicamente relevantes del Derecho, dado que el mundo de hoy está en incessantes cambios, además de la globalización de la economía.

En el Perú la jurisprudencia no ha utilizado este concepto como en las experiencias jurídicas francesas e italianas las cuales lo usan frecuentemente. Varios factores explican

---

\* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad di Roma «Tor Vergata». Diplomado en Derecho Romano; y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma «La Sapienza». Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.

este silencio tanto de los operadores jurídicos como en los jueces y en los árbitros: el desconocimiento de la teoría del negocio jurídico, la importación desordenada de normas jurídicas, la falta de una doctrina civil consolidada, la ausencia de una regulación objetiva acerca de la causa del contrato en nuestro Código Civil (en adelante, CC), el inexistente hábito de usar el método comparado y la formación deficiente de los profesionales del Derecho. Este último factor adquiere mayor relevancia ante una realidad incontestable: la multiplicidad de facultades de Derecho en nuestro país no necesariamente implica una inversión en la contratación de profesores de Derecho Civil de alta calidad.

En resumen, existe la ausencia de un desarrollo armónico entre la teoría y la praxis sobre la causa del contrato.

En ocasiones cuando se trata de *causa* se hace alusión a la *causa de la obligación*, a la *causa de la atribución patrimonial* o a la *causa del contrato*.

En lo que se refiere a la *causa de la obligación*, es la fuente de la relación jurídica, es decir, al hecho que la genera y, al mismo tiempo, al derecho del acreedor y la obligación del deudor (una de estas causas puede ser la del contrato). *Causa de la atribución patrimonial* se refiere a la búsqueda de la justificación de un traslado de la riqueza. Si un sujeto se enriquece sin una justa causa a costa de otro que se empobrece, este último debe pedir una indemnización [*indennizo*] (o la restitución de una cosa determinada), pero sólo cuando no sea posible ejercitar otras acciones; en efecto, la acción general de enriquecimiento es subsidiaria.<sup>1</sup> La causa del contrato no debe confundirse con los anteriores conceptos.

Otros confunden o identifican la causa con la *consideration* o con la *causa abstracta*. Más adelante nos encargaremos de subsanar estas equivocaciones.

Por otro lado, existe una tendencia mayoritaria en la doctrina y en los proyectos de codificación de abandonar el concepto de la *causa del contrato* y preferir tratar de contenido del contrato tal y como se utiliza en el Derecho alemán así como en el sistema jurídico del *Common Law*.

En efecto, se ha expresado que si el término *causa* simplemente se refiere al contenido del contrato como un todo, este debería ser abandonado

<sup>1</sup> CHECCHINI, Aldo. «Gli elementi essenziali del contratto». En CHECCHINI, Aldo y Giuseppe AMADIO. *Lezioni di diritto privato*. Turín: Giappichelli, 2007, p. 172.

ya que no habría diferencia entre un contrato nulo con contenido ilícito y un contrato nulo con causa ilícita.<sup>2</sup> Otros han manifestado que no cambiaría nada si en lugar de causa ilícita se dice que el contrato es ilícito.<sup>3</sup>

Todo lo anterior adquiere mayor realce cuando se regula el objeto ilícito y la causa ilícita. Por ello se opina que esta última distinción es artificiosa. En tal sentido es suficiente decir que un contrato es nulo en la medida que valorando su contenido y las circunstancias concomitantes, incluida la motivación de las partes, es contrario a los parámetros de valor de la ley y de la buena costumbre.<sup>4</sup>

Dentro de esta perspectiva, la *cause* de la experiencia jurídica francesa incluye las finalidades e intenciones que las partes han perseguido con la estipulación del contrato en cuestión y que son consideradas también por el juez alemán o inglés. Mientras en Alemania y en Inglaterra es el contrato mismo que se coloca en contraposición con la buena costumbre o con la ley, el juez francés expresa este juicio con referencia a su *cause*. En todo caso, todos los ordenamientos prevén la nulidad de un semejante contrato; en este contexto, por tanto, la noción de *cause* aparece superflua.<sup>5</sup>

Al contrario de estas posiciones, estamos convencidos de que el concepto de causa del contrato es un signo distintivo que nos diferencia de los alemanes y de los anglosajones. Su utilidad dependerá de que en el futuro se use este concepto y a la larga sea nuestra carta cultural de presentación frente a otras experiencias jurídicas.

## 2. RAZONES DE LA SUPUESTA INUTILIDAD DE LA CAUSA DEL CONTRATO

El problema del entendimiento de la causa del contrato en el mundo moderno y postmoderno nace de la confusión entre causa de la obligación y causa del contrato.

<sup>2</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Reimpresión de la 1.<sup>a</sup> Ed. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 553.

<sup>3</sup> DIURNI, Amalia y Dieter HENRICH. *Percorsi europei di diritto privato e comparato*. Milán: Giuffrè Editore, 2006, p. 198.

<sup>4</sup> ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*. Tomo II: *Istituti*. Milán: Giuffrè Editore, 1995, p. 80.

<sup>5</sup> KÖTZ, Hein y Salvatore PATTI. *Diritto europeo dei contratti*. Milán: Giuffrè Editore, 2006, pp 111-112.

El Código Civil Francés de 1804 legislativamente reguló ambos conceptos.<sup>6</sup> En el artículo 1108 se indica que la causa lícita en la obligación como uno de los cuatro requisitos esenciales para la validez de un contrato. En el artículo 1131 se dice que la obligación no tendrá efecto por ausencia de causa, causa falsa y causa ilícita. El acuerdo no será válido aunque la causa no se haya expresado según el artículo 1132. Y en el artículo 1133 se menciona que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

El *Avant-projet de reforme du droit des obligations* incurre en equivocaciones insalvables. Por un lado, se señala que la convención es válida cuando tiene una causa real y lícita que la justifica conforme al artículo 1124. Ahora se utiliza la expresión *causa del compromiso*. Según la Corte de Casación francesa para justificar la anulación del contrato basta con que una de las partes se hubiera propuesto un fin ilícito o inmoral, aun cuando la otra parte lo ignorara<sup>7</sup> tal como se propone en el artículo 1126-1. Otras dos normas causan mucha incertidumbre. En el artículo 1125 se propone que el compromiso carece de justificación, por ausencia de causa real, cuando, desde su origen, la contraprestación convenida es ilusoria o irrisoria. Y luego, en el artículo 1126, se indica que el compromiso carece de justificación por falta de causa lícita, cuando se contrae, a lo menos por una de las partes, con una finalidad contraria al orden público, a las buenas costumbres o, más genéricamente, a una regla imperativa. Ya no se habla de causa de la obligación, pero ahora se usa la denominación causa real. Además, se propone que el motivo subjetivo ilícito puede anular el compromiso. Por último, también se imputa la licitud a la prestación<sup>8</sup> en el primer párrafo del artículo 1121-2.

De lo revisado en materia de causa en el anteproyecto, estamos convencidos de que estas reglas no son exportables a pesar del entusiasmo de la doctrina francesa.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Traducción de Jorge Guerrero. Reimpresión, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, vol. I, pp. 357-362 y 390-402.

<sup>7</sup> GHESTIN, Jacques. «Validez-Causa (arts. 1124 a 1126-I)». En *Del Contrato, de las obligaciones y de la prescripción, Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil Francés, Libro III, títulos III y XX*. Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 71.

<sup>8</sup> FERRI, Giovanni Battista, «L'avant-projet di riforma dei Titoli Tre e Quattro del Libro Terzo del Code Civil». En *Europa e diritto privato*, 1. Milán: Giuffrè Editore, 2006, p. 43.

<sup>9</sup> MAZEAUD, Denis. «Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones y de la Prescripción en el Código Civil Francés». Traducción de Ana María Canedo Pastor. *Athina, Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, año 2, n.º 3, Lima, 2007, p. 18.

Los párrafos 134 y 138 (primer párrafo) del Código Civil alemán de 1900 mencionan que el negocio jurídico será nulo si contraviene una prohibición legal o que atente contra las buenas costumbres. La doctrina alemana conviene en que estos negocios jurídicos son ilícitos y, por consiguiente, nulos por su contenido.<sup>10</sup> Prescinden de usar la causa ilícita del Derecho francés.

Luego, el Código Civil italiano de 1942 reguló la causa como uno de los cuatro requisitos del contrato en el numeral 2 del artículo 1325. En el artículo 1343 indica que la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. La causa se reputa ilícita cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa. Aquí se norma al contrato en fraude a la ley en el artículo 1344. En el artículo 1345 se expresa que el contrato es ilícito cuando las partes son determinadas a celebrarlo exclusivamente por motivos ilícitos que ambas tengan en común. El objeto del contrato debe ser posible y lícito según el artículo 1346. El primer párrafo del artículo 1354 dice que es nulo el contrato si la condición, suspensiva o resolutoria, es contraria a normas imperativas o al orden público o a las buenas costumbres. Por el contrario, el segundo párrafo del artículo 1354 establece que la condición suspensiva imposible hace nulo el contrato, si la condición resolutoria imposible se tiene por no puesta.

Asimismo, el artículo 1418 del Código Civil italiano norma otras patologías contractuales. El contrato es nulo si el mismo es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario. También cabe la nulidad del contrato por la falta de alguno de los requisitos (acuerdo, causa, objeto y la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad), por la ilicitud de la causa, por la ilicitud de los motivos y por la falta de los requisitos (posibilidad, licitud y determinado o determinable) del objeto.

<sup>10</sup> LEHMANN, Heinrich. *Parte general*. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M<sup>a</sup> Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, vol. I, pp. 246-247. FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. 4<sup>a</sup> Ed., no modificada. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 409-474. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil (Parte General)*. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol. 3<sup>a</sup> Ed. española a partir de la 39<sup>a</sup>. Ed. alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso. Barcelona, 1981, parte II, vol. II, pp. 603-632.

Finalmente, hay nulidad del contrato en los demás casos establecidos por la ley.

En la Casación, Sección Tributaria, de 14 de noviembre de 2005, n.º 22932 se declaró la nulidad de un contrato de constitución de usufructo de acciones por defecto de causa porque el usufructuario no obtenía ninguna ventaja económica. La Suprema Corte de Casación italiana determinó que el contrato contenía un irrazonable desequilibrio en detrimento del usufructuario que no obtenía ninguna ventaja económica, mientras que el *nudo* propietario obtenía una ventaja fiscal mediante la elusión del régimen fiscal determinado. Expresó que la existencia de la causa debe ser buscada en la equivalencia de las prestaciones o en la razón justificativa de cualquiera de ellas. Pensamos que en realidad la causa era la obtención de una ventaja económica a través de la elusión fiscal.

La Casación, Sección III, de 8 de mayo de 2006, n.º 10490, es una de las sentencias más emblemáticas sobre el actual concepto de causa que se utiliza en la jurisprudencia italiana. Para la Suprema Corte de Casación italiana la causa es la síntesis de los intereses reales que el contrato mismo está dirigido a realizar en la dinámica contractual. La causa es la función individual del particular y específico contrato. En el caso particular se declaró la nulidad del contrato de consultoría a favor de una sociedad por el presupuesto que la actividad a la cual se obligaba el consultor ya era objeto de su actividad de administrador de la sociedad, con la consecuente ausencia de justificación concreta del contrato. La corte entendió que la causa del particular contrato era el intercambio de la actividad de consultoría y de la compensación económica. El defecto de la causa era que tal actividad ya era desarrollada en cumplimiento de sus deberes como administrador.

El concepto de causa que prevalece hoy en Italia es la noción de causa en concreto.<sup>11</sup> La causa entendida como razón del negocio o función económico-individual perseguida por las partes a través del concreto reglamento de intereses, constituye un elemento esencial del contrato lógicamente inexcluible.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Para una descripción y adhesión de esta concepción, véase MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, pp. 267-297.

<sup>12</sup> MANTELLO, Marco. *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*. Nápoles: Jovene Editore, 2003, p. 334.

El Código Civil portugués de 1966 norma la condición ilícita en el numeral 1 del artículo 271. El negocio jurídico es nulo cuando está subordinado a una condición contraria a la ley o al orden público, u ofensiva de las buenas costumbres. Igualmente el negocio jurídico es nulo si está sujeto a una condición suspensiva que sea física o legalmente imposible según el numeral 2 del artículo 271. En esta misma norma se establece si el negocio jurídico está sujeto a una condición resolutoria imposible, se tiene la condición como no puesta.

En el Código Civil de Portugal existen otros supuestos de ilicitud y de imposibilidad. En el numeral 1 del artículo 280 se menciona que el negocio jurídico es nulo cuando el objeto es legalmente imposible o contrario a la ley. También en el numeral 2 del artículo 280 regula la nulidad del negocio jurídico cuando es contrario al orden público u ofensivo de las buenas costumbres. Por último, el negocio jurídico es nulo cuanto el fin común a ambas partes del negocio jurídico es contrario a la ley o al orden público, u ofensivo de las buenas costumbres al amparo del artículo 281.

Es claro que el código portugués ha tenido una doble influencia. La alemana, al seguir la definición del objeto del negocio jurídico como el contenido del negocio jurídico,<sup>13</sup> y la italiana, al regular el fin común ilícito.<sup>14</sup>

Este panorama no es óptimo para proponer un desarrollo claro del concepto de causa del contrato. Es incomprensible diferenciar entre causa lícita en la obligación, causa del compromiso, ausencia de causa, causa falsa, causa irreal, motivo subjetivo ilícito y causa ilícita. El contenido ilícito del negocio jurídico es muy impreciso para aplicarlo a casos concretos.

También se hace difícil distinguir la causa ilícita, el contrato en fraude a la ley, los motivos ilícitos, el fin común ilícito, el objeto imposible, el objeto ilícito, la condición ilícita, la condición imposible, la nulidad del contrato por ser contrario a normas imperativas, la nulidad

<sup>13</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria geral do direito civil*. 3<sup>a</sup>.Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 417. OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José. *Direito civil, Teoria geral*. Vol. II: Acções e factos jurídicos. 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 105. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4<sup>a</sup>. Ed. por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 553.

<sup>14</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO DE. *Op. cit.*, p. 134. HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 525.

del contrato por la falta de alguno de los elementos del contrato y la nulidad del contrato en los demás casos establecidos por la ley.

Ante este panorama confuso es evidente que nuestra doctrina es esotérica, es decir, que es de difícil entendimiento.<sup>15</sup>

Comprensiblemente nuestra jurisprudencia sigue el mismo camino de desorientación.

La Casación n.º 2293-2001-Lima de 1 de octubre de 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia señaló que el fin en el acto jurídico debe ser entendido como la causa final, es decir, como el resultado que las partes aspiran a tener con el acto, el resultado perseguido por la voluntad consciente y deliberada (Séptimo Considerando). Este concepto confunde causa abstracta con causa en concreto como lo veremos más adelante.

La Casación n.º 1201-2002-Moquegua de 24 de octubre de 2003, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia indicó que la causa del contrato es el motivo común a las partes contratantes (Sexto Considerando). Aparentemente se adhiere a los modelos italiano y portugués.

La Casación n.º 939-2004-Lima de 19 de julio de 2005, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia definió a la finalidad o al fin

---

<sup>15</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del acto jurídico*. 3<sup>a</sup>. Ed. aumentada y corregida. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1964, p. 13 (objeto lícito y posible). LOH-MANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2<sup>a</sup>. Ed. Lima: Librería Studium, 1987, pp. 62-63 (licitud y posibilidad jurídica del objeto), 66-77 (finalidad), 229-234 (condición ilícita e imposible) y 396-401 (objeto jurídicamente imposible y finalidad ilícita). TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 2<sup>a</sup>. Ed. Lima: Idemsa, 2001, pp. 232-237 (licitud del objeto), 237-239 (posibilidad jurídica del objeto), 299-300 (causa ilícita), 458-462 (condición ilícita e imposible) y 697-698 (imposibilidad jurídica del objeto e ilicitud del fin). VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 6<sup>a</sup>. Ed. Gaceta Jurídica, 2005, p. 122 (posibilidad jurídica del objeto), 128-129 (fin o finalidad ilícita), 372-374 (condiciones impropias) y 493-494 (imposibilidad jurídica del objeto e ilicitud de la finalidad). Se manifiesta que el fin lícito consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que ésta, partiendo del motivo del o de los contratantes, se dirija, directa y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos. Aquí se confunde los conceptos de manifestación de la voluntad y de fin. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio Jurídico y contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, pp. 332-335 (objeto jurídicamente imposible) y 335-340 (fin ilícito). MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil Peruano. Curso teórico, histórico y comparativo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 120-121 (posibilidad jurídica del objeto), 123-137 (fin lícito), 208-211 (condiciones impropias) y 333-334 (imposibilidad jurídica del objeto e ilicitud del fin).

lícito como la orientación que se da a la manifestación de la voluntad, esto es, que esta se dirija directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos; vale decir, a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, las cuales deben ser lícitas y, por tanto, amparadas por el ordenamiento jurídico (Segundo Considerando). Luego se expresó que la ilicitud del acto jurídico se va a producir cuando los efectos jurídicos generados por la manifestación de la voluntad no pueden recibir el amparo del derecho objetivo por contravenir el orden legal (Cuarto Considerando). Aquí no se dice nada acerca de la causa, sólo se menciona que la causa es la declaración de voluntad dirigida a la mutación de efectos jurídicos.

La causa es un sinécdoque,<sup>16</sup> es decir, es un tropo que designa un todo (género) con el nombre de una de sus partes (especie) o viceversa. Ello sucede con la definición de contrato. El CC al definir el contrato en el artículo 1351 no menciona a la causa. Ello también sucede en los códigos civiles de Francia y de Italia. Sólo se define al contrato como acuerdo como si ese elemento fuese el único. Además, la causa es un término que contiene un problema lingüístico porque contiene múltiples sentidos que pueden ser atribuidos al único término de causa, y una pluralidad de contenidos de cualquiera de ellos.<sup>17</sup> Por ejemplo, muchos identifican erróneamente la causa del contrato con la causa de la obligación, con la causa de la atribución patrimonial, con la *consideration* y con la causa abstracta.

Además de la problemática del término causa existe una gran confusión entre imposibilidad jurídica e ilicitud.<sup>18</sup>

Para algunos la posibilidad y la licitud se aplican a la prestación. De ahí que la prestación debe tener un contenido patrimonial y el objeto de la prestación debe ser posible, lícito, determinado o determinable.<sup>19</sup>

Así, el objeto imposible se refiere a la imposibilidad originaria. Esta imposibilidad es objetiva y absoluta en el sentido de que la prestación

<sup>16</sup> ROLLI, Rita. «Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta». En *Contratto e impressa*, n.º 2, año 23. Padua: Cedam, 2007, p. 424.

<sup>17</sup> ROLLI, *op. cit.*, p. 426.

<sup>18</sup> Por ejemplo, SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA. «Il contratto». En *Trattato di Diritto Civile*. Dirigido por Rodolfo Sacco. 3<sup>a</sup>. Ed. Turín: Utet, 2004, tomo II, pp. 49-55 y 62-66.

<sup>19</sup> Sobre la posibilidad e ilicitud de la prestación: MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile. Appunti dalle lezioni*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 46 y 73-76.

de ningún modo se puede realizar. No sólo el contratante está obligado a cumplir la obligación, sino ningún otro contratante puede ejecutar la prestación. La imposibilidad puede ser por causas físicas o técnicas. También existe imposibilidad si la prestación es obstaculizada por una norma. Por ejemplo, una ley reserva la actividad a la sociedad anónima y no a una sociedad de responsabilidad limitada. Por el contrario, el objeto del contrato es ilícito cuando la prestación en sí y por sí es socialmente dañosa o peligrosa. Por ello, el ordenamiento la desaprueba y la neutraliza, haciendo nulo el contrato. El objeto es ilícito cuando la prestación deducida del contrato está directamente prohibida por ella misma. Por ejemplo, una transferencia de un bien cuando está prohibida, la circulación de la droga o una campaña difamatoria contra un tercero. Además, el objeto es ilícito cuando la prestación, aunque no prohibida por ella misma, es directamente instrumental para un resultado prohibido. Por ejemplo, el contrato de obra para construir un edificio en una zona donde está prohibido edificar. Por el contrario, el objeto es jurídicamente imposible cuando no es la prestación instrumento del resultado prohibido por la ley, sino es el resultado prohibido el instrumento de la prestación. Por ejemplo, arrendar un bien futuro, consistente en un edificio por construir en zona que no se puede edificar. Otro ejemplo de imposibilidad jurídica se aplica cuando la prestación prometida necesita de una autorización administrativa y no la obtiene.<sup>20</sup>

Por otro lado, para un sector de la doctrina es ilícita la causa cuando –aun cuando la prestación es lícita– cuando resulta de la deducción en el contrato, y más precisamente en aquel particular contrato. Por ejemplo, el contrato con el funcionario público que se obliga frente al privado a desarrollar su actividad a cambio de una compensación. Se desaprueba la razón del contrato que es intercambiar la prestación contra una compensación. Los acuerdos para regular situaciones y comportamientos de la esfera sexual, reproductiva, afectiva, familiar o parafamiliar, ideológica, acuerdos de convivencia, acuerdos sobre comportamientos personales con los cónyuges, acuerdos de procreación, acuerdos sobre elecciones políticas y religiosas, contratos por «subrogación de maternidad», contrato en que una parte se compromete a

<sup>20</sup> Sobre el objeto imposible y el objeto ilícito: ROPPO, Vincenzo. «Il contratto». En *Trattato di diritto privato*. Dirigido por Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milán: Giuffré Editore, 2001, pp. 340-342 y 344-346.

contraer matrimonio con cierta persona o a no contraerlo, o a pedir o no pedir la separación del cónyuge.

Para otros la imposibilidad jurídica del objeto comprende la imposibilidad de las prestaciones que tiene por objeto patrimonios nacionales y, en general, cosas fuera de comercio o actividades no susceptibles de valoración económica (patrimonialidad como requisito de la obligación). Y la ilicitud del objeto referido a la contrariedad a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.<sup>21</sup>

Otro sector considera que el juicio sobre la licitud-ilicitud se refiere a la causa del contrato. La imposibilidad jurídica del objeto sería una hipótesis de la ilicitud de la causa.<sup>22</sup> Pensamos que esta última posición es la más clara. Nos explicaremos en los siguientes párrafos a la luz de nuestra normativa.

El CC establece que el fin debe ser lícito (numeral 4 del artículo 219), el objeto lícito (primer párrafo del artículo 1403), el objeto posible jurídicamente (numeral 3 del artículo 219), la condición lícita (artículo 171) y la condición posible jurídicamente (segundo párrafo del artículo 171). Es importante resaltar que todos los requisitos se aplican a los elementos del contrato. Incluso cuando se habla de condición debe entenderse que se refiere al fin<sup>23</sup> o la causa del contrato.

Pensamos que la licitud del fin debe ser entendida según lo normado en el artículo V del Título Preliminar. Entonces, el numeral 8 del artículo 219 es redundante porque el numeral 4 del artículo 219 regula la misma hipótesis. Lo ideal hubiese sido que esta última norma dijera que el fin es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres. De esta manera, serían innecesarios el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar. Ahora bien, tal como están las cosas actualmente, es inevitable que tanto el numeral 4 del artículo 219

<sup>21</sup> FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvar Carrereros Torres. Presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. 1<sup>a</sup>. Ed. en castellano de la 2<sup>a</sup>. Ed. italiana (1982). Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, pp. 216 y 218.

<sup>22</sup> FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara Editores, 2002, pp. 317-318.

<sup>23</sup> MOREYRA GARCÍA SAYÁN. *Op. cit.*, p. 129: La causa es la «finalidad concreta perseguida por las partes en cada acto que celebran [...]. A nuestro parecer, si la causa es la razón de ser del acto, nadie actúa sin una razón, debemos entenderla como la finalidad. El fin y la causa vienen a ser, así, conceptos equiparables en nuestro Código».

como el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar, se refieren a lo mismo. Es decir, las tres normas se refieren a un mismo hecho jurídico hipotético el cual es que el fin es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres.

El primer párrafo del artículo 1403 regula la ilicitud del objeto sin indicar el efecto jurídico. Si se añade que el numeral 3 del 219 sólo hace mención a los requisitos de la posibilidad física o jurídica; y de la determinación, es necesario evaluar qué implica la ilicitud del objeto. Considerando que el objeto es el medio para satisfacer la necesidad, es claro que el medio no puede ser lícito o ilícito. Lo adecuado es aplicar la ilicitud a la necesidad o al fin que las partes buscan realizar. Entonces, la ilicitud del objeto debe ser absorbida por la ilicitud del fin. En otras palabras, el fin ilícito es el hecho jurídico hipotético y el objeto ilícito hace referencia a ese mismo hecho. El efecto jurídico hipotético será la nulidad.

El artículo 1354 establece que el contrato no debe ser contrario a la norma legal de carácter imperativo. Como quiera que el fin ilícito no incluya expresamente la violación de una norma imperativa al amparo del numeral 4 del artículo 219, del numeral 8 del artículo 219 y del artículo V del Título Preliminar, es menester preguntarse en qué supuesto un contrato viola una norma imperativa. Consideramos que la imposibilidad jurídica del objeto regula tal hipótesis según el texto expreso de la norma. Aunque en realidad, el objeto no es imposible, sino que el fin es imposible jurídicamente. Por eso, es lógico sostener que cuando la norma se refiere al objeto imposible jurídicamente, en realidad la mención es al fin imposible jurídicamente.

Para que no queden dudas de esta interpretación, el artículo 171 regula la condición ilícita y la condición jurídicamente imposible. Es claro que no es la condición la ilícita o no es la condición la imposible jurídicamente, sino que el fin es ilícito o el fin es imposible jurídicamente.

En todas las hipótesis de ilicitud del fin y de imposibilidad jurídica del fin, el efecto jurídico es la nulidad del contrato en el CC.

### 3. LA DOCTRINA DE LA CONSIDERATION, LA CAUSA ABSTRACTA Y LA CAUSA EN CONCRETO

Últimamente se ha propuesto un concepto de causa compatible a una nueva concepción del contrato.

Dentro de esta novísima concepción, el contrato es como una tregua provisoria entre las partes en torno a puntos especificados de sus relaciones en conflicto; así el concepto de causa del contrato adquiere un nuevo contenido. Dentro de esta concepción antagónica de la relación contractual, la causa es entendida como un eje establecido por las partes, entre los compromisos de una y los de la otra, de modo que lo ofrecido determina la medida de lo requerido, en el sentido de su *no-extendibilidad* más allá del contenido explícito del contrato.<sup>24</sup>

Dentro de esta concepción de causa, ella se presenta como el nexo que las partes establecen entre sus prestaciones, y que ella se mantiene objetiva, en cuanto intercambio y, por ello, factor gobernante o medida de lo que es debido, en cuanto razón del compromiso y también, por lo tanto, de las responsabilidades; la causa se presenta como medida de la tregua, cuando ésta se rompe y alguna de las partes trata de invocar más de lo que una u otra estarían dispuestas a conceder ahora; por ello es objetiva, pues se presenta como hecho de intercambio del cual una y otra parte dan, en otro momento, interpretaciones opuestas; por lo tanto, el juez debe razonar al respecto como si se encontrara frente a un hecho económico, frente a consideraciones jurídicas opuestas.<sup>25</sup> Así la causa como medida de la tregua alcanzada entre las partes, tiene carácter objetivo, representado por un hecho de intercambio, un hecho económico.<sup>26</sup>

Pensamos que este concepto de causa se identifica con la *consideration*.<sup>27</sup> La causa se definiría como el elemento que justifica el sacrificio de uno y/o del otro contratante.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. «Reformulando la noción de contrato: Hacia una visión antagónica del contrato». En *Thémis*, Revista de Derecho, n.º 49. Lima, 2004, pp. 40-42. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>25</sup> MONATERI. *Op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>26</sup> COSTANTINI, Cristina. «La causa: Qualificazione e liceità degli accordi». En *Il nuovo contratto*. Pier Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Marella, Alessandro Somma y Cristina Costantini. Bolonia: Zanichelli Editore, 2007, p. 207.

<sup>27</sup> Lo reconoce expresamente: MONATERI, Pier Giuseppe. *Pensare il diritto civile*. 2<sup>a</sup>. ed. Turín: Giappichelli Editore, 2006, p. 245: «La «causa» puede ser solo medida contractual definida por las mismas partes como correspondiente de sus compromisos expresos (precisamente no puede ser otra cosa que una *consideration*)».

<sup>28</sup> SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA. *Il contratto en Trattato di Diritto Civile*. Dirigido por Rodolfo Sacco, Turín: Utet, 2004, 3<sup>a</sup>. Ed., tomo I, p. 792.

Uno de los aspectos más resaltantes de la *doctrine of consideration* es que expresa el principio según el cual la promesa se realiza por el promitente en relación de la contraprestación de la otra parte. La protección jurídica y el derecho de exigir la ejecución de la promesa presuponen que la promesa se haga a título de *quid pro quo*, es decir, a cambio de una contraprestación que el promitente tiene interés de recibir y cuya ejecución ha pedido al contratante.<sup>29</sup>

Entonces, la *consideration* es un correspelativo sacrificio. Tal sacrificio consiste generalmente en una contraprestación.<sup>30</sup>

Este concepto que se utiliza en el *Common Law* no tiene una vinculación con el concepto de causa del contrato a pesar de que históricamente la palabra *consideration* indicó las razones o los motivos para dar una promesa. Una promesa sin *consideration* no es vinculante [*binding*].<sup>31</sup>

Además el concepto de causa del contrato es un remedio precisamente esencial y flexible a diferencia de la *consideration*, porque no obstaculiza la autonomía privada ni la libertad creativa de las partes, pero impide únicamente la programación de un negocio irracional.<sup>32</sup> La *consideration* es lo que los franceses denominan causa de la obligación.<sup>33</sup>

Otra cosa es la causa del contrato. Recién en los siglos XIV y XV los juristas estudian la causa como elemento del contrato.<sup>34</sup> Desde este punto de vista, la causa impide la validez y eficacia del contrato si no es realizable el funcionamiento que justifica el acuerdo, enriquece la interpretación del acto de autonomía privada, simplifica la determinación de la licitud y ofrece una garantía mínima de seriedad del vínculo.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> KÖTZ y PATTI. *Op. cit.*, pp. 115-116.

<sup>30</sup> DIURNI y HENRICH. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>31</sup> ZIMMERMANN. *Op. cit.*, p. 506.

<sup>32</sup> NAVARRETA, Emanuela. *La causa e le prestazioni isolate*. Milán: Giuffrè Editore, 2000, p. 240.

<sup>33</sup> LARROUMET. *Op. cit.*, p. 354. Para este autor hay ciertas semejanzas entre el concepto de *consideration* y el de *causa de la obligación*, por oposición a la *causa del contrato*, porque en los contratos a título oneroso, la causa de la obligación debe buscarse en la contraprestación o el precio de la promesa.

<sup>34</sup> CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*. Reimpresión de la 2<sup>a</sup> Ed. Milán: Giuffrè Editore, 1967, pp. 287-288.

<sup>35</sup> NAVARRETA, Emanuela. «Causa e giustizia contrattuale a confronto: Prospettive di riforma». *Rivista di diritto civile*. Padua: Cedam, 2006, año LII, n.º 6, noviembre-diciembre, p. 434.

La causa del contrato desde la experiencia del Derecho italiano seguramente puede proporcionarnos un instrumento unitario y al mismo tiempo dúctil y funcional para muchas aplicaciones y es más elástica en contraposición a la rigidez de la *consideration*.<sup>36</sup>

Otra posición sostiene que siempre hay que analizar al contrato desde dos puntos de vistas causales. Se manifiesta que el contrato tiene dos causas: una abstracta y otra en concreto.

Se sostiene que la *causa objetiva* tiene que ver con la función del acto o con el tipo de acto. Esta concepción está más ligada al acto en sí, más que a su autor. Es una causa final. La *causa subjetiva* tiene que ver con la motivación del autor en la práctica del acto, con el fin que pretende alcanzar con él. Es una causa impulsiva. Asimismo, se afirma que no tiene sentido escoger entre una concepción objetiva o subjetiva de la causa. Ambas tienen relevancia en el derecho. Objetivamente, la función que el acto o el negocio desempeña es importante para conferir su licitud, su compatibilidad con el ordenamiento jurídico, de su conformidad con el Derecho. También la función importante para la calificación del acto. Asimismo, la motivación y el fin que anima al autor en la práctica del acto o en la celebración del negocio tienen un rol principal en el plano del Derecho Civil. Se concluye que no hay propiamente dos causas, una objetiva y otra subjetiva, sino antes son dos perspectivas, ambas igualmente correctas y aceptables. A veces la causa es encarada subjetivamente y, otras, objetivamente. Se recomienda que no haya que proceder a escoger una opción entre una perspectiva objetiva u otra subjetiva, en términos exclusivos.<sup>37</sup> Nótese que cuando se usan las denominaciones de causa objetiva y de causa subjetiva esencialmente se refiere a la causa abstracta y a la causa en concreto. Aunque las expresiones «objetiva» y «subjetiva» no son felices para explicar realmente el contenido de los conceptos de causa abstracta y de causa en concreto.

En resumen, las teorías sobre la causa —se arguye— se dividen entre la concepción que la considera como la función económico-social del

<sup>36</sup> ROLLI. *Op. cit.*, pp. 435-436.

<sup>37</sup> PAÍS DE VASCONCELOS. *Op. cit.*, p. 622. Ya antes se propuso una concepción mixta de la causa: TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *La causa del negocio jurídico*. Lima: Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 1996, pp. 575-674.

contrato y por el contrario aquélla que la considera como la función económico-individual del acuerdo.<sup>38</sup> Particularmente, la causa del contrato es propiamente esta funcionalidad del particular contrato a la racionalidad del mercado<sup>39</sup> o la función económico-social que indica la finalidad metajurídica fundamental y global, perseguida por el negocio o el fin negocial típico.<sup>40</sup> También se ha expresado que la causa en concreto no es sino la realización de la causa en abstracto en la particular operación contractual.<sup>41</sup>

La causa abstracta no es la causa del contrato. Se ha fundamentado con mucha coherencia, por ejemplo, que una singular compraventa, siendo un contrato típico, puede ser ilícita. Decir que la causa abstracta es lícita mientras que la concreta no, tiene un aire de ser más que un inútil juego de palabras. La causa abstracta no existe; existe sólo la causa del concreto negocio. En todo caso, la fórmula de la función económico social quizá podrá ser utilizada con referencia al fenómeno de los tipos contractuales, en el sentido de que cuando el legislador regula expresamente determinadas figuras contractuales, ello significa que reconoce a ellas un rol funcionalmente coherente con el sistema económico que él expresa y, por consiguiente, que ellas desarrollan una útil función económico-social.<sup>42</sup> Estamos completamente de acuerdo con estas afirmaciones.

En efecto, la causa abstracta empobrece, hace inflexible la consideración del contrato y hace estéril la existencia de los elementos del contrato. De este modo, la causa en concreto es la razón que concretamente justifica el particular contrato en análisis. Lo concreto no significa subjetivo; lo concreto puede y debe entenderse en términos de objetividad.<sup>43</sup>

Entonces, la causa es la razón o justificación jurídica del contrato en concreto o la razón de ser de la operación valorada en su individualidad o singularidad.

<sup>38</sup> SICCHIERO, Gianluca. «Tramonto della causa del contratto». En *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*. Dirigido por Gianluca Sicchiero. Padua: Cedam, 2005, p. 8.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>40</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, vol. I, pp. 499 y 505.

<sup>41</sup> ROLLI. *Op. cit.*, p. 451.

<sup>42</sup> FERRI, Giovanni Battista. «Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (Dal Cod. Civ. 1865 al Cod. Civ. 1942)». En *La anamorfosi del diritto civile attuale*. Padua: CEDAM, 1994, pp. 311-312.

<sup>43</sup> ROPPO. *Op. cit.*, p. 364.

#### 4. CONCLUSIÓN

La mayoría de las ciencias se dividen en dos ramas: la ciencia pura y la ciencia aplicada. La ciencia pura no se ocupa de asuntos prácticos. Se desenvuelve a lo largo de la dimensión de la investigación teórica que busca datos y se compromete en recolectar evidencia. La ciencia aplicada se desarrolla, en cambio, a lo largo de la dimensión de la teoría y la práctica y, por consiguiente, como un conocimiento para ser aplicado y, de hecho, como un conocimiento verificado (o falseado) por su éxito (o fracaso) en su aplicación.<sup>44</sup>

No hay duda de que el Derecho también es una ciencia. Quien dude de ello, entonces, tendrá que proponer anular las autorizaciones de funcionamiento de las universidades y que cada cual lea las normas como mejor se acomode a sus vidas; será innecesario crear facultades de Derecho porque cada uno usando su sentido común y un poco de cultura podrá interpretar la ley y eventualmente aplicarla; y la Academia de la Magistratura tampoco tendría razón de ser. Pensar así es menospreciar al Derecho. El Derecho, como actividad de conocimiento, es un complejo de teorías que necesitan ser aplicadas a una realidad para solucionar problemas humanos y para aplicar las soluciones se necesita conocer la teoría.

Por otro lado, menospreciar las definiciones está mal por tres razones: primero, puesto que las definiciones señalan el significado buscado de las palabras, garantizan que no nos mal interpretemos uno al otro; segundo, en nuestra investigación las palabras son también nuestros contenedores de datos, por consiguiente, si nuestros contenedores de datos están laxamente definidos, nuestras observaciones estarán mal recolectadas; tercero, definir es —antes que nada— asignar límites, delimitar, por ello la definición establece qué debe ser incluido y, a la inversa, qué debe ser excluido de nuestras categorías.<sup>45</sup>

La alternativa, o cuando menos, una alternativa es resistir a la cuantificación de la disciplina. En pocas palabras, pensar antes de contar y, también, usar la lógica al pensar.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> SARTORI, Giovanni. «¿Hacia dónde va la ciencia política?». *Política y gobierno*, vol. XI, n.º 2, II semestre, 2004, p. 352.

<sup>45</sup> SARTORI. *Op. cit.*, p. 353.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 354.

Estas palabras nos sirven para entender la importancia de definir con claridad la causa del contrato. No hay que olvidar que ningún otro sistema jurídico ha alcanzado a expresar la cantidad de conceptos, teorías y reglas prácticas que ha producido el sistema jurídico italiano en sus 2400 años de historia (si utilizamos como fecha de inicio las doce tablas). El Derecho italiano se ha construido con el continuo desarrollo del pensamiento jurídico así como se manifiesta en las aulas de los tribunales, en los trabajos de la academia y en la vida de los negocios y de la empresa.<sup>47</sup> Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia italianas preponderantes hoy son un camino que se debe seguir en materia de causa en concreto del contrato.

En la novela *El caballero inexistente* de Italo Calvino, Agilulfo (el protagonista, ni más ni menos, «inexistente»), ante la pregunta que, frente a su coraza vacía, le dirige Carlomagno: «¿cómo harás para prestar servicio, si no te sentimos?», responde «¡con la fuerza de voluntad... y con la fe en nuestra santa causa!». <sup>48</sup> Pero, *santidad* de la causa a parte, si fuera posible preguntar a la causa cómo hace para estar presente incluso en los sistemas de códigos y de principios que no la prevén, su respuesta no podría referirse, ciertamente, y como la del *caballero inexistente*, a una propia «fuerza de voluntad». Por el contrario, la causa bien podría invocar *la force des choses* [cosas], de las cuales (*les choses*) no puede ser, en modo alguno, eliminada; ni siquiera cuando sobre ella se ha hecho caer la capa (o la «conspiración») del silencio.<sup>49</sup>

Tenemos la esperanza de que en algún momento el silencio sobre la causa del contrato en el Perú desaparezca.

A las palabras antes dichas, es importante agregar que la negación de la existencia de la causa del contrato en un sistema jurídico como el *Civil Law* es como negar que los seres humanos actúen por razones racionales y razonables. Si al ordenamiento jurídico le interesa regular

<sup>47</sup> LORDI, Antonio. «Valori etici e principio di complementarità tra sistemi giuridici». *Contratto e impresa/Europa*, 2, año 11. Padua: Cedam, 2006, p. 698.

<sup>48</sup> CALVINO, Italo. *Il cavaliere inesistente*. Milán: Arnoldo Mondadori Editore, 1993, p. 6.

<sup>49</sup> FERRI, Giovanni Battista. «La «invisible» presencia de la causa del contrato». En *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*. Al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004 (Traducción de Carlos Zamudio Espinal, revisada por Rómulo Morales Hervias y corregida por Leysser L. León), p. 283.

las declaraciones de voluntades, le debe interesar que ellas contengan una finalidad realizable y protegible.

Es pertinente recordar las sabias palabras del actual gran artífice de la causa en concreto:

[la] causa representa el punto de encuentro, de confluencia de todos los problemas fundamentales de la teoría del negocio jurídico: del problema del interés a aquel de la tipicidad, a aquel de la naturaleza del mismo negocio jurídico, entendido como expresión de privada autonomía y, por eso, a aquel del mismo concepto de autonomía privada.<sup>50</sup>

Estamos convencidos de que el concepto de causa del contrato es un signo distintivo del *Civil Law*. De esta manera, la doctrina civilística europea puede reivindicar un rol autónomo y no condicionado de influencias culturales norteamericanas y de exigencias de «globalización».<sup>51</sup>

Es cierto que la globalización comporta una ósmosis [mutua influencia] de las culturas dirigidas a armonizarse entre ellas. El método comparado debe basarse más en semejanzas que en diferencias. Más que comparación se trata de «complementariedad», se busca en el ordenamiento extranjero el principio, la regla, a veces el método que pueda ayudar a definir el nuevo problema.<sup>52</sup>

Pero no obstante la ósmosis producida por el fluir del tiempo, el *Common Law* y el *Civil Law* constituyen planetas jurídicos asentados en fundamentos diversos, y portadores de mentalidades distintas: dos costumbres jurídicas que, si no opuestas, son ciertamente diferentes». <sup>53</sup>

En tal sentido, no es recomendable someterse ingenuamente al movimiento de la globalización. Por el contrario, hay que seguir otro movimiento denominado el de la «glocalización». La glocalización es un movimiento de signo opuesto a la globalización o a la internacionalización. Se trata de que el jurista no deba recibir pasivamente

<sup>50</sup> FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Reimpresión. Milán: Giuffrè, 1968, p. 362.

<sup>51</sup> PATTI, Salvatore. *Diritto privato e codificazioni europee*. 2<sup>a</sup> Ed. Milán: Giuffrè Editore, 2007, p. 2.

<sup>52</sup> LORDI. *Op. cit.*, pp. 717-718.

<sup>53</sup> GROSSI, Paolo. «Globalización, derecho, ciencia jurídica». Traducción de Leysser L. León. *Revista del Magíster en Derecho Civil*. 2000-2001. Lima: Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, vols. 4-5, p. 30.

los fenómenos, sino que debe analizarlos a fin de individualizar la regulación más adecuada.<sup>54</sup> La causa del contrato, desde nuestro punto de vista, es y debe ser nuestra carta cultural de presentación ante el mundo. Sólo depende de nosotros.

---

<sup>54</sup> PATTI. *Op. cit.*, p. 351.

# Cuestiones breves en torno a las obligaciones solidarias<sup>1</sup>

Eric Palacios Martínez\*

SUMARIO: 1. Acerca de las obligaciones objetiva y subjetivamente complejas. Criterios de distinción. Tipologías principales.- 2. El concepto de obligación solidaria. Cuestiones previas. Matices generales y orientaciones doctrinales.- 3. El alcance del artículo 1183 del Código Civil: la denominada presunción de solidaridad.

## 1. ACERCA DE LAS OBLIGACIONES OBJETIVA Y SUBJETIVAMENTE COMPLEJAS. CRITERIOS DE DISTINCIÓN. TIPOLOGÍAS PRINCIPALES

Para un adecuado entendimiento de la naturaleza de las obligaciones solidarias debemos de considerar su pertenencia al género, evidentemente más amplio, de las denominadas *obligaciones subjetivamente complejas*.<sup>2</sup> Así como existen obligaciones objetivamente simples y objetivamente

---

\* Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Miembro de la Academia de la Magistratura.

<sup>1</sup> Este artículo está destinado al Libro en Homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi.

<sup>2</sup> Todavía resulta de consulta obligatoria para el análisis de este género de obligaciones el libro de BUSNELLI, Francesco Donato. *L'obbligazione soggettivamente complessa*. Milán: Dott. A. Giuffré Editore, 1975.

complejas (las primeras son aquellas que presentan una sola prestación, y si en la obligación está presente una cosa material, se refieren a una sola cosa —por ejemplo, la compraventa de un determinado bien, la ejecución de un determinado servicio—; las segundas, en cambio, son aquellas para las cuales en la relación pueden intervenir, bajo varios perfiles y con diversa eficacia, más de una prestación —o una prestación con varios objetos que por lo demás probablemente constituye también ella una hipótesis de pluralidad de prestaciones, incluso del mismo tipo—; estas últimas, a su vez, se subdistinguen en *cumulativas*, *alternativas* y *con facultad alternativa*),<sup>3</sup> recurriendo a un razonamiento que puede ser tildado de superficial, también debería aceptarse la categoría de las obligaciones subjetivamente complejas, es decir, aquéllas caracterizadas por la concurrencia de una pluralidad de sujetos en la misma parte de la relación, vale decir, todos como deudores o acreedores, lo que podría dar lugar a que ellas se denominen como *obligaciones con pluralidad subjetiva*.<sup>4</sup> Sobre esta orientación, tildada como simplista, se ha afirmado que:

[...] el elemento discriminante está individualizado en la pluralidad de deudores: subjetivamente simples son aquellas en las cuales interviene un solo sujeto como deudor y un solo sujeto como acreedor. En las obligaciones subjetivamente complejas, en cambio, interviene una pluralidad de sujetos (dos o más) de la misma parte de la relación; vale decir, todos como deudores o todos como acreedores: aquello sirve y es suficiente para distinguirlas de las obligaciones subjetivamente simples.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> RUBINO, Domenico. «Delle obbligazioni (Art. 1285-1320)». En *Commentario al Codice Civile*. A. Scialoja y G. Branca (eds.). Bologna - Roma: Nicola Zanichelli Editore - Società Editrice del Foro Italiano, 1968, p.1. Debe acotarse de inmediato que la llamada, por el autor citado, obligación *con facultad alternativa* en nuestro Código Civil viene denominada como *obligación facultativa* (artículos 1168 al 1171 del Código Civil).

<sup>4</sup> Es la propuesta efectuada en su momento por CARBONI, Michele. *Della obbligazione nel diritto odierno. Concetto e contenuto*. Turín: Bocca Editore, 1912, p. 129.

<sup>5</sup> Nos da cuenta de esta forma de abordar el fenómeno RUBINO. *Op. cit.* p. 130. La misma orientación es patente en ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. 3.<sup>a</sup> ed. Boloña: Edizioni Mondazzi, 2001, p. 262, cuando sostiene que «[...] el esquema más simple de obligación contempla que un solo deudor esté obligado a una sola prestación frente a un solo acreedor. Sin embargo, este esquema puede padecer complicaciones. Pueden existir obligaciones subjetivamente complejas, y la complejidad puede referirse a la *parte pasiva* de la relación obligatoria, cuando en lugar de un solo deudor hay una pluralidad de deudores, o bien a la *parte activa*, cuando no existe un solo acreedor, sino más de uno. En cambio, en las obligaciones objetivamente complejas, la complejidad se refiere a la prestación: en lugar de una sola prestación se prevén *varias prestaciones* distintas.

Ante ello, se debe poner de relieve, conjuntamente con la doctrina que más seriamente ha abordado la cuestión, que la problemática de las obligaciones subjetivamente complejas se centra, más bien, en los grados de conexión entre la pluralidad de sujetos que conforman, en conjunto y en la misma posición, cada uno de los polos de la relación obligatoria. En esta dirección está la exigencia de distinguir las obligaciones subjetivamente complejas de la hipótesis bastante más amplia que está al extremo opuesto respecto a aquélla: las obligaciones subjetivamente simples; dicha hipótesis está compuesta por todos aquellos casos en los que frente a un único acreedor se sitúan varios deudores con otras tantas obligaciones, y entre éstas corre una conexión, pero diferente y más tenue que en las obligaciones subjetivamente complejas.<sup>6</sup> El ejemplo concreto lo tendríamos en una pluralidad de ventas que tengan el mismo objeto, por decir, el caso en que se adquieran, por una pareja de recién casados, los muebles para el dormitorio, el comedor, la sala, a distintas tiendas que conocen de la operación conjunta y que se ven constreñidos a efectuar ciertas coordinaciones circunstanciales (por ejemplo, el momento de la entrega).

La reconducción de las obligaciones solidarias, en la más vasta categoría de las obligaciones subjetivamente complejas, hace inevitable, como va quedando claro, su comparación con otras figuras similares: las obligaciones estrictamente<sup>7</sup> parciarias (mancomunadas para nuestro Código Civil) y las obligaciones indivisibles.

En las obligaciones parciarias, la relación obligatoria —en el mismo momento en que se origina— se escinde automáticamente en tantas singulares obligaciones como deudores o acreedores se hayan involucrados en la *fattispecie* generatriz, cada una de las cuales recae sobre la parte correspondiente de la prestación debida, es decir, tienen como

---

Tal es el caso de las *obligaciones alternativas* y las *obligaciones facultativas*» (traducción libre del profesor Leysser L. León).

<sup>6</sup> RUBINO. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>7</sup> En un concepto amplio la *parciariedad* englobaría a la *solidaridad* ya que en las relaciones externas cada uno de los deudores deberá —y cada uno de los deudores tendrá derecho de recibir— el todo, es decir la suma de las diversas prestaciones. La afirmación es de GIORGIANI, Michele. «Obbligazione solidale e parziaria». En *Novissimo Digesto Italiano*. Antonio Azara y Ernesto Eula. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1968, XI, p. 676.

objeto a una parte de aquélla que potencialmente se habría constituido como una prestación única.

Por otro lado, las obligaciones indivisibles son caracterizadas por la naturaleza de la prestación deducida; la bipartición establecida entre obligaciones divisibles e indivisibles encuentra apoyo en las características objetivas referidas a la propia naturaleza de la prestación. Debe acotarse que doctrinalmente se ha discutido que las obligaciones indivisibles puedan ser incorporadas a la categoría de las obligaciones subjetivamente complejas porque aquéllas (las indivisibles) pueden configurarse, a la vez, como parciarias o solidarias, e incluso como obligaciones subjetivamente simples. En otros términos, mientras la solidaridad se refiere a un aspecto del vínculo, impidiendo la parciariedad frente al exterior, la categoría de la indivisibilidad se apoya en el aspecto objetivo de la prestación; de esto se deduce que, en rigor, las obligaciones indivisibles podrían ser excluidas del género de las obligaciones subjetivamente complejas.<sup>8</sup>

Al examinar la teoría de las obligaciones subjetivamente complejas podemos desarrollar los conceptos de «contitularidad» y «condébito», que responden al fenómeno de la condivisión de un mismo bien entre un grupo de sujetos. Sobre la base de esta impostación teórica se resuelve la fenomenicidad de las obligaciones solidarias, en el sentido de poder encontrar sus particularidades dentro del grupo de las obligaciones subjetivamente complejas, problemática que, por demás, se resuelve en la enumeración de sus elementos configurativos.

## 2. EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN SOLIDARIA. CUESTIONES PREVIAS. MÁTICES GENERALES Y ORIENTACIONES DOCTRINALES

Desde una perspectiva dogmática que desde hace tiempo, y a pesar de todo, hemos decidido mantener hasta sus últimas consecuencias, el «atributo» de la solidaridad viene vinculado necesariamente al fenómeno de la «obligación» cumpliendo frente a éste una función especificativa. De ello se deduce cómo sería absolutamente incongruente definir a la «obligación solidaria» a través de términos extraños al género

<sup>8</sup> RUBINO. *Op. cit.*, p. 133.

de pertenencia. Acogiendo tal premisa, permítasenos efectuar algunas reflexiones acerca del concepto de obligación, en términos bastante distintos de los tradicionales.

Según las bases de desarrollo de nuestros esquemas conceptuales podemos señalar frontalmente que la obligación es aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está constreñida a un comportamiento patrimonialmente valorable que tiene como finalidad la satisfacción de un interés, incluso no patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, la cual tiene derecho al cumplimiento.<sup>9</sup> Otra cosa, para evitar algún malentendido, es que se tome en cuenta el interés del deudor en la fase actuativa de la relación obligatoria.

El fenómeno obligatorio es un fenómeno complejo, es decir, está conformado por un conjunto de situaciones y vinculaciones correlativas entre deudor y acreedor, que pueden en forma indistinta asumir derechos y deberes para el cumplimiento del programa de la específica relación obligatoria marcada por la fuente que le ha dado origen. Así, son deberes para el acreedor los relativos a brindar los medios necesarios para que el deudor pueda cumplir, y derechos del deudor el que se le permita cumplir en la forma pactada a fin de liberarse del deber a que se encuentra sometido (derecho a la liberación).

Es preciso señalar, como ya se ha dicho, que el nacimiento, o mejor dicho, la vigencia, de una relación obligatoria, no supone la extinción del contrato o negocio jurídico generador, puesto que los componentes de la relación obligatoria, deben ser enfocados como reflejo de la estructura de la fuente originaria; constatándose ello en la eficacia del contenido y en la incidencia que tienen los componentes de estructura sobre dicha eficacia, en el que se incluyen los efectos obligatorios. En el negocio generatriz y en la relación obligatoria coinciden —y esto es una postura aceptada casi por toda la doctrina— los elementos estructurales (descriptivos), es decir: sujetos, objeto, causa y prestación (contenido).

Sin embargo, cabe acotar que el elemento funcional de la relación obligatoria, el interés del acreedor, es caracterizante de la misma, puesto que, sobre su efectividad o decadencia se resuelven casi todos

<sup>9</sup> GIORGIANI, Michele. *L'inadempimento*. 3.<sup>a</sup> Ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 581; aunque el autor señale que la definición acotada solamente se realiza a título orientativo.

los aspectos de la actuación de la relación obligatoria; es decir, atiende, casi en todas sus manifestaciones, a la dinámica o al desenvolvimiento del programa predispuesto.

En cuanto a la valoración del interés creditorio, como elemento constitutivo de la obligación, la doctrina se encuentra ciertamente dividida.

Existen teorías que niegan valor al momento constitutivo del interés, en la medida que, tomando ideas de la doctrina alemana, consideran que éste (el interés) puede también permanecer oculto o ser difícilmente conocible, por lo que no sería justo que la constitución de la relación dependiese de una valoración discrecional de quién interviene en la relación misma. Los sostenedores de esta teoría entienden con ello proteger los intereses de la parte débil, supuestamente el deudor. Se quiere evitar que el deudor pueda considerarse inmiscuido en una relación que cree jurídica, mientras que en realidad no lo es. Según esta tesis, en conclusión, el interés del acreedor no es un elemento esencial de la obligación.

Sin embargo, la doctrina prevalente es de opinión opuesta, tomando en consideración incluso la letra misma de la norma italiana, específicamente en el artículo 1174, aunque también se pueden argüir en contra los artículos 1411, 1322 y 1379 del *Codice Civile Italiano* de 1942. Si falta el interés, falta la juridicidad de la vinculación entablada, precisándose, en todo caso, que tener en cuenta sólo el interés del acreedor para efectuar dicha calificación, puede ser un criterio inseguro. Así, por ejemplo, se alude al llamado *transporte de cortesía*, que para su distinción del *transporte contractual* no es suficiente investigar sobre el eventual interés del acreedor, obviando el interés del transportado, con lo que se puede sustentar que también el deudor tiene un interés en el cumplimiento; pero haciendo la salvedad de que de ello no puede derivar un verdadero derecho, salvo cuando se ha previsto expresamente en el contenido del hecho generatriz (negocio). Ante su lesión tendría que recurrirse a la responsabilidad extracontractual y no a la contractual.<sup>10</sup>

Sin perjuicio de la exigencia sistemática de ordenar los factores que constituyen una relación obligatoria, y estrictamente desde nuestro punto de vista, resulta obvio que las situaciones que configuran la

---

<sup>10</sup> En este punto se ha seguido, sobretodo por su didáctica, la exposición de FRANCESCHETTI, Paolo. *Obbligazioni e Responsabilitá Civile*. Verona: Edizioni Simone, 1996, pp. 37-38.

relación obligatoria no pueden estar escindidas de los puntos de autorregulación en que consiste el contenido del negocio jurídico. Y ello porque el estudio de la relación obligatoria tiene que partir de entender a la misma como un efecto<sup>11</sup> del negocio o de la norma (obligaciones *ex-lege*, de las que no tratamos en el derecho privado), por lo que la estructura obligacional (negocial) no puede sino ser solamente un *reflejo* de la estructura del negocio que le ha dado sustento. La necesidad de distinguir, en el plano de regulación, el negocio y sus efectos, entre ellos las obligaciones, ha sido ya advertida por la mejor doctrina que se ha dado cuenta de la necesidad de reconocer que el contrato (así, en general, el negocio) solamente se identifica con el efecto fundamental que hemos mencionado, consistente, según una descripción sumaria, en la situación jurídica correspondiente a la relevancia de la autorregulación de los intereses particulares o, dicho en términos prácticos, en el vínculo que se establece entre las partes en torno a la observancia del contrato (y en el correlativo deber de ejecución).<sup>12</sup> Una de las consecuencias, por ejemplo, de llevar a sus extremos lógicos esta premisa es la afirmación de la inconveniencia de plantear en términos similares el problema de la estructura del negocio frente a la estructura de la obligación.<sup>13</sup>

Queda por decir que los elementos «caracterizantes» de la relación obligatoria son la prestación, comportamiento activo u omisivo de connotación patrimonial<sup>14</sup> al que se encuentra obligado el deudor

<sup>11</sup> De acuerdo con este planteamiento GUASTINI, Riccardo. voz «Obbligo». En *Encyclopedie Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Encyclopedie Italiana, Giovanni Treccani, S.p.A., 1988, vol. X, p.1 (de la separata) «la obligación se desarrolla en el campo de los efectos, ya que se resuelve en la descripción de un comportamiento humano a la cual es asociada la calificación de debido. En la línea asumida por nuestra investigación podemos asumir deber y obligación como sinónimos».

<sup>12</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1961, p. 251.

<sup>13</sup> En esta «impropiedad» conceptual incurren sobre todo los autores españoles cuando se detienen a examinar los «sujetos» o el «objeto de la relación» obligatoria. En tal sentido véase MONTES, Cristóbal. *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, pp. 1 y ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, vol. I, pp. 408 y ss. y pp. 446 y ss. LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, vol. I, pp. 25 y ss.; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Derecho de obligaciones. Las obligaciones en general*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1991, pp. 23 y ss.; entre otros.

<sup>14</sup> Sobre la necesaria patrimonialidad de la prestación se discute actualmente en la doctrina. En tal dirección se ha sostenido que el término contrato, casi siempre vinculado legalmente a una realidad patrimonial, no guarda correlación con la estructura

frente al acreedor; el interés del acreedor, es decir, el factor funcional de desenvolvimiento de dicha relación obligatoria, de lo que ya hablamos; las situaciones de contraposición crédito-débito, en las que el acreedor tiene la legitimación para pretender, incluso coactivamente, del deudor la actividad instrumental necesaria para conseguir el bien debido (a propósito de lo cual se habla de simetría en las situaciones recíprocas que se plantean en las relaciones obligatorias) y el objeto, bien sobre el cual se ejercen las pretensiones del acreedor.

Considerando lo expuesto, volvamos a nuestro tema: la concepción de la obligación solidaria.

La doctrina ha señalado que las obligaciones solidarias tienen como uno de sus elementos característicos la concurrencia de una pluralidad de sujetos, cualquiera de los cuales puede cumplir o exigir la prestación debida, liberando o efectivizando, el débito o el crédito según se trate de una solidaridad pasiva o activa, atendiendo a que la pluralidad se constate en el plano de la parte deudora o acreedora. El efecto esencial y más característico de las obligaciones solidarias, es decir, la posibilidad que el cumplimiento sea solicitado por entero a un solo deudor o por un solo acreedor, se presenta como un efecto especial sólo cuando los deudores o los acreedores son más de uno, ya que en las obligaciones parciales sólo resulta exigible la parte correspondiente a cada sujeto involucrado. Desde el punto de vista inicialmente asumido, la pluralidad de sujetos, más que un elemento debería enfocarse como un presupuesto (de tal efecto), porque no se

---

intrínseca del acto vinculatorio que tal concepto representa. Así, Doménico Barbero en su imponente obra *Sistema de Derecho Privado* se pregunta «Pero ¿será igualmente cierto que dicha definición (refiriéndose al concepto de contrato en el Código Civil Italiano), además de un valor clasificatorio innegable, tiene también un inderogable valor estructural? Por nuestra parte, respondemos que no. Y, en efecto, basta con que al artículo 1321 (equivalente al 1351 C.C. Peruano) se le quite la última palabra, para tener un instituto *estructuralmente idéntico* («acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica»), pero dotado de mayor amplitud o capacidad comprensiva». Para nosotros, la palabra patrimonial no sirve más que para reducir la capacidad o amplitud del fenómeno; es decir, expresa un valor clasificatorio en orden al contenido de la relación, o mejor dicho del hecho que le dio origen, y no un valor calificadorio en la estructura intrínseca de dicho hecho.

De lo expuesto se tiene que la patrimonialidad no es un criterio distintivo inequívoco para describir la realidad contractual, por lo que, por ejemplo, pueden utilizarse otros términos para aludir a su existencia como «convención» o «convenio».

coloca dentro de la obligación, sino fuera de ella y se revela antes de su existencia.

Más sustancial es la referencia a la necesidad de que la obligación solidaria haya sido originada por una fuente única (unicidad del título). Donde se tiene una obligación solidaria es necesario que para la pluralidad de deudores o acreedores dicha obligación surja del mismo hecho jurídico, o al menos, se señala, de hechos coaligados con nexos tales que hagan que ellos puedan ser considerados como un complejo unitario frente al efecto que de él deriva; dicho razonamiento es vital para entender, dentro de la fenomenología de las obligaciones solidarias, el hecho de que en ellas la prestación es considerada idéntica para cada deudor o acreedor, de lo que se deduce que el cumplimiento en ellas es alternativo, es decir, basta sólo la verificación de uno para la extinción de la obligación solidaria con respecto a todos los sujetos vinculados.

También es importante señalar que las obligaciones solidarias se caracterizan por una identidad prestacional. Así se ha señalado que, en la sistemática de las obligaciones solidarias, la prestación es considerada bajo el perfil, no ya estático y descriptivo, sino dinámico y prescriptivo, lo que se revela en el mismo momento extintivo de la obligación: la prestación de cada obligado tiene una misma valoración, no porque todos los obligados están constreñidos a un mismo comportamiento, sino porque basta con la verificación de una de las prestaciones para la satisfacción del interés del acreedor, originando la consecuencial extinción de la obligación. De ello se desprende que el elemento unificante de la prestación se concreta en el único *interés creditorio*; la unicidad del interés está expresada en el programa obligatorio con la previsión de una pluralidad de prestaciones alternativamente configuradas, de tal manera que el cumplimiento de una tenga completa eficacia liberatoria. Sólo puede haber un cumplimiento con eficacia liberatoria. Aquí se debe aclarar que las prestaciones pueden objetivamente ser distintas, pero deben guardar, por lo menos equivalencia, ya que cuando la doctrina se refiere a la identidad de prestaciones, como ya se dejó entrever, hace alusión al fenómeno de la *identidad satisfactiva*, en el sentido de que cualquiera de ellas (prestaciones) puede satisfacer el interés del acreedor y extinguir la obligación. La fórmula típica, dirigida a poner énfasis sobre la identidad prestacional, se convierte y explica en la equivalencia de las mismas. Pareciera que se tratara de una sola relación obligatoria que se

manifiesta a través de una pluralidad de sujetos legitimados a cumplir una prestación idéntica: al haber una sola prestación no resulta viable sustentar la existencia de una pluralidad de obligaciones. Por ello, la solidaridad ha sido vista como una forma de coalición funcional, que implica la presencia de un interés unitario (común) perseguido por cada uno de los sujetos que conforman la pluralidad inherente a este fenómeno obligatorio.

### 3. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1183 DEL CÓDIGO CIVIL: LA DENOMINADA EXCLUSIÓN DE PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD

Hechas las puntualizaciones dogmáticas «legalmente extrínsecas» sobre la obligación solidaria, pues nuestra normatividad ha guardado silencio al respecto, comentemos, brevísimamente, el contenido del artículo 1183 del Código Civil cuyo contenido regula uno de los aspectos de alcance práctico más importante en torno al tema que nos ocupa: me refiero a la exclusión de presunción de solidaridad.

Técnicamente no nos encontramos frente a una presunción, sino a una regla general y a su eventual excepción, cuya especificación puede generar cierta incertidumbre considerando que la redacción del artículo no es muy clara para tal efecto. En tal dirección, debe de precisarse que la solidaridad sólo se da cuando ésta ha sido prevista expresamente, sea en la ley o en el título de la obligación —que nosotros podemos llamar hechos originarios y que generalmente se identifican con negocios jurídicos—. Hay quien ha llevado el tema al campo de los principios,<sup>15</sup> para afirmar que en el caso de que no se haya especificado el régimen de pluralidad de sujetos escogido, tal y como lo hemos visto, serán de aplicación las normas que regulan las obligaciones mancomunadas, no sin cierta dificultad en nuestro ordenamiento, en tanto el artículo comentado excluye de que pueda presumirse, o inducirse la vigencia de un régimen solidario, cuando éste no ha sido previsto, y que en el fondo indicaría que el legislador habría renunciado a las ventajas de comodidad y garantía para el crédito, inherentes a la solidaridad; por

<sup>15</sup> SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos». En *Estudios de Derecho Civil*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978.

ende, sería preferible, ante la variada gama «obligaciones subjetivamente complejas», según se ha visto, el dejar al intérprete la posibilidad de individualizar *in concreto* frente a que categoría nos encontramos. Conectado a lo anterior, se debe añadir que hay autores que señalan que el término «forma expresa» no supone necesariamente que la declaración deba ser expresa, mejor dicho *literal*, requiriéndose que tal opción, efectuada en los casos en que la solidaridad tiene fuente negocial, pueda ser directamente inducida de la conducta integral de las partes involucradas, aunque, en estas hipótesis, casi siempre se recurra a la utilización de la teoría de la voluntad hipotética, tan duramente criticada en el ámbito del derecho privado.

La problemática de que si la solidaridad resulta aplicable a las «obligaciones» nacidas de la responsabilidad extracontractual, no resulta ya de mayor interés en cuanto el artículo 1983 del Código Civil la ha establecido *literalmente*.

# **La influencia del modelo de autonomía en la responsabilidad de los profesionales de la medicina\***

*Paula Siverino Bavio\*\**

SUMARIO: 1. *Introducción.*- 2. *¿Por qué la importancia del modelo?.*- 3. *Los dilemas éticos y la relación médico-paciente.*- 4. *El modelo de beneficencia.*- 4.1. *Los elementos del modelo de beneficencia.*- 5. *El modelo de autonomía.*- 5.1 *Las fuentes filosóficas del modelo.*- 6. *Las responsabilidades profesionales: deber de asistencia, objeción de conciencia y autonomía.*- 6.1. *Apuntes jurisprudenciales.*- 7. *Recepción del principio de autonomía en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina.*- 7.1. *La lectura desde el modelo de autonomía.*- 8. *La obligación de brindar opciones informadas: cómo se configura el consentimiento informado.*- 9. *Las responsabilidades que entrañan la violación al modelo de autonomía.*- 10. *Colofón.*

- 
- \* Artículo publicado en la Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, n.º 3, Arequipa, enero 2009, pp. 123-150.
  - \*\* Abogada y candidata al Doctorado por la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Civil y Bioética en la Pontificia Universidad Católica del Perú e Inca Garcilaso de la Vega.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo vamos a hablar sobre la relación médico-paciente, situación que es generadora de particulares obligaciones y derechos que han dado lugar a una frondosa bibliografía acerca de la responsabilidad médica especialmente en los últimos años.

Vamos a tomar la relación médico-paciente en abstracto, sin tomar en cuenta los múltiples factores que inciden en este tipo de relación tales como el marco institucional, el problema del reparto de recursos escasos, la introducción de nuevas tecnologías, los intereses de terceros involucrados, equipo médico, régimen de seguros, de medicinas preparadas u obras sociales, etc. Nos vamos a centrar en la persona que entra en relación con el médico en un marco institucional contractual (paciente); en los supuestos a los que haremos referencia, no se analizarán conflictos respecto de personas con capacidad disminuida para tomar decisiones, así que será un presupuesto la plena capacidad.

No ha sido citada una bibliografía específica acerca de la responsabilidad médica porque se intenta construir un enfoque original para encontrar la génesis de esta responsabilidad desde la tesis que nos ocupa: el cambio de paradigma del modelo de beneficencia al de autonomía y su traducción legislativa y jurisprudencial.

Así, se parte del análisis de los dos modelos de responsabilidad ética y de cómo cada uno de ellos va a determinar posturas disímiles de toma de decisión que tendrán como consecuencia la distinta responsabilidad del profesional en casos concretos según el modelo al que se adhiera.

## 2. ¿POR QUÉ LA IMPORTANCIA DEL MODELO?

¿Por qué es importante partir desde los modelos éticos de toma de decisiones si pretendemos hacer un análisis jurídico? Múltiples razones nos motivan, pero por lo pronto recordemos que el médico tiene obligación de realizar su práctica «de acuerdo a las reglas del arte», parámetro judicial que es central para determinar la responsabilidad frente a un acto médico cuestionado. Y entendemos que estas *reglas del arte* van a estar dadas no sólo por el procedimiento técnico científico recomendado, sino –y muy especialmente– por los principios del modelo ético de toma de decisiones que se tome como parámetro: una conducta que es ilícita bajo un modelo puede ser lícita en el otro y viceversa.

Debemos aclarar que estos *modelos* de relación están tomados desde el enfoque principalista en bioética, ya que esta metodología permite ver con mayor claridad la tesis planteada; esto no implica adoptarla en su totalidad como la única posibilidad metodológica ni pretender establecer de este modo el sistema de justificación moral a nivel de los principios como el único valedero. Nuestra formación responde a la corriente de la escuela latinoamericana de Bioética, que entiende como esencial la relación estrechísima entre Bioética y derechos humanos, lo cual se evidenciará en el desarrollo de este trabajo.

Lo primero que planteamos es el cambio de paradigma, la transición del modelo de beneficencia al modelo de autonomía; dado que si bien este fenómeno dista de ser novedoso, es bajo el modelo de beneficencia (por cuestiones históricas) que están redactadas muchas de las leyes que todavía regulan la actividad médica en Argentina y muchos países de Latinoamérica. Qué tratamiento han dado los tribunales argentinos a esta cuestión y cómo se generaron los primeros espacios para dar lugar al cambio de paradigma es lo que nos ocupa en este artículo.<sup>1</sup>

Tal como hemos adelantado, nos interesa en esta ocasión rescatar un estudio desde el modelo ético de toma de decisiones y no desde el planteo clásico de la responsabilidad civil, ya que entendemos al Derecho como instrumento que plasma demandas sociales y necesidades de los distintos grupos que conforman la sociedad. El cuestionar la norma supone cuestionar los motivos que le dieron origen, que están llamados a evolucionar con el paso del tiempo y que necesitan ser redefinidos.

En el caso que nos ocupa ésta responde a dos exigencias: una *interna*, el cambio de modelo propiamente dicho; y una *externa*, de los nuevos marcos constitucionales aportados tanto por los lineamientos

---

<sup>1</sup> Para un tratamiento específico de estos temas véase SIVERINO BAVIO, Paula. «Consideraciones ético jurídicas sobre la esterilización en la Argentina». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 64, 2005, pp. 261-315, Trujillo (Perú); «Influencia del principio de beneficencia en el derecho de daños». *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 1, 2004, Montevideo; «El problema de la esterilización en la Argentina». *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales, año LII, n.º 38, noviembre del 2002, Trujillo (Perú); «Ligadura de Trompas: ¿delito o derecho?». *Revista Bibliotecal*, n.º 3, Lima 2001. Sección Doctrina Internacional, pp. 469-519 y en la *Revista Persona* [www.revistapersona4t.com/1Siverino.htm](http://www.revistapersona4t.com/1Siverino.htm); «Derechos humanos y ligadura de trompas». *Revista Jurídica La Ley*, suplemento del 15 de noviembre de 2006. LL-2007-I. «Ligadura de trompas. Claves para entender el debate». Fecha de consulta: 30/08/2006. [www.microjuris.com/MJAR](http://www.microjuris.com/MJAR).

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por los Tratados de Derechos Humanos y la lectura que de éstos hacen sus intérpretes vinculantes, y que la Argentina reconoce como integrantes del bloque de constitucionalidad luego de la reformas constitucional de 1994. Pasemos entonces al desarrollo de estos ítemes.

### 3. LOS DILEMAS ÉTICOS Y LA RELACIÓN MÉDICO - PACIENTE

La práctica médica, tanto diagnóstica como terapéutica, consiste en una continua toma de decisiones en condiciones de incertidumbre; decisiones que merecerán el calificativo de racionales siempre y cuando se hayan realizado conforme a los criterios de la lógica. Educar al médico en los métodos de toma de decisiones es una de las máximas responsabilidades de las instituciones médicas docentes, pero los pacientes no presentan problemas sólo biológicos sino también morales.

Los problemas humanos no son nunca exclusivamente biológicos son también morales. El proceso de toma de decisiones morales en el área sanitaria es enormemente complejo y necesita un tratamiento específico. La Bioética<sup>2</sup> desafió la creencia que aquéllos bien entrenados en medicina y ciencia estaban igualmente capacitados para tomar decisiones morales; lo que pretende es resolver los problemas prácticos que plantean el ejercicio de la biología y la medicina en una sociedad secularizada y pluralista. Se da por supuesto que cada uno de los agentes que intervienen en la relación médico-sanitaria tiene ya formada su propia conciencia moral, y lo que intenta enseñársele es cómo tomar decisiones concretas, que sean razonables y que como tal puedan ser aceptadas por la mayoría. La experiencia demuestra que cuando no se toman estas precauciones, los conflictos entre médicos y pacientes aumentan en número y gravedad, haciendo en muchos casos necesaria la intervención de la justicia. Cuando, por el contrario, se actúa conforme a los criterios de razonabilidad y buen sentido, las relaciones humanas mejoran, produciendo mayor

<sup>2</sup> Ha sido definida como «el estudio sistemático de las decisiones morales incluyendo la visión moral, decisiones, conductas y políticas, de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodología éticas en el espacio interdisciplinario». En Warren Reich (ed.). *Encyclopaedia of Bioethics*. Vol. 1. Nueva York: Simon&Shuster Macmillan, 1995.

satisfacción tanto en profesionales como pacientes, lo cual es un excelente índice de calidad de vida, razón de ser y objetivo último de todo el sistema sanitario.<sup>3</sup>

Entre especialistas en ética aplicada existe consenso en considerar a la Bioética como distinta, mas no separada de la ética tradicionalmente entendida, por tratarse no solamente de una disciplina filosófica preocupada en analizar desde el punto de vista de la tradición filosófica las cuestiones sobre lo que es correcto, bueno y justo, sino además en una práctica consistente en aplicar los procesos del razonamiento práctico a conflictos y dilemas morales que surgen del campo de las investigaciones médicas y biológicas.<sup>4</sup>

La intersección de la ética y las ciencias de la vida denota no sólo un campo particular de investigación, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de medicina, biología y medio ambiente, y una perspectiva cultural.<sup>5</sup> Expresa, de alguna manera, el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social.

Como todo acto verdaderamente humano, la relación entre médico y enfermo tiene para ambos un constitutivo carácter ético;<sup>6</sup> los problemas éticos clínicos en la relación entre profesional y paciente referidos al diagnóstico y tratamiento de sujetos particulares comienzan con la revisión de las reglas éticas que fundamentan esa relación y que son las de confidencialidad, veracidad y consentimiento informado.<sup>7</sup>

La relación médico-paciente es una situación que despliega un amplio abanico de variables desde las cuales son posibles tantas clases de análisis como perspectivas individualizadas, ilustrando claramente

<sup>3</sup> GRACIA, Diego. Prólogo a la edición castellana de *Ética médica*. BEAUCHAMP, Tom y Laurence Mc CULLOCH, Buenos Aires: Labor Universitaria, 1984, p. 3.

<sup>4</sup> SCHRAMAN, Roland Fermin. «Algunas controversias semánticas e morais acerca do acceso e do uso do genoma humano». *Rev. Limite. «A Etica e o Debate Jurídico sobre acesso y uso do Genoma Humano»*. Fernanda Carneiro y María Celeste Emerik (organizadoras). Río de Janeiro: Fiocruz 2000, p. 130.

<sup>5</sup> CALLAHAN, Daniel. «Bioethics». En REICH, Warren, (ed.). *Encyclopaedia of Bioethics*. Nueva York: Simon&Shuster Macmillan, 1995, Vol.1, pp. 247-258.

<sup>6</sup> LAIN ENTRALGO, Pedro. *El médico y el enfermo*. Madrid: Guadarrama, 1969, p. 208.

<sup>7</sup> TEALDI, Juan Carlos. «Transgénicos». Documentos/referencia bibliográfica facilitado por el autor.

tanto la vocación transdisciplinaria de la Bioética como su carácter dilemático; dentro de esta situación ubicamos al acto médico.

En sentido estricto se ha entendido al acto médico como toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica, entendiendo por tal los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico; sus características son profesionalidad, ejecución regular o típica y licitud.<sup>8</sup>

Los dilemas que surgen en la relación médico-paciente pueden ser analizados tradicionalmente desde dos modelos o patrones de responsabilidad moral que comparten un origen común: procurar los mejores intereses del enfermo.

Cada modelo se origina a partir de dos puntos de vista fundamentales desde los que pueden interpretarse dichos intereses: *el modelo de beneficencia* y *el modelo de autonomía*. Estos modelos ayudan al médico analizar y justificar actitudes y comportamientos moralmente apropiados por su parte en el cuidado de los pacientes.

La preeminencia o no de ciertos valores define el tipo de relación médico-paciente, aunque no hay que olvidarse que tanto médicos como pacientes están insertos en una sociedad, una cultura particular y generalmente en instituciones y éstas influyen y atraviesan la relación.<sup>9</sup>

Cada modelo engloba cuatro elementos interrelacionados: *el fin moral* de la medicina, procurar los mejores intereses del paciente; *un principio* que estipule la significación moral de puntos de vista distintos sobre los mejores intereses del paciente; *obligaciones* (o deberes) que derivan de este principio; y *virtudes* que derivan de este principio.

#### 4. EL MODELO DE BENEFICENCIA

La pregunta fundamental sobre la beneficencia en el contexto de la relación médico-paciente es: ¿qué quiere decir, para el médico, buscar el mayor predominio del bien sobre el mal en la asistencia a los pacientes?

<sup>8</sup> Varsi Rospiglio, Enrique. *Derecho médico peruano*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, 2001.

<sup>9</sup> Luna, Florencia y Arleens Salles. *Decisiones de vida y muerte*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995, p. 42.

El modelo de beneficencia responde a esta pregunta desde lo que piensa la medicina que son los mejores intereses del paciente.

Las fuentes históricas primarias del modelo de beneficencia se encuentran en la ética médica desarrollada en Occidente a lo largo de los últimos dos mil quinientos años, pudiendo sistematizarse dos períodos: el primero en la antigua Grecia y los médicos hipocráticos; el segundo en la Gran Bretaña del siglo XVIII, en concreto, la ética médica del médico escocés John Gregory.<sup>10</sup>

Los eruditos escritos de Ludwing Edelstein sobre el juramento y otros escritos hipocráticos han demostrado que tienen sus raíces en una secta religiosa de la antigua Grecia conocida como pitagorismo. El fin moral de la medicina aparece en un párrafo central del juramento «Utilizaré el régimen dietético para bien de los enfermos, de acuerdo a mi capacidad y juicio; alejaré de ellos el mal y la injusticia». En el escrito *Sobre el arte* dice: «Voy a definir lo que considero que es la medicina: el apartar por completo los padecimientos de los que están enfermos y mitigar los rigores de sus enfermedades y el no tratar a los ya dominados por las enfermedades, consciente de que en tales casos ya no tiene poder la medicina».

Diversos elementos del modelo de beneficencia proceden de la ética médica de Grecia: primero, el modelo construye su esquema de responsabilidades morales de los médicos en términos del objetivo o fin de la medicina. Segundo, procurar los mejores intereses del paciente tal y como los entiende la medicina; sobre esa base aporta significados clave el principio de beneficencia. En tercer lugar, utilizar este principio para demostrar que la obligación primaria, aunque *prima facie*, del médico, es beneficiar al paciente, siendo la condición limitante la prevención del mal innecesario.

Este concepto de obligaciones o deberes *prima facie*, procede de una calificación que hace Ross de las fuentes y tipos de deberes morales. De acuerdo con Ross en cada circunstancia debemos hallar el «mayor deber», encontrando el «mayor equilibrio» entre lo justo sobre lo injusto en cada contexto concreto. Introduce entonces su distinción central

---

<sup>10</sup> BEAUCHAMP, Tom y Laurence Mc CULLOGH. *Ética Médica*. Madrid: Labor Universitaria, 1984, pp. 31 y ss.

entre deberes *prima facie* y deberes *actuales*; el deber *prima facie* es un deber que siempre hay que cumplir a no ser que entre en conflicto en un determinado caso con un deber igual o más fuerte.

Las raíces de la ética hipocrática tienen un carácter parcialmente religioso. En la era moderna las influencias religiosas acerca de la ética médica empezaron a ser reemplazadas por las influencias laicas, entre ellas, filosóficas. En esta época, esencialmente en el siglo XVIII tiene sus raíces más firmes el espíritu filosófico de la ética médica. Entre las figuras más importantes en esta transición se encuentra J. Gregory, profesor de práctica médica en Edimburgo, sus *Lectures on the Duties and Qualifications of a Physician* (1772) influyeron en la ética médica hasta bien entrado el siglo XIX.

Gregory comienza su tratado definiendo a la medicina como «el arte de conservar la salud, prolongar la vida y curar las enfermedades». Sostiene que la medicina tiene un fin moral intrínseco: el médico no es una persona cuyos intereses y valores estén sencillamente suplementados por responsabilidades adicionales con los pacientes. El mismo papel moral del médico se entiende en términos de beneficencia. Además pone un énfasis especial en las virtudes; afirma que en todos los casos de conflicto entre los intereses personales del médico y sus obligaciones con los pacientes, la virtud requiere que se dé prioridad a estas últimas.

En la historia de la medicina, el médico ha desempeñado principalmente funciones de asistencia y consuelo, siendo la beneficencia la base moral de estas funciones. Cuando eclosionó la ciencia médica en el siglo XX, la medicina se convirtió en una materia más técnica y científica.

La transformación de la medicina se inició unas dos décadas atrás; los conflictos éticos de una práctica profesional cada vez más emplazada por el imperativo tecnológico y la creciente conciencia de los derechos humanos llevados al campo de la salud bajo la forma jurídica de los derechos de los enfermos pusieron en crisis los cimientos institucionales de la profesión médica basada hasta entonces en la potestad del médico sobre el enfermo.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> BRUSSINO, Silvia. «Bioética, racionalidad y principio de la realidad». *Cuadernos de Bioética*. Año 1, n.º 0. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, pp. 39-52.

#### **4.1. Los elementos del modelo de beneficencia**

Los elementos del modelo de beneficencia se apoyan unos sobre otros aportando una visión integrada de las dimensiones morales del papel del médico. Éstos son:

1. El fin moral de la medicina: es fomentar los mejores intereses del paciente, tal y como se entiende desde el punto de vista de la medicina.
2. Principio moral básico: el principio de beneficencia es fundamental; dispone que el médico busque el bien del paciente (salud, prevención, eliminación o control de enfermedades y lesiones, alivio de dolores y sufrimientos innecesarios, mejora de minusvalías, vida prolongada, etc.) y evite los males, tales como la medicina los entiende.
3. Obligaciones morales derivadas: las relacionadas con su rol que derivan del principio de beneficencia: comunicación sincera, confianza, fidelidad.
4. Virtudes derivadas: las que derivan del principio mencionado: sinceridad, confianza, fidelidad.<sup>12</sup>

Esta tradicional forma de ejercer la medicina, la que considera al principio de beneficencia como el fundamental y resta importancia a la autonomía de la persona, ha producido muchas veces un exacerbado paternalismo médico. Esta actitud no parece muy acertada en nuestra época dado que, generalmente, los intereses de los pacientes son definidos por él mismo.

En lo macrosocial, ciertas modificaciones en las estructuras políticas y sociales han hecho desestimar los procesos absolutistas y totalitarios dando lugar a los procesos democráticos.

Este cambio de mentalidad influye en la relación médico - paciente, la cual empieza a ser cuestionada. La revolución bioética de la medicina ha transformado al enfermo en un sujeto moralmente competente, capaz en principio de tomar decisiones sobre su propia vida y bajo ciertas circunstancias sobre su propia muerte.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BEUCHAMP y MC CULLAUGH. *Op. cit.* p. 42.

<sup>13</sup> BRUSSINO, Silvia. *Op. cit.*

Existe, finalmente, otra exigencia ética que se ha derivado de los cambios producidos por la medicina moderna. En épocas anteriores, los servicios sanitarios se prestaban como un gesto de altruismo y generosidad, cuando no se daban las condiciones económicas para ofrecerlos a los ciudadanos como una función social. La entrega en manos del médico era absoluta para que él determinara lo que considerara más conveniente. Se daba por ello una actitud de superioridad y paternalismo hacia el que todo lo espera en medio de su impotencia.

Lo que antes era un gesto de beneficencia o una prestación remunerada por los particulares, ahora se ha convertido en un servicio público al que todo el mundo, al menos en teoría, tiene derecho. El principio de beneficencia deja de ser el único criterio, para completarse ahora con el principio de justicia.

A partir de ese momento se comienzan a desarrollar los derechos de los enfermos como una exigencia de la justicia que brota, entre otros, de su condición de consumidor. Ya no será una persona que intenta obtener su salud por simple beneficencia, sino que ahora podrá pedirla como un derecho que afecta también la responsabilidad de los médicos. El enfermo como ser autónomo, ha perdido su condición de menor de edad y participará en las decisiones sobre su salud.<sup>14</sup>

Hemos nombrado reiteradamente al paternalismo médico y esbozamos que el choque entre el médico benefactor y el paciente autónomo constituye la esencia del problema del paternalismo médico, pero ¿qué se entiende por paternalismo? Seguiremos aquí también la propuesta de Beauchamp y Mc Culloch.

En el texto hipocrático *Sobre la decencia*, se le ordena al médico que oculte «la mayoría de las cosas». Es ilustrativo el punto de vista del primer Código Ético de la Americal Medical Association: «El paciente siempre debe cumplir, de forma inmediata y absoluta lo que prescriba su médico. Nunca debe permitir que sus propias opiniones, que son toscas, influyan sobre el cumplimiento de dichas prescripciones».

Algunos autores recientes apoyan el paternalismo, al sostener que adherir al modelo de autonomía en medicina puede ser peligroso para

<sup>14</sup> LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo. «Los hospitales: la técnica frente al humanismo». *Revista Jurisprudencia Argentina*, octubre 28, n.º 6113, 1998, p. 44.

la salud del paciente y puede conducir a prácticas clínicas cuestionables, comprometiendo la responsabilidad del médico.

La palabra «paternalismo» se ha utilizado tradicionalmente para referirse a la práctica de tratar a las personas como un padre trataría a sus hijos; en su aplicación a los médicos, esta analogía alude a dos rasgos: la beneficencia del padre, su actuación en defensa de los mejores intereses de sus hijos y la legítima autoridad del padre. En filosofía moral el término «paternalismo» se ha usado en un sentido más limitado: para referirse a las prácticas que restringen o prohíben los actos autónomos de personas sin su consentimiento directo.

Podrá definirse como: a) limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra; b) cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada.<sup>15</sup>

Una postura extrema, sostenida por H. L. Hart, mantiene que los múltiples factores que inhiben el comportamiento voluntario (el miedo a morir, al dolor, a la carga económica que un tratamiento representaría, etcétera) convierten al paternalismo en una práctica perfectamente aceptable. No todos los paternalistas llegan, sin embargo, tan lejos; en lugar de ello se centran en un número limitado de casos en los que se encuentra disminuida la capacidad del paciente de tomar decisiones.

Algunos autores introducen aquí una distinción: entre un paternalismo fuerte y un paternalismo débil.

El paternalismo fuerte apela al derecho de no tener en cuenta o prevenir tanto los actos autónomos como los no autónomos de las personas. El paternalismo débil sostiene que la conducta de una persona que sólo la afecta a ella únicamente podría ser limitada si básicamente no es autónoma, sólo cabría intervenir si la autonomía es cuestionable y no por el mero hecho de que sus acciones sean «peligrosas» o «irracionales». Este desplazamiento de la mira desde el paternalismo *per se* a la autonomía reducida obliga a preguntarse si hay alguna diferencia entre los antipaternalistas y los paternalistas débiles.

---

<sup>15</sup> BEAUCHAMP y MC CULLOGH. *Op. cit.*, p. 98.

Generalmente se ha considerado como fuente filosófica clásica del antipaternalismo a *Sobre la libertad* de John Stuart Mill (1859). Mill llega a la conclusión de que el único fundamento válido para interferir en las opciones y decisiones autónomas de una persona es el daño producido a otro y no el daño producido a sí mismo. El interferir para proteger a un individuo autónomo de daños autoinflingidos es paternalista y está estrictamente prohibido.

Un segundo argumento que surgió con posterioridad es el escepticismo ante la suposición de que los médicos —y las autoridades— tienen la capacidad de conocer los mejores intereses del paciente y sus familias, mejor que ellos mismos.

Tanto el paternalismo débil como el antipaternalismo confluyen en los siguientes extremos: a) es justificable la interferencia para proteger al paciente de males producidos de forma no autónoma; y b) no es justificable la interferencia para proteger al paciente de males producidos en forma autónoma. Por lo tanto, parecería que el paternalismo débil no es un tipo de paternalismo que pueda ser diferenciado por algo destacable del antipaternalismo.

Aparentemente sólo el paternalismo fuerte justificaría intervenciones en contra de la autonomía aunque la práctica demuestra que no en todos los casos, ya que muchas veces lo que se cuestiona es la capacidad de tomar decisiones del paciente, su autonomía (autónomos, capacidad de dictarse sus propias normas).

Los parámetros que se han tenido en cuenta para realizar esta evaluación determinarán la pertenencia a uno u otro sistema; así no es lo mismo considerar que una persona tiene su autonomía reducida en virtud de padecer una patología psiquiátrica que le impide hacer una composición de situación, padece algún tipo de retraso mental, etc., a considerar que, porque el paciente no tiene el nivel de instrucción equiparable al del médico y está enfermo, el temor y la ignorancia le impiden tomar una decisión tan acertada como la del profesional.

Este breve *pantallazo* entre antipaternalistas y paternalistas permite servir de introducción para incursionar en el otro modelo de responsabilidad moral: el modelo de autonomía.

## 5. EL MODELO DE AUTONOMÍA

A diferencia del modelo anterior, el modelo de autonomía considera los valores y creencias del paciente como la principal consideración moral en la determinación de las responsabilidades morales del médico en la asistencia del paciente: si los valores del paciente se enfrentan directamente con los de la medicina, la responsabilidad fundamental de los médicos consiste en respetar y facilitar una autodeterminación del paciente en la toma de decisiones sobre su destino médico. Las obligaciones y virtudes del médico brotan, por lo tanto, del principio de autonomía.

### 5.1. Las fuentes filosóficas del modelo

Sus formulaciones más destacables se encuentran en la ética filosófica del siglo XVII y siglo XVIII, en concreto, en las obras de Locke y Kant. A Locke le preocupaba el poder del Estado y la protección de los derechos individuales, el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y a la propiedad formaban parte de un sistema básico de derechos no interferibles: el Estado no podía interferir sin autorización del individuo. Kant estaba interesado en las condiciones necesarias para establecer una comunidad moral cuyo rasgo distintivo fuera el mutuo respeto: para él es fundamental el requisito de ser libres para poder elegir; por lo tanto, al evaluar las decisiones y acciones de los demás tenemos el deber de concederles el mismo derecho a emitir sus juicios que tenemos nosotros.

No obstante, el respeto a la autonomía es un deber *prima facie* y, por lo tanto, puede ser superado por otros principios morales que permitan limitar la autonomía.

Podemos dar una definición de autonomía diciendo que la decisión de una determinada persona es autónoma si procede de los valores y creencias propias de dicha persona; se basa en una información y comprensión adecuadas y no vienen impuestas por coacciones internas o externas. La autonomía de la persona puede verse reducida si alguna de estas condiciones no se cumplen o se cumplen sólo en parte.

Son elementos del modelo:

1. El fin moral de la medicina: es promover los mejores intereses del paciente tal y como vienen determinados por las decisiones autónomas de cada uno de ellos.

2. Principio moral básico: el de respeto a la autonomía es el único principio fundamental. Dispone que el médico respete las decisiones y acciones autónomas del paciente concerniente a la asistencia médica.
3. Obligaciones morales: las derivadas del respeto a la autonomía: revelación de la información médica, confidencialidad, fidelidad, etc.
4. Virtudes morales: veracidad, ecuanimidad, fidelidad.

Pasemos entonces a ver cómo se entiende la influencia de los modelos de toma de decisiones morales en medicina con la responsabilidad profesional.

Ejemplificaremos con un artículo de la Ley n.º 17.132, que hasta hace muy poco tiempo era considerada como aquélla que regulaba el ejercicio de la medicina en la Argentina. Los cuestionamientos acerca de su constitucionalidad y el surgimiento de leyes provinciales más permisivas y acordes al respeto de la autonomía individual en los temas de anticoncepción quirúrgica voluntaria, llevaron a preguntarse también sobre su aplicación territorial, que hasta entonces no había sido discutida. Compartimos la opinión de que se trata de una ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que así lo dice el artículo 1 de la misma ley, si bien hay doctrina que sigue sosteniendo el carácter federal de todas sus disposiciones.

## 6. LAS RESPONSABILIDADES PROFESIONALES: DEBER DE ASISTENCIA, OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y AUTONOMÍA

Es profesional quien realiza una tarea con habitualidad y afán de lucro, puesto que vive del producido de su haber. La mayoría o casi la totalidad del quehacer profesional se brinda a través de una situación contractual. El profesional y el cliente celebran un contrato por el cual el primero se compromete, contra un pago en dinero, a brindar su servicio profesional, la actividad específica que le compete y para la cual se encuentra habilitado su título. Los servicios extracontractuales son escasos; así, por ejemplo, el médico que atiende a un peatón desvanecido en la vía pública, en tales hipótesis suele hablarse de función a cargo del profesional.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> BUERES, ITURRASPE y otros. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hamurabi, 1992, p. 452.

Una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo en lo que va de este siglo es, justamente, la medicina; lo que implica un acrecentamiento de la actividad médica y, por ende, de los riesgos de la misma, con la consiguiente responsabilidad profesional. El médico está sujeto a un deber de humanismo médico que consiste en la obligación de prestar la asistencia debida y técnicamente adecuada, lo que en la primera parte del trabajo describíamos como el deber de beneficencia y no maleficencia.

El artículo 3, inciso 2 de la Ley n.º 17. 132 de ejercicio de la medicina dispone la obligación del médico de asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo dispone y hasta tanto, en caso de decidir la no prestación de asistencia, sea posible delegarla en otro profesional.

Ello significa que el médico tiene el deber legal de asistir a los enfermos, la omisión de la asistencia debida puede generar su responsabilidad en los términos del artículo 1074 del Código Civil; si las circunstancias demuestran que el paciente sufrió un daño por la agravación de sus dolencias y aun la muerte por falta de intervención médica, que de haberse producido, hubiese evitado la consecuencia dañosa, o que el paciente hubiese tenido razonables posibilidades de sobrevivir o mejorara su salud. La negativa injustificada puede dar lugar a una responsabilidad directa y personal de carácter extracontractual, pues de lo que se trata es de la negativa del médico a prestar su servicio profesional fuera de todo contrato.<sup>17</sup>

Creo necesario en este punto hacer una aclaración: si bien el médico está vinculado por un deber legal y ético a la atención de un paciente, no es menos cierto que el médico está facultado para negarse a realizar una intervención o tratamiento determinado a un paciente, aun a pedido de éste, ejerciendo su derecho a la objeción de conciencia, sin que le quepa por esto reproche legal, siempre y cuando la objeción de conciencia se ejerciera en ciertas circunstancias y cumpliendo los requisitos requeridos por cada legislación.

Tal es el caso de un paciente que deseara someterse a un tratamiento en fase de experimentación y solicita ser controlado por su médico

<sup>17</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 493.

habitual, quien desaprueba el método por encontrarlo demasiado riesgoso o con pocas probabilidades de éxito o porque tiene características que le resultan inaceptables éticamente, por ejemplo, la celuloterapia con embriones para regenerar tejidos, etc.; o el médico que ante un diagnóstico de un embarazo de alto riesgo debiera realizar un aborto terapéutico y esto fuera contrario a sus principios morales o religiosos, puede válidamente negarse a intervenir.

### 6.1. Apuntes jurisprudenciales

Así se consideró en la causa «A. K.», sentencia del 5 de septiembre de 1997, donde frente a la presencia de un feto con gravísimas malformaciones y una madre con un cuadro de insulino dependencia aguda, el juez de primera instancia, al resolver el recurso de amparo que solicitaba la autorización para proceder a la inducción al parto, y la posterior *lisis tubaria*, a fin de salvaguardar la vida de la mujer (inducción que acarrearía con seguridad la muerte del feto), estableció en el punto 3 de la sentencia que de mediar objeción de conciencia fundada de algún profesional, ésta debía ser respetada.<sup>18</sup>

Sin embargo, no podría ejercer este derecho si se viera en una situación de emergencia y no hubiera otro médico capaz de atender al paciente, ya que comportaría un ejercicio abusivo de su derecho y una clara desatención a su obligación legal. Cabría preguntarse, por ejemplo, en el caso del médico que debe realizar un aborto para salvar la vida de la madre, si de negarse e intentar otra técnica, la mujer muriera como consecuencia de la alternativa elegida, le cabría al médico responsabilidad.

La objeción de conciencia tiene como presupuesto que existe una obligación legal,<sup>19</sup> originando una suerte de tensión entre dos normas, aquélla que establece la obligación legal, en este caso la de asistencia, y el derecho constitucional que le asiste a negarse a realizar prácticas que repugnen a sus convicciones personales.<sup>20</sup> En una democracia

<sup>18</sup> Juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata, 3, sentencia del 5/9/97, juez Pedro Hooft.

<sup>19</sup> COLAUTTI, Carlos. «Acerca de la obligación de someterse a tratamiento médico». LL 1996-C, p. 340.

<sup>20</sup> CSJN, sentencia del 18 de abril de 1989, Alfredo Portillo. Publicado en LL 1989-C, pp. 485 y ss.

constitucional la dignidad de la persona humana exige que se respeten las decisiones de la persona y el propio plan o proyecto de vida que cada uno elige para sí, en la medida en que no perjudiquen a terceros y no afecten el bien común.<sup>21</sup>

El deber de prestar asistencia técnicamente adecuada supone que el médico fue requerido y aceptó intervenir, lo cual significa que asumió su deber de prestación médica. Sería el caso del médico ginecólogo que ha atendido el embarazo de la mujer, pero que ante una complicación, como el caso de la sentencia comentada, que se desencadenó en el último trimestre, se niega a realizar un procedimiento como el que allí se recomienda ya que implicaría la muerte del no nacido.

Si se trata de una operación programada, donde el profesional puede derivar la cirugía a otro colega, informando previamente de esta circunstancia y los hechos que motivan a la paciente, no habría, en principio, impedimento alguno. Pero si la complicación se manifestara al momento de realizar la intervención y en vez de optar por la opción más segura y recomendada por el saber médico, elige otra para salvar al feto, la omisión en este caso de prestar la asistencia conforme a los principios de la técnica y el arte de curar da lugar a responsabilidad, porque el profesional se comprometió a satisfacer la natural expectativa del paciente de recuperar su salud o mejorar su estado; de tratarse de un inadecuado procedimiento quirúrgico, negligencia en la intervención o inobservancia de las reglas técnicas aconsejables, quedaría configurada su responsabilidad culpable.

También debe distinguirse cuál es la postura del paciente, ya que si esta negativa a realizar el aborto terapéutico en una situación de emergencia se da, como en el caso que comentamos, mediando expreso deseo de la paciente y de su esposo de llevar adelante el procedimiento para resguardar la vida de la madre, es claro que prima el deber de asistencia, ya que lo contrario produciría un grave perjuicio a los involucrados; pero si el médico opta por otra técnica, aunque no fuera tan segura, con el fin de resguardar también la vida del no nacido, aun a costa de la de la madre, porque esto es lo que

<sup>21</sup> Juzg Nac. Crim y Corr. n.º 3 Mar del Plata, sentencia del diciembre de 1995. - «P. A. F.», publicado en LL 1997-F, pp. 601 y ss.

deliberada y conscientemente ha solicitado la paciente, no incurre en responsabilidad, ya que la conducta opuesta, actuar de acuerdo a las mejores indicaciones de la técnica, pero contrariando la expresa voluntad de la paciente, sería una inaceptable vulneración de su dignidad personal.

De lo dicho se desprende que la negativa a someterse a un determinado tratamiento médico implica el ejercicio de un derecho de soberanía sobre el propio cuerpo; este derecho no puede ser negado, entre otras razones, porque implicaría la necesidad de someter al paciente a violencia o engaño, es decir, quebrar su voluntad lo que está jurídicamente prohibido ya que sería una situación esencial de indignidad.<sup>22</sup>

Vemos aquí la influencia del modelo de beneficencia y del modelo de autonomía en la determinación de la responsabilidad del médico; el respeto a la autonomía del paciente, quien decide a qué tratamiento someterse y a cuál no, establece un ámbito de privacidad que no puede ser violentado por la decisión médica, por lo tanto, las consecuencias dañosas que de su determinación se deriven no le serán imputables al profesional. Y no es necesario realizar artificiosas elucubraciones acerca de si se configuran o no los presupuestos de la responsabilidad civil, porque sencillamente la obligación legal de prestar la asistencia debida termina frente a la capacidad del enfermo en condiciones de realizar verdaderas opciones informadas, y disponer de su cuerpo y su salud.

Bajo el modelo de beneficencia que considera que los mejores intereses del paciente deben ser evaluados desde el ámbito de la medicina, la obligación del médico es procurar el tratamiento más idóneo, entendiendo la jurisprudencia que carece de poder determinante la opinión del enfermo, dado que éste carecería de los elementos de juicio necesarios para evaluar qué es lo que más le conviene. Y adoptar cualquier otra conducta lo haría responsable por negligencia, imprudencia o impericia en el ejercicio de su profesión, ya que debe actuar conforme a las reglas del arte; y, reiteramos, esta regla indica que debe hacerse lo que la medicina establezca que es lo mejor para preservar la salud del paciente en el caso concreto.

---

<sup>22</sup> CNCIV, Sala G, sentencia del 11 de agosto del año 1995, LL 1996 - C, pp. 390 y ss.

Así, en un caso de 1976, ante el peligro de una mujer internada en una clínica, en donde había dado a luz una criatura, el padre de la moribunda invocando su interés legítimo y la incapacidad temporaria de la paciente compareció ante la justicia para solicitar que se dispusiera como medida cautelar destinada a preservar el supremo valor de la vida «y con la urgencia del caso, una orden para que en el establecimiento donde se hallaba la enferma se cumpliera con todo tratamiento aconsejado por la técnica médica a fin de salvarle la vida, aun cuando mediare oposición de ésta para su cumplimiento».

El juez de turno ordenó al responsable de la clínica aplicar todos los tratamientos necesarios, inclusive la transfusión de sangre, aun cuando mediare oposición de cualquier otra persona. Pero dos días después de ordenada la medida, la enferma y su esposo hicieron una declaración ante escribano público manifestando su oposición a ser transfundida, aun cuando mediare riesgo de muerte y haciéndose responsable por su decisión.

El magistrado hizo comparecer al médico forense quien informó que debido a una aguda anemia eran necesarias transfusiones de sangre, lo que no había sido cumplido por la clínica. Un par de días más tarde el marido de la paciente pidió se levantara la cautelar por pertenecer él y su esposa al grupo Testigos de Jehová; el padre de la mujer insistió en sus planteos, y manifestó que su incumplimiento podía dar lugar a los delitos de lesiones graves y desacato. El juez ordenó se mantuvieran las medidas cautelares.

En un muy conocido comentario a este caso, el doctor Guastavino sostuvo que vivir es el primer derecho de las personas, necesario para que esta exista y sea titular de los restantes derechos, pero no es un derecho absoluto; y suponiendo que el paciente conserve su plena lucidez psíquica y se niegue a un tratamiento quirúrgico, el médico puede intentar persuadirlo, pero no puede ir más allá. Sin embargo, esta consideración que hace respecto de las intervenciones quirúrgicas peligrosas cambia al tratar el tema de las transfusiones «y otras medidas sencillas», donde opina que «siendo segura la terapia, si no ocasiona molestias o dolores, y fundamentalmente si resulta imprescindible para prolongar la vida y conservar la salud, cabe su imposición a la persona aun en contra de la voluntad de la misma. Corrobora esta posición la ilicitud del suicidio. Negarse, en las condiciones que

se indican, al tratamiento terapéutico seguro, indoloro y necesario configura un suicidio indirecto o al menos se aproxima gravemente a ello».<sup>23</sup> <sup>24</sup>

El derecho o el deber de un médico parece entrar en conflicto con dos cosas: a) la libertad religiosa del Testigo de Jehová; b) la autonomía del paciente en cuanto persona y su derecho a decidir respecto de los temas que afectan su vida y su muerte.

El valor de la vida humana y el deber de preservarla son considerados valores morales de suma importancia en nuestra cultura, valores que invocan los que consideran el derecho a imponer un tratamiento médico. Se pueden construir argumentos basados en principios morales válidos para apoyar cualquiera de las dos posturas y, de hecho, tales posturas han aparecido en muchos casos legales en los últimos años.

En el caso R.N.E., quien también se opuso a la transfusión sanguínea, el juez Cárdenas evalúa la postura de Guastavino y la del profesor Bidart Campos, quien entiende que una persona mayor y en condiciones de escoger su religión debe ser respetada en sus decisiones cuando no involucra bienes o derechos de terceros, y si dicha persona se resiste a una transfusión cuya omisión puede perjudicarla a ella solamente su objeción de conciencia merece ser acogida y respetada.<sup>25</sup>

El juez Cárdenas considera que la vida, la integridad personal y la salud están consideradas en la conciencia social y en el derecho positivo como bienes que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente; pero que por encima del derecho a la vida está el derecho a la dignidad, y dentro de éste tiene un primer rango el respeto a las íntimas convicciones religiosas, que puede llevar incluso a la muerte. Y deniega el pedido de los hijos de R.N.E. a que se transfunda a su padre.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> GUASTAVINO, Elías. «Negativa a aceptar una transfusión de sangre». *Revista La Ley*, 1976, A, p. 9.

<sup>24</sup> La opinión de Guastavino, que es compartido por otros prestigiosos comentaristas como José Tobias y Alberto Bueres para quienes la solución radica en hacer prevalecer el derecho del médico a cumplir su deber sanitario en los casos que el tratamiento es seguro y sencillo, sería muy difícil de sustentar en la actualidad, ya que implicaría desconocer el derecho a la autodeterminación que tiene su basamento en la dignidad de la persona.

<sup>25</sup> BIDART CAMPOS, Germán. ED, Toro 114, p. 113.

<sup>26</sup> Sentencia de 1<sup>a</sup>. instancia Civil, Juzgado n.º 9, Capital Federal, diciembre 4, 1986, R. N. E. *La Ley*, t. 1987.

## 7. RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

En Argentina, el modelo de autonomía entra en escena con la posibilidad de negarse a recibir tratamiento médico y el reconocimiento del principio de autonomía en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Mencionamos aquí algunas de las sentencias más notables.

Así, mientras que sentencias anteriores a 1984 declaraban la *sacralidad* de la vida humana «sin la cual los otros derechos no son posibles»,<sup>27</sup> y los jueces facultaban a los médicos a proceder según el criterio de la ciencia en contra de la voluntad expresa del paciente, si el tratamiento era «seguro, indoloro, y necesario para prolongar la vida y mantener la salud»; con el advenimiento de la democracia se centra el foco en el valor de la persona y así, en 1986, la Suprema Corte en el caso *Bazterrica*<sup>28</sup> establece la «prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, que responde al hecho de que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos elijan».

En *Portillo*,<sup>29</sup> en 1989, la Corte advierte sobre el peligro de la violencia estatal respecto del fuero íntimo abarcando un sistema de valores, no necesariamente religiosos, en los que el sujeto podía basar su propio plan de vida, que debía ser protegido.

El caso *Ponzetti de Balbín*<sup>30</sup> analiza de cerca los aspectos del derecho a la intimidad «el derecho a la privacidad... comprende otros aspectos... tales como la intangibilidad corporal... y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona». En el año 1993, en la causa *Bahamondez*<sup>31</sup> declara enfáticamente la inviolabilidad, y «el respeto por la persona humana, valor jurídicamente protegido, con respeto de los

<sup>27</sup> Es clásica la cita al caso resuelto en 1976 con el comentario aprobatorio del doctor Guastavino que comentamos precedentemente.

<sup>28</sup> CSJN. *Bazterrica*, Gustavo. Sentencia del 29 de agosto de 1986, publicada en LL 1986-D, pp. 547 y ss.

<sup>29</sup> CSJN. *Portillo*, Alfredo. Sentencia del 18 de abril de 1989, publicada en LL, 1989-C, pp. 401 y ss.

<sup>30</sup> CSJN. *Fallos* 306: 1892.

<sup>31</sup> CSJN. *Bahamondez*, Marcelo. Sentencia de abril de 1993, publicada en LL 1993-D, pp. 130 y ss.

cuales los demás tienen carácter instrumental». En el caso Tanus<sup>32</sup> del año 2001, la Corte reconoce la dimensión psíquica de la salud.

A este reconocimiento del más alto tribunal, así como los numerosos pronunciamientos de jueces de primera y segunda instancia, se suma la doctrina especializada que consiste en admitir la preeminencia y raigambre constitucional del principio de autonomía en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>33</sup>

Es posible observar una íntima relación entre el derecho a la privacidad, el derecho a la dignidad personal, el derecho a la integridad somática, psíquica y moral, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y el derecho a la objeción de conciencia.

El precepto constitucional se completa con una enfática declaración de que nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, lo que consagra para el derecho positivo argentino el dogma de la permisión, por lo cual todo está permitido mientras no esté prohibido (Principio de clausura).

En lo relativo al desarrollo del proyecto de vida (autonomía personal o libre desarrollo de la personalidad), debe tenerse presente que el plan de vida de cada ser humano, en la medida en que se traduce en conductas autorreferentes e implica la construcción de la identidad del sujeto al hacer patente su libertad ontológica, no es limitable por terceros y es también un derecho fundamental.<sup>34</sup> Por otro lado, el derecho a la integridad psicosomática, contempla el derecho a rechazar tratamientos médicos. Esto nos permite sostener que no existe, en principio, un deber de curarse.<sup>35</sup>

En estas cuestiones debatidas no está involucrado ningún derecho de los profesionales médicos; como afirma Bidart Campos: la medicina y el auxilio médico no son ni pueden ser algo distinto a un auxilio para

<sup>32</sup> Exp. 715/00 Tanus Silvia c/ Gobierno de la Ciudad s/ amparo. CSJN sentencia del 11/1/01.

<sup>33</sup> Claramente en este sentido el fallo T.S. CSJN, marzo de 2001. *Cfr.* fundamentos del Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cabe destacar además el pronunciamiento de la Corte en el fallo B. A. s/ autorización judicial. Sentencia del 7/12/01.

<sup>34</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. *Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y la identidad sexual.* Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Arequipa: Adreus, 2008, tomo I, p. 229.

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán. ED 165, p. 360.

la salud y la vida. Vida y salud son bienes o valores a los que el Derecho presta cobertura y a los que define como derechos personales: derecho a la vida, derecho a la salud, también en concordancia con el derecho a la integridad física, psíquica y moral. Pero como en todos los derechos, es su titular o sujeto activo el que dispone su ejercicio.<sup>36</sup>

Este derecho personalísimo a veces impone deberes en sujetos pasivos como los profesionales de la medicina y otros sujetos obligados, pero ello nunca puede obstaculizar la vigencia de la disponibilidad del derecho para su titular.

### 7.1. La lectura desde el modelo de autonomía

Este cambio de paradigma además de conformar y proteger una órbita de intimidad donde no es admisible la injerencia de terceros – incluido el médico – lejos de significar una exclusión del ámbito de la responsabilidad, lo que hace es redefinir las obligaciones del médico frente al paciente, que es la relación en análisis.

Así, el médico está obligado a prestar la debida asistencia, pero ésta deberá ser evaluada desde el modelo contractual (la noción contrato no debe sobrecargarse con implicaciones legales, sino tomarse en su forma más simbólica como concertación o acuerdo).

Aquí, dos individuos o grupos interactúan de forma tal que hay obligaciones y se esperan beneficios para ambas partes, las normas básicas de libertad, dignidad, veracidad, mantenimiento de promesas y justicia son esenciales para una relación contractual. La premisa es fe y confianza, aun cuando se reconozca que no hay una reciprocidad completa de intereses.

Sólo en este modelo puede haber un verdadero compartir de autoridad ética y profesional. Con esta relación hay un reparto, porque el médico reconoce que el paciente debe mantener su libertad de control sobre su propia vida y destino cuando tiene que hacer decisiones significativas. Si el médico no es capaz de sobrelevar su conciencia bajo estos términos, el contrato no se hace o se rompe. Con el modelo contractual hay un compartir por el cual el paciente posee legítimos

---

<sup>36</sup> BIDART CAMPOS, Germán. «Derechos y valores convergentes en la objeción de conciencia a la transfusión de sangre». ED del 25/10/95.

motivos para confiar en que, una vez establecida la estructura de valor para tomar las decisiones médicas instantáneas que deben tomarse a diario para su atención, serán ejecutadas por el profesional dentro de ese marco de referencia.<sup>37</sup>

## 8. LA OBLIGACIÓN DE BRINDAR OPCIONES INFORMADAS: CÓMO SE CONFIGURA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Mucho se ha escrito sobre el consentimiento informado. Por cuestiones de espacio y oportunidad no es nuestra intención hacer aquí un exhaustivo estudio del tema. Baste señalar algunos puntos que consideramos son relevantes para este artículo.

Partimos de definir al consentimiento informado como un proceso de comunicación entre el médico y el paciente. Este proceso, donde se intercambia veracidad, información, confidencialidad y colaboración, no debe ser confundido con el formulario donde queda plasmado este proceso, y que, siendo oportunamente firmado por el paciente, es llamado «consentimiento informado».

Al hablar de servicios médicos se sostiene que el modelo prevalente es el contrato de adhesión. Si bien en este trabajo analizamos en abstracto la relación médico-paciente, sin entrar en los terceros que influencian esa relación, tales como la institución hospitalaria o privada, la obra social o prepaga, el equipo que acompaña al cirujano, los seguros ni las personas con capacidad de discernimiento reducida, me parece interesante dejar planteados algunos conceptos que pueden después incidir en lo analizado.

Se ha dicho que el contrato de adhesión individual es típico de los contratos celebrados por profesionales, que reposa fundamentalmente en la desigual posición jurídica en que las partes quedan situadas en el contrato, una posición asimétrica propia de la relación profesional. Desaparece así la libertad de configurar el contenido del contrato y aparece la figura del «asentimiento» el profesional propone y el paciente se limita a aceptar la decisión. Habría inconvenientes de comprensión, de aptitud del paciente

<sup>37</sup> VEATCH, Robert. «Modelos para una medicina ética revolucionaria. An ethical Framework for Hospital Ethical Committees». En *Contemporary Issues on Bioethic*. Beauchamp & Walters (eds.). California: Walswoth Publishing Company, 1982.

para procesar y valorar la información que recibe, de sus posibilidades científicas y psicológicas para comprender y formular elecciones.

Estos factores comprometerían la libre determinación del paciente, reduciendo su capacidad de tomar decisiones razonadas. Se ha dicho que en este cuadro de situación, al no estar presentes los requerimientos mínimos del consentimiento informado, el instrumento donde debería plasmarse el proceso de comunicación entre médico y paciente, carecería de la fuerza vinculante de los contratos negociados individualmente, encontrándose sujetos a revisión judicial.

Por este motivo es fundamental el entender que el cómo se brinda la información es una obligación elemental, derivada —además del actuar ético y, por tanto, conforme a la reglas de la profesión—, del principio de la interpretación y actuación de buena fe de los contratos, por lo que la violación de este precepto entraña, además de una falta de ética susceptible de ser evaluada en un procedimiento disciplinario, un grave incumplimiento contractual.

Hay consenso en entender que los médicos deben ofrecer una información completa, suficiente y clara, adaptada a la comprensión y nivel cultural de cada paciente, a fin de que se comprendan los riesgos, secuelas físicas y psíquicas, ciertas y posibles, evolución previsible y limitaciones que se pueda producir, así como las posibilidades de mejoría.

Entendemos que esto disipa en buena parte las dudas que suscita el alcance del deber de veracidad; si bien es claro que los deberes y derechos deben ser estudiados dentro de la relación individualizada y que respecto de la responsabilidad moral del médico, las zonas grises seguirán presentando dificultades.

Adicionalmente a lo dicho, la expansión de los derechos fundamentales ha puesto de relieve y ahondado la necesidad de contar con la voluntad informada del paciente, el cual no hace otra cosa que ejercitar las facultades que nacen de su dignidad, en la expresión de su derecho a la integridad psicosomática y al libre desarrollo de su personalidad.

En tal sentido la medicina va perdiendo una característica que era propia de las anteriores concepciones, las que no daban todo su lugar y respeto al ser humano, sobreponiendo a ella aspectos éticos, religiosos o sociales que, en alguna medida, la avasallaban. Durante mucho tiempo se estimó que no era necesario el consentimiento del paciente, considerando

que éste debe presumirse de la actuación en beneficio del operado y aun se exigió la actuación quirúrgica del médico en oposición del paciente, para no incurrir en delito de omisión del deber de socorro.<sup>38</sup>

Puede decirse que la nueva concepción, más propia de un Estado Constitucional y democrático de Derecho, respetuosa y reconocedora de la voluntad del paciente capaz y apto para tomar decisiones sobre su salud, encuentra un origen en la jurisprudencia norteamericana, la cual se apartó del paternalismo médico, exigiendo el respeto de la voluntad del paciente y la necesidad de que éste sea informado de todo lo que concierne a la intervención que se le aconseja.

Sin embargo, no puede soslayarse la asimetría jurídica, psicológica y científica de los «contratantes» en la relación médico-paciente. Estos factores desequilibrantes de la relación, lejos de ser interpretados como se hacía bajo el modelo de beneficencia, negando de plano la capacidad del enfermo de tomar decisiones válidas sobre su salud, son fundamentales para resguardar su derecho a las opciones informadas y valorar la eficacia jurídica del consentimiento informado.

Se ha entendido así que la falta de información, aun sin que exista mala praxis en sentido estricto, constituye fuente de responsabilidad jurídica, dado que ha impedido al paciente poder efectuar una libre elección en cuanto a tratarse o rehusar el tratamiento, o entre distintas alternativas terapéuticas.<sup>39</sup>

En la jurisprudencia norteamericana, donde se gestó la doctrina del consentimiento informado y el vuelco al modelo de autonomía, se sentaron principios que fueron luego considerados en torno al núcleo de obligaciones fundamentales de los médicos. Mencionaremos brevemente un par de casos emblemáticos.

En el *leading case* «*Salgo vs. Leland Standford, Jr. University Board of Trustees*», el tribunal sostuvo que cualquier reserva de datos «necesarios para formar la base de un consentimiento inteligente por parte del paciente», constituye una violación del deber del médico para con el paciente. El tribunal sugiere que un médico incumple un deber e invita a ser demandado por mala praxis si omite aportar información

<sup>38</sup> CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

<sup>39</sup> HOOFT, Pedro. *Bioética y Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 111.

suficiente como para basar en ella una elección inteligente.<sup>40</sup> Sin embargo el tribunal también opinó que «la situación mental y emocional del paciente es importante y en algunos casos, crucial... y al hablar sobre el objeto de riesgo debe usarse una cierta dosis de discreción, compatible con la revelación completa que precisa el consentimiento informado».

Esta postura, si bien avanza sobre la calificación del deber y alcance de información dada al paciente como un derecho de éste y un deber principal del facultativo, ilustra la reticencia por salir del modelo de beneficencia, ya que en definitiva el *quantum* de la información va a ser establecido por el médico, es decir, se reconoce que el enfermo tiene un derecho a recibir información, pero es el profesional el que decide cómo, dónde y cuándo va a tener derecho el paciente a ejercer su derecho. Alguien podría objetar que este esquema corresponde más a una liberalidad del médico que a un derecho, en el total sentido de la palabra, que trae implícita la posibilidad de su exigibilidad.

En la línea de lo dicho se sitúa el caso Berkley. Aquí el tribunal se alineó con el planteamiento del señor Berkley y dictaminó que «el deber de revelar de un médico no depende de la práctica habitual de la comunidad médica... sino que viene impuesto por ley... sostener lo contrario permitiría que la profesión médica determinara sus propias responsabilidades con los pacientes en una cuestión de considerable interés público». Al fallar como lo hizo, el colegiado rechazó el criterio de que el nivel de revelación de la información coherente con los mejores intereses del paciente debe venir determinado íntegramente por la perspectiva de la medicina.<sup>41</sup>

## 9. LAS RESPONSABILIDADES QUE ENTRAÑAN LA VIOLACIÓN AL MODELO DE AUTONOMÍA

La violación del deber de respeto a la autonomía puede tener origen en el incumplimiento de la información necesaria para que el paciente ejerza sus opciones informadas, violaciones al deber de veracidad, violación al deber de confidencialidad (con relación al derecho a la intimidad). De igual manera, el llevar adelante tratamientos que son

---

<sup>40</sup> BEAUCHAMP Y MC CULLOCH. *Op. cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>41</sup> BEAUCHAMO Y MC CULLOCH. *Op. cit.*, pp. 67 y ss.

expresamente rechazados por el paciente y en el uso indiscriminado de terapias extraordinarias que dan lugar al exceso terapéutico.

Este último supuesto es muy interesante ya que, entre otras cosas, permite considerar conductas que antaño hubiesen sido encuadradas sin duda como mala praxis, abandono de persona y hasta homicidio por omisión, como el legítimo ejercicio de un derecho del paciente por sí o por medio de sus representantes legales. Así la posibilidad de redactar directivas anticipadas de tratamiento médico, también llamado *Living Will*, o testamento de vida, donde la persona en uso de sus facultades puede establecer que en caso de sufrir un accidente o una patología sobreviniente, se niega a aceptar tratamientos extraordinarios o de soporte vital, o no desea ser sometida a maniobras de reanimación, y puede nombrar un representante para que tome en su lugar las decisiones médicas necesarias en caso de inconciencia. Se busca evitar el exceso terapéutico (*distanasia*) e instaurar el criterio de la dignidad en el proceso del tramo final de la vida.

Este cambio de paradigma, que no implica descartar elementos valiosos del modelo de beneficencia, que de hecho continúa rigiendo en sus esquemas tradicionales para todas aquellas situaciones de capacidad disminuida para conformar un verdadero consentimiento informado, trajo consigo un cambio en los bienes jurídicos tutelados y de la manera en la cual se aprecian y ponderan estos bienes, tal como pudimos observar en los fallos reseñados.

Esto conlleva lógicamente a un giro en la óptica de la responsabilidad. Dado que el deber de reparar va a estar determinado por la lesión a un interés merecedor de tutela, se ha hecho necesario redefinir los intereses merecedores de tutela en la relación médico-paciente para precisar los alcances de la responsabilidad del profesional.<sup>42</sup>

Es evidente que incurre en responsabilidad el médico que, por impericia, imprudencia o negligencia, omite dar una información completa, suficiente y clara, adaptada a la comprensión y nivel cultural de cada paciente a fin de que se entere de los riesgos, secuelas físicas y psíquicas, ciertas y posibles, evolución previsible y limitaciones que

<sup>42</sup> Este tema lo hemos analizado en concreto en relación con los dilemas planteados por la anticoncepción quirúrgica de emergencia y las intervenciones de adecuación sexual, por cuestiones de brevedad remitimos, entonces, a esos trabajos.

se puedan producir, así como las posibilidades de mejoría. La doctrina parece evolucionar en el sentido de entender que cabe la reparación por daños y perjuicios (comprendiendo, de ser el caso, el daño al proyecto de vida como rubro específico distinto del daño moral). De igual modo que si un médico somete a un paciente a un tratamiento en contra de su voluntad comete un ilícito, y el paciente podrá reclamar una indemnización fundado en la violación de su derecho a realizar conductas autorreferentes, a disponer de su propio cuerpo y por haber visto avasallada su dignidad.

El fundamento de la indemnización es la realización misma de la noción de justicia. No debe circunscribirse el concepto de justicia al «dar a cada uno lo suyo», a restablecer al damnificado del bien menoscabado por quien infringió el deber de no dañar, las condiciones particulares de la relación médico-paciente – de donde van a nacer las obligaciones del profesional, y que de violarlas le harán posible de responsabilidad – requieren un concepto más íntegro de justicia, a fin de determinar si en cada caso particular se originó o no un daño, teniendo en miras el interés merecedor de tutela, no siempre jurídicamente protegido.

Todo el ámbito del Derecho está signado por los requerimientos de la justicia; el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona, o sea para *desarrollarse* en plenitud.

## 10. COLOFÓN

En este breve trabajo hemos intentado llamar la atención acerca de los modelos éticos de toma de decisiones morales en medicina y su repercusión en el derecho; un elemento vital que no es tenido en cuenta por los operadores jurídicos al momento de resolver los casos que involucran cuestiones de índole médica, particularmente aquéllos relacionados a la integridad psicosomática de los individuos: planteos por mala praxis médica y daños y perjuicios, pero que entendemos también debe considerarse en todas las situaciones que involucran el derecho a la vida o la integridad de las personas.

Como hemos intentado mostrar, de la aplicación de uno u otro modelo se desprenden consecuencias concretas y muy diversas para

los individuos involucrados. Esperamos, entonces, haber logrado aportar algunas ideas al debate de un tema novedoso y abierto a la discusión.

# **La responsabilidad civil ambiental: alcances y perspectivas**

*Roger Vidal Ramos\* \*\**

SUMARIO: 1. *Introducción.*- 1.1. *Los derechos ambientales.*- 1.2. *Fundamentos de la responsabilidad civil ambiental.*- 1.3. *La responsabilidad civil ambiental en el sistema peruano.*- 2. *Elementos de la responsabilidad ambiental.*- 2.1. *La antijuridicidad.*- 2.2. *El daño ambiental.*- 2.3. *Nexo causal.*- 2.4. *Factor de atribución.*- 3. *Los daños ambientales.*- 3.1. *Definición del daño ambiental.*- 3.2. *Daño a la persona y daño a la salud.*- 3.3. *Daño moral.*- 3.4. *Daño patrimonial.*- 3.5. *Los daños ambientales en el análisis económico del derecho.*- 3.6. *La valoración del daño.*- 4. *Características de los daños ambientales.*- 4.1. *Incertidumbre.*- 4.2. *Relevancia y alcances del daño ambiental.*- 4.3. *Carácter difuso y expansivo.*- 4.4. *Daño concentrado y daño diseminado.*- 4.5. *Daño directo e indirecto.*- 5. *La responsabilidad civil en la Ley General del Ambiente.*- 5.1. *Contaminación en Choropampa y el Pleno Casatorio.*- 6. *Conclusiones.*

- 
- \* A Roger, Filomena, Indira, Sheyla y Emely, por acompañarme en todos los caminos.
  - \*\* Miembro del Estudio Vidal, Melendres & Palomino Abogados. Estudios de Post Grado en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursa estudios en la Maestría de Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si existe un sector donde la responsabilidad civil ha debido jugar un rol sumamente trascendental en los últimos tiempos es en materia ambiental. Su función de prevención general de las conductas socialmente indeseables<sup>1</sup> la hace una herramienta eficaz en aras de impedir que los daños ambientales puedan afectar a los intereses difusos, por ser la prevención el mecanismo reiteradamente sugerido y deseable en el marco de una estrategia global de política ambiental. Sin embargo, la conciencia social de la protección al medio ambiente contrasta notablemente con el progreso que en la materia ha tenido la dogmática de la responsabilidad civil. Salvo honrosos y calificados esfuerzos, no ha alcanzado un desarrollo notorio en legislación, doctrina y jurisprudencia en el Perú; salvo algunos esfuerzos de intelectuales y algunas sentencias emitidas en protección del derecho ambiental constitucional, los cuales desde luego sirven de base para los primeros estudios en esta materia.

Aunque sea lamentable admitirlo, la responsabilidad civil ambiental no ha sido legislada explícitamente en el Perú. Con excepción de algunas disposiciones legales aisladas referidas a la responsabilidad civil de corte ambiental derivada de alguna actividad muy específica, no existe en el Perú un marco que integre en forma sistemática y ordenada los principios que la informan ni los mecanismos y sistemas que la afronten.

En las siguientes líneas brindaremos algunas ideas acerca de los diferentes matices del daño ambiental y cuáles podrían ser las formas de tutela civil, desde nuestro sistema de responsabilidad civil, el cual tiene que responder a nuevas necesidades. La responsabilidad civil es un mecanismo orientado a indemnizar el daño causado, es decir, cumplir una finalidad reparadora o resarcitoria; pero también debe tener por finalidad prevenir la producción de nuevos daños y erradicarlos por completo, lo cual concuerda con el daño ambiental que por esencia es

---

<sup>1</sup> Véase TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Lima: Grijley, 2003, p. 113. Sabido es que uno de los temas más apasionantes de la responsabilidad civil lo constituye, sin lugar a dudas, el de los nuevos daños jurídicamente indemnizables, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, pero fundamentalmente en el ámbito extracontractual, teniendo en cuenta la gran cantidad de daños que nosotros mismos nos causamos en nuestra vida diaria como consecuencia del desarrollo industrial y fundamentalmente del avance científico y tecnológico.

de naturaleza preventiva antes de resarcible, concluyendo siempre que un daño ambiental es un daño irreparable.

¿Cuál es el rol que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil frente a los daños ambientales en el Perú? Frente a casos como el derrame de mercurio por parte de Yanachocha en Choropampa o la contaminación de Doe Run en la Oroya y en el Callao, éstos son los nuevos retos ambientales que debe de cumplir un sistema de responsabilidad civil ambiental basado en el principio de la prevención.

### 1.1. Los derechos ambientales

No podemos dialogar de derecho a un medio ambiente saludable si no lo podemos definir. ¿Qué es el medio ambiente o el entorno? El medio ambiente es el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado, lo cual podría gratificarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos.<sup>2</sup>

Motivado al constante peligro que día a día surca el medio ambiente, muchos Estados elevaron al ambiente como categoría de un derecho constitucional brindándole protección y garantía ante el daño ambiental (diversas formas de contaminación ambiental),<sup>3</sup> motivo por el cual y virtud de tratados internacionales el medio ambiente es considerado como parte de los Derechos Humanos de Tercera Generación.<sup>4</sup>

A ello hay que añadir que estos nuevos derechos no sólo corresponden a las nuevas funciones y prestaciones del Estado, sino que

<sup>2</sup> ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Derecho Ambiental. Ambiente sano y desarrollo sostenible*. Lima: Proterra, 2004, p. 107.

<sup>3</sup> Seguimos ubicando nuevos problemas ambientales como la desertificación, el efecto invernadero, el elevamiento del nivel del mar, inundaciones, sequías, tormentas. El hombre está edificando Tecnópolis y Megápolis, ciudades con un aire irrespirable, contaminando ríos, lagos, ha causado agujeros en la capa de ozono, ha calentado el clima de la tierra por una combustión acelerada y de proporciones extraordinarias en los últimos cien años.

<sup>4</sup> FOY VALENCIA, Pierre. «En busca del Derecho Ambiental». *Derecho y Ambiente: aproximaciones y estimativas*. Lima: IDEA-PUCP, 1997, vol. I, p. 121. Derechos humanos de tercera generación, derechos de solidaridad, reflejarían una concepción de la vida en comunidad; su vigencia estaría condicionada a la existencia real de un esfuerzo conjunto de todos los componentes sociales: individuos, Estados, comunidades, etcétera. Es el caso del derecho a la paz, al desarrollo, al ambiente sano y equilibrado, además del respeto al patrimonio común de la humanidad.

además se deben al desarrollo de nuestra cada vez más industrializada sociedad, donde la producción y la contratación en masa pueden llegar a amenazar algunos derechos de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad frente al poder industrial o económico de muchas grandes empresas que actúan en el panorama económico contemporáneo.<sup>5</sup>

La legislación ambiental comparada<sup>6</sup> ofrece un carácter variado, una tendencia a la dispersión, aunque hay también una corriente que nos acerca a la constitucionalización de este derecho, debemos considerar que el derecho ambiental se encuentra inmerso entre el derecho público y el derecho privado.

Dialogar acerca de Derecho Ambiental es defender una amplia gama de derechos fundamentales del hombre; por eso, al hablar de Derecho Ambiental lo debemos concebir en un concepto amplio relacionado con otros derechos fundamentales: el derecho a la salud, el derecho al descanso, el derecho a la libertad, derecho a la vida y la integridad física-moral, inviolabilidad de domicilio, derecho a la intimidad, el derecho al trabajo.

Por esto, dicho perjuicio para los sujetos no solo ha de entenderse como la sola posibilidad de alterar negativamente la salud pública, sino que debe ser comprendido como la afectación de las condiciones que hacen posible la existencia, conservación y mejora de otros intereses como la salud individual, la vida en el planeta, el patrimonio, el desarrollo de la personalidad, el ocio.<sup>7</sup>

Es decir, el derecho al medio ambiente puede contener derechos de carácter colectivo e individual, también derechos patrimoniales y no

<sup>5</sup> PRIORI POSADA, Giovanni. «La Tutela Jurisdiccional de Difusos: una aproximación desde el Derecho Procesal Constitucional». *Ius et Veritas*, n.º 14. Lima, 1997, p. 98.

<sup>6</sup> WIELAND, Patrick. «Ecologista y liberales». *Ius et Veritas*, año XIII, n.º 26, p. 117. Por ejemplo, la Constitución de Guatemala establece el deber del Estado de propiciar un desarrollo económico que prevenga la contaminación ambiental y mantenga el equilibrio ecológico. Las constituciones de Brasil, Cuba y Argentina detallan el deber de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras. La constitución de Colombia aspira al manejo y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, mientras que la constitución de México introduce el concepto de desarrollo integral.

<sup>7</sup> CARO CORIA, Carlos. «Presupuesto para la estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal». En *Derecho y Ambiente: nuevas aproximaciones y estimativas*. Lima: IDEA-PUCP, 2001, 1<sup>a</sup> Ed., vol. II., p. 147.

patrimoniales,<sup>8</sup> por todo lo anterior expuesto tenemos que comprender que el derecho a un medio ambiente saludable está incorporado a un conjunto de derechos fundamentales que necesariamente comparten intereses públicos y privados, siendo un derecho *sui generis* que lo diferencia de otros derechos personales.

## 1.2. Fundamentos de la responsabilidad civil ambiental

En doctrina nacional los profesores De Trazegnies y Taboada efectuaron los primeros estudios acerca de la responsabilidad civil y sus alcances ante la vulneración de los derechos ambientales.

El profesor Taboada, en forma reflexiva, nos indica que el sistema de responsabilidad civil extracontractual deberá de cumplir un nuevo rol y, por ende, un gran cambio en materia de responsabilidad civil extracontractual que se expresa con la configuración y categorización de nuevos daños indemnizables, pues cada vez la doctrina y la jurisprudencia, y también la legislación comparada, se ocupan y brindan cabida a nuevos tipos de daños que deben ser jurídicamente indemnizados; en tal sentido, se examina en la actualidad independientemente las figuras de daños ecológicos y por contaminación, daños por residuos peligrosos, daños a la salud o a la seguridad del consumidor,<sup>9</sup> etc.

La preocupación por los daños ambientales no es reciente, ya Capitant<sup>10</sup> comentaba:

[...] en primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en

<sup>8</sup> Los bienes ambientales son aquéllos que sirven de uso y aprovechamiento al hombre, es decir, aquéllos con los pueda darse una situación jurídica; ubicamos bienes ambientales patrimoniales y bienes ambientales no patrimoniales. Estos bienes podrían ser públicos en sentido estricto o, más bien, colectivos y administrados por los poderes públicos. Ubicamos dentro de los bienes ambientales el entorno natural, incluyendo el aire, el suelo, el subsuelo, el clima, la flora, la fauna y el paisaje.

<sup>9</sup> TABOADA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Citado por VIDAL RAMOS, Roger. «La acción de amparo en tutela de los derechos ambientales». *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), n.º 8, febrero del 2006. En [www.idea.org.py/rda](http://www.idea.org.py/rda).

embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas, porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios.

Ante estos nuevos retos, productos del avance de la tecnología y el la industrialización, el sistema de responsabilidad civil es fundamental en el desarrollo de nuevas tendencias enfocadas a la protección civil ambiental, mecanismos que vienen a constituir un conjunto de instituciones que desde el Derecho Civil tutelan los diversos daños ambientales.

Todo régimen de responsabilidad ambiental debe necesariamente estar basado en los principios de «Contaminador pagador», «Preventivo», «Precautorio» y «Corrección a la fuente», es decir, la generadora del daño al medio ambiente.

El fin del régimen será siempre preventivo, disuasorio, represivo y compensatorio, obligando al contaminador o degradador a restaurar o indemnizar el daño causado, y entendiendo que el daño indemnizable debe necesariamente ser significativo, pues no todos los cambios en la calidad o cantidad de los recursos naturales deben considerarse daños y dar lugar a responsabilidad.

Su efectividad estará sujeta a la clara identificación del agente contaminador, a la cuantificación del daño acontecido y al establecimiento del vínculo causa-efecto entre el daño ocurrido y el presunto agente creador del mismo. Lógicamente funcionará mejor en los casos donde la fuente de la contaminación sea identificable (accidentes industriales) y pierde su eficacia en los casos de contaminación generalizada de carácter difuso, donde es imposible vincular los efectos negativos sobre el ambiente con las actividades de determinados agentes (efectos del cambio climático o lluvia ácida).

El objetivo del régimen de responsabilidad es asegurar la descontaminación del ambiente dañado, restaurarlo a la situación anterior al hecho dañoso (*restitutio in pristinum*) e indemnizar a los sujetos que sufren menoscabo tanto patrimonial o extrapatrimonial en sus derechos subjetivos. La responsabilidad ambiental debe abarcar no sólo los daños acaecidos contra el ambiente incluyendo la biodiversidad, sino que debe conocer al mismo tiempo los daños tradicionales, aquéllos que recaen sobre la esfera de los particulares, sean daños patrimoniales y

extrapatrimoniales y que se derivan del hecho degradador o contaminador del ambiente. Es importante que el régimen abarque y tutele de una manera eficiente y efectiva, y bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la cuantificación del daño moral ambiental y del daño moral colectivo.

En materia de responsabilidad ambiental, no se aplica la responsabilidad subjetiva, es decir, aquélla en donde el damnificado debe probar el nexo de causalidad (omisión a un deber de cuidado) entre la acción de un agente dañino y los perjuicios sufridos. En su lugar, se debe aplicar necesariamente la responsabilidad objetiva, en la que la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo y, por consiguiente, la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño. De esta forma, el agente dañino asume todos los daños derivados de su actividad, cumpla o no con el estándar de diligencia.

El derecho brasileño atribuye la inversión de la carga de la prueba mediante un proceso, que viene a constituir la responsabilidad, en el cual se aplica el principio precautorio localizado en el artículo 225 del Código Civil; no en tanto esta posibilidad legal de la inversión de la carga de la prueba estaría restringida a actividades potencialmente causadoras de significativos impactos ambientales a ser visualizados en un estudio previo (EIA).<sup>11</sup>

Para su indemnización, la responsabilidad civil debe ser visualizada por el interés de todo el daño del sistema clásico del individuo, porque es susceptible de apropiación exclusiva por ser de interés público, de característica difusa y titularidad de la comunidad.

En este sentido, la finalidad de la institución de la responsabilidad civil debe perseguir la aplicación de dos principios: el de precaución-prevención y el del contaminador-pagador. La incidencia de los principios de precaución y prevención está debida a la distribución de la prueba y la celeridad procesal (tutela inhibitoria, acceso a la justicia), y

<sup>11</sup> ALEXANDRE, Mauricio. «Arbitragem e o direito comunitario: conflictos sobre recursos naturais e responsabilidad civil». *Cadernos do programa de Pos - graduacao em direito*. Universidad Federal do Rio Grande do Sul, n.º VI, mayo 2005, vol. III, pp. 262-263.

el resarcimiento efectivo (evitar el fraude-problema de empresas satélites que no tengan recursos para reparar el daño) del bien ambiental degradado, justificando la incidencia del principio de la proporcionalidad de forma que se inhibía el agente contaminador. El principio de *contaminador pagador* ha cambiado por el de *agente contaminador*; este acto de responsabilidad deriva de daños causados a la biodiversidad y al hombre, el principio es también utilizado mediante las relaciones comerciales internacionales para que el exportador internalice los costos en el precio del producto para la protección ambiental, como por ejemplo, en inventos tecnológicos de la mitigación del daño, la inserción de los costos ambientales del precio en el daño caracteriza el subsidio de una conciencia desleal.

#### **1.4. La responsabilidad civil ambiental en el sistema peruano**

Teniendo en cuenta la regulación dual de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) frente a los daños al medio ambiente, en principio, será muy difícil de aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, salvo que exista un contrato entre un sujeto que potencialmente ocasione daños al medio ambiente y la comunidad que potencialmente los asumía. Por ejemplo (un contrato que obliga contractualmente a no causar daños al medio ambiente), en este caso, si la empresa causa un daño estaría incumpliendo el contrato y, por lo tanto, la comunidad podría solicitar la indemnización aplicando las reglas de la responsabilidad civil contractual. Aunque este hecho puede sonar irónico, tal vez en un futuro por las exigencias ambientales se podría dar esta figura contractual.

La responsabilidad ambiental objetiva encuentra su asidero en las teorías clásicas del *riesgo creado* y *riesgo provecho*, por cuanto quien asume un riesgo donde existe peligrosidad, debe responder por todos los daños causados por dicha peligrosidad, incluyendo si la conducta es lícita; de esta forma, la asunción de riesgo de una actividad intrínsecamente peligrosa no podría, bajo ninguna circunstancia, corresponder a la víctima ni a la sociedad, sino a los responsables de la misma.

El sistema subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual no toma para nada en cuenta las nuevas condiciones de la sociedad moderna. Ignora que los avances tecnológicos y el crecimiento de la demanda han incrementado considerablemente la capacidad del hombre

de modificar el ambiente y, por consiguiente, de dañarlo; y que en este contexto, es el potencial agente que tiene a su alcance los mecanismos para prevenir la producción de daños y distribuir socialmente el costo de aquéllos inevitables; es el agente que puede contratar un seguro de responsabilidad para colocarlo en caso de afrontar su responsabilidad por daños; y es el agente que puede, a través del sistema de precios, distribuir entre los consumidores de sus productos o servicios el costo de los daños que irroga con su actividad.<sup>12</sup>

El *sistema de responsabilidad por riesgo creado* tiene, con relación al daño ambiental, muchas ventajas de las cuales el *sistema subjetivo de responsabilidad* carece, circunstancia que lo hace más idóneo y justo para resolver los complejos problemas presentes en la responsabilidad ambiental. Entre las razones que lo legitiman se encuentran la mejor aptitud que tiene el que crea el riesgo o peligro de asumir el costo económico del perjuicio y la mayor eficiencia económica de esa solución con relación a otras por sus bajos costos de transacción.

Por lo expuesto en líneas anteriores, precisamos que la responsabilidad civil por daño ambiental en esencia es una *responsabilidad aquiliana*,<sup>13</sup> relacionada directamente a la teoría objetiva del riesgo creado. Como las reglas de la *responsabilidad contractual* no son eficaces frente a los daños al medio ambiente, debemos recurrir a las normas de la *responsabilidad civil extracontractual*; no obstante, primero hay que distinguir los daños ambientales que en forma inmediata causan un daño a una persona y/o su patrimonio en particular, de los daños ambientales que además de dañar el medio ambiente causan daños directos a las personas y/o a su patrimonio.

<sup>12</sup> FERRANDO, Enrique. *La responsabilidad ambiental por daño ambiental en el Perú: reflexión y debate*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2000, p. 12.

<sup>13</sup> Véase SOTO, Carlos. «El derecho frente a los depredadores del medio ambiente: reflexiones en torno al daño ambiental». *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 13, p. 318. Asimismo, consideramos que esta responsabilidad debe ser eminentemente objetiva, no siendo necesaria la prueba de la culpa del agente del daño, sino únicamente la existencia del daño. Mediante el factor de atribución objetivo se prescinde de la culpa para imputar la responsabilidad por los daños ambientales. El factor objetivo se fundaría en el riesgo que generan ciertas actividades que se desarrollan o determinados bienes que se utilizan. Por consiguiente, la responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente será imputable al agente, aun cuando éste demuestre su ausencia de culpa.

Para la existencia de la responsabilidad civil ambiental se requiere que se encuentren presentes los siguientes requisitos o elementos clásicos que son el fundamento de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal y el factor de atribución, los cuales comentaremos en sus aspectos más relevantes.

## 2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

### 2.1. La Antijuridicidad

Es la conducta humana o *conducta contaminante o de degradación del medio ambiente*, con actitud activa u omisiva, que puede ser voluntaria o involuntaria, dolosa o culposa, que puede ser realizada por el sujeto que actúa por sí o por encargo de otro, ya sea persona física o jurídica, que cause la afectación del ambiente con detrimento para un grupo de personas (por ejemplo, vecinos de una ciudad), una actividad que constituye de por sí una actividad contraria al derecho, es decir, antijurídica. Resulta inclusive atentatoria del texto constitucional que dice que es un derecho gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y ya que existe el derecho a un medio ambiente sano – un bien de incidencia colectiva, pero también individual – es obvio que la ilicitud surge por sí sola de manera circunstancial ante la violación de ese bien.

El hecho contaminante o degradante del ambiente puede ser individual o colectivo, tanto desde un punto de vista del sujeto o sujetos activos que producen por acción u omisión el daño ambiental, como por parte del o los sujetos pasivos, quienes sufren las consecuencias del mismo. De esta manera, el daño ambiental puede ser producido por un único sujeto (físico o jurídico), o bien por una pluralidad de sujetos, siendo por lo general de difícil determinación el grado de responsabilidad de cada uno de ellos dentro del hecho dañoso. A la vez, el daño ambiental además de afectar los ecosistemas y la biodiversidad, en muchas ocasiones, afecta o perjudica a una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de fácil o difícil individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido, siendo en la mayoría de los casos la comunidad como un todo la afectada, asistiéndole por tanto a todos y cada uno de los sujetos de la misma, legitimación activa por violación a un interés de naturaleza difusa.

La conducta dañosa del medio ambiente puede devenir de sujetos particulares o privados como del Estado y sus instituciones, llámese

administración centralizada y descentralizada. La conducta dañosa del Estado puede ser tanto activa u omisiva. De manera activa cuando por medio de sus funcionarios o servidores, obrando lícita o ilícitamente, en cumplimiento o no de planes debidamente aprobados, causa daño al equilibrio ambiental; y omisiva, cuando, por medio de sus instituciones y funcionarios omite controlar, vigilar, monitorear y sancionar las actividades de los particulares que degradan o contaminan los elementos constitutivos del ambiente.

## 2.2. El daño ambiental

Es el menoscabo que como consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

A decir de Mosset Iturraspe, el daño ambiental no es un daño común –si puede usarse esta expresión para aludir a perjuicios cuya realidad es fácilmente comprobable–, daño actual o daño futuro cierto; en este sentido, Mosset Iturraspe concuerda con nuestro planteamiento al indicar que en los daños ambientales el bien jurídico encaja difícilmente en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro y daño personal o daño ajeno.<sup>14</sup>

El daño ambiental es sutil y recae en la esfera de la incertidumbre; los tribunales americanos han opinado que «las cuestiones que envuelven al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre, el hombre de la era tecnológica ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas anticipadas, los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos y algunas veces imposible de conocer».

Según Fraga,<sup>15</sup> «en una agresión ambiental suelen producirse dos daños de naturaleza bien distinta. Por un lado, se producen daños en los bienes privados o en las personas y, de otro lado, se producen daños

<sup>14</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, tomo I, pp. 72-73.

<sup>15</sup> FRAGA, Jordano. «Responsabilidad civil por daño al medio ambiente en derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*». *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 107, Madrid, julio - septiembre, 2000, p. 351.

al medio ambiente en sí mismo, al bien jurídico medio ambiente, estos son los que podemos denominar daños públicos ambientales o daños ambientales autónomos».

Las características que debe cumplir todo daño para generar responsabilidad son: a) que sea un daño cierto; y b) que afecte a una víctima concreta.

### **2.3. Nexo causal**

Es la relación de causa y efecto entre la conducta contaminante (humos y ruidos) y el daño producido (daños al patrimonio y la salud).

No olvidemos que la certeza del daño causado, es un elemento necesario para apreciar la existencia de responsabilidad civil; es más, de todos los requisitos que exige la aplicación de la responsabilidad civil, es el único que reviste un valor esencial para que proceda el resarcimiento, es el concerniente a la existencia de un daño.

Es difícil también identificar el agente contaminante. ¿Cómo discernimos que un determinado daño ecológico es consecuencia de la actuación puntual de un agente contaminante o, por el contrario, es consecuencia del efecto acumulativo de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio?

A veces, por ejemplo, un único vertido autorizado de productos contaminantes en un río, quizás, no cause un daño identificable, pero el impacto combinado de todos los vertidos sí; y, en este caso concreto, desde un punto de vista de justicia material ¿quién es más responsable del daño?, ¿las diferentes industrias situadas en el margen del cauce que observaron en sus emisiones lo dispuesto en sus correspondientes vertidos o el organismo competente que ejercía las funciones de control de calidad del agua del río y no impuso a las industrias umbrales de emisión más severos para proteger los umbrales de inmisión o de calidad del agua?

La propia esencia de la responsabilidad civil requiere que exista un vínculo entre la actividad y el daño, de tal modo, que pueda afirmarse que el daño es consecuencia de una determinada actividad; en teoría, el concepto es muy simple: se trata de determinar la existencia de un vínculo entre dos realidades, daño ambiental y actividad contaminante.

Una de las cuestiones que se complican cuando se trata de aplicar el Derecho Civil a la responsabilidad por daños al ambiente es el de la

prueba, tanto del daño propiamente tal como el de la relación causal entre aquél y el de la conducta del sujeto imputable, sobre todo porque la mayoría de los daños ambientales no pueden ser imputados a un solo individuo sino que normalmente son consecuencia de la sumatoria de varias conductas contaminantes imputables a varios individuos.

Por esta razón, tanto la doctrina como la legislación comienzan a incursionar en nuevas soluciones que tiendan a suavizar los rigores de la carga de probar el nexo causal, entre ellas, la inversión de la carga de la prueba, la presunción del vínculo causal y la imputación directa de la responsabilidad.

## 2.4. Factor de atribución

En el instituto de la responsabilidad se exige la conexidad causal entre el hecho —en este caso la omisión de la administración— y el daño sufrido por la persona lesionada —que podrá ser un particular u persona pública—. Por lo tanto, hay que analizar dado el caso, no solo cuál es la norma conculcada; sino también cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño que determina la existencia de responsabilidad civil, el mismo que puede estar fundado en la culpa (responsabilidad subjetiva) o en riesgo creado (responsabilidad objetiva). En el sistema de responsabilidad civil el factor de atribución viene a constituir el objetivo conocido como riesgo creado o la teoría del riesgo creado por actividades extraordinarias.

# 3. LOS DAÑOS AMBIENTALES

## 3.1. Definición del daño ambiental

El daño ambiental<sup>16</sup> lo concebimos como toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que se nos altere, de un modo perjudicial, sus condiciones naturales de vida; se trata en definitiva de una lesión al entorno o habitat, conformado por el aire, el suelo, la vegetación y el agua; por

<sup>16</sup> Se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes. De esta forma el daño ambiental abarca no sólo la pérdida o disminución del bien jurídico vida (salud) sino también el detrimento, menoscabo o pérdida del equilibrio de los ecosistemas, los mismos que se encuentran regidos por los principios de autorregulación y autoperpetuación.

tanto, la lesión a alguno o a varios de estos elementos que lo componen genera y provoca el daño ambiental en razón que menoscaba el derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado que sea además apto para el desarrollo humano tal como lo declara la constitución.<sup>17</sup> Del daño ambiental se derivan otros tipos de daños como a la salud, a la propiedad y a la moral/psíquico; pero aun cuando existan y se comprueben dichos daños derivados, permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabo del entorno no solo natural sino social, de los agravios al goce de un ambiente sano y equilibrado; debe entonces concluirse que el daño ambiental provoca una lesión a la calidad de vida, por cuanto impide gozar de un ambiente sano como el descrito. Esta lesión se provoca a todos y cada uno de los sujetos, a quienes se haya deteriorado su hábitat, más allá de que existan daños fragmentarios y particularizados para cada actor en su salud, propiedad y moral.

Otra definición del daño ambiental abarca no solo la pérdida o disminución del denominado bien jurídico vida (salud) sino también el detimento, menoscabo o pérdida del equilibrio de los ecosistemas, los mismos que se encuentran regidos por los principios de autorregulación y autoperpetuación. El daño ambiental sería, siguiendo los lineamientos «toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente».

El daño ambiental es producido por conductas humanas que contaminan o degradan el medio ambiente. La degradación ambiental es la disminución o el desgaste de los elementos que componen el medio ambiente, como lo serían, a manera de ejemplo, la tala de un bosque o el desecamiento de un manglar. Por contaminación entendemos la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes, o combinación de ellos, en concentraciones tales y con un tiempo de permanencia tal, que causen en dicho ambiente características negativas para la vida humana, la salud y el bienestar del hombre, la flora y la fauna, o produzcan en el hábitat de los seres vivos, aire, agua, suelos, paisajes o recursos naturales en general, un deterioro importante. Contaminar es entonces introducir sustancias o elementos extraños al ambiente en niveles y con una duración tal que produzcan contaminación en el

---

<sup>17</sup> Tomado de *La Ley* (suplemento ambiental), año IX , n.º 4, Buenos Aires.

sentido expuesto. Para cierto sector de la doctrina, la contaminación ambiental, en toda su extensión, comprende la degradación de los elementos naturales o culturales integrantes del ambiente, considerados aislada o individualmente, o de manera colectiva o en conjunto. De esta forma y bajo esta tesisura, el concepto contaminación abarcaría también al término degradación ambiental.

Existen dos tipos de contaminación: a) la contaminación degradadora de elementos naturales del ambiente; y b) la contaminación degradadora de los elementos culturales del ambiente. Dentro de la primera clasificación encontraríamos la contaminación de las aguas, aire, suelo y subsuelo, en la agricultura, residuos por basuras, sólidos, líquidos o gaseosos, así como sonórica o acústica, térmica, radioactiva, electromagnética. Dentro de la contaminación degradadora de los elementos culturales se hayan: la contaminación paisajística (belleza escénica), contaminación que degrada o destruye creaciones científicas, artísticas o tecnológicas, contaminación que afecta patrimonio cultural y arqueológico.

### 3.2. Daño a la persona<sup>18</sup> y daño a la salud<sup>19</sup>

El daño a la salud está representado por la disminución de las expectativas de vida de los actores y del decaimiento del bienestar general; la contaminación cobra un daño a la salud, se entiende no sólo las dolencias físicas y enfermedades, sino todo detrimento en el funcionamiento del organismo, aunque medien alteraciones corporales o desequilibrio físico.

El profesor italiano Alpa sostiene «sin embargo, también es posible otro aspecto del daño a la persona: el daño que se deriva al individuo por la violación de la integridad del medio ambiente, no acompañado ni seguido por una lesión de la integridad fisiopsíquica, pero que comporta perturbaciones a la vida, a la habilidad, al ordenado y usual desenvolvimiento de los hábitos de cada uno. Este tipo de daño, de naturaleza económica (como puede ser, por ejemplo, el daño ocasionado por la pérdida definitiva o temporal de la morada, por el abandono de una

<sup>18</sup> ALPA, Guido. *Nuevo Tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista Editores, 2006, pp. 528 y ss.

<sup>19</sup> VIDAL RAMOS, Roger. *Op. cit.*, pp. 295-309.

zona afectada o por la suspensión de la actividad laboral o por la modificación de la actividad laboral, etcétera), de naturaleza moral (como podría serlo el abandono de una zona querida por recuerdos familiares o la reducción de actividades lúdicas, etcétera) también este último perfil de daño a la persona, a pesar de tener naturaleza moral».

El daño a la salud está constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto; es el daño físico representado por la disminución de la aptitud vital genérica de la víctima. Dicha afectación puede ser producto de la inmisión de humos o ruidos que acarrean como consecuencias de deterioro de la salud como: asma bronquial, bronquitis, sordera, insomnio; así también el polvillo de cualquier industria podría producir efectos cancerígenos.

El daño ambiental tradicional puede traducirse en un daño corporal, cuando los derechos afectados por el deterioro del medio sean la vida o la integridad física<sup>20</sup> como pueden ser: intoxicaciones por contacto con aguas contaminadas, daños personales por contaminación ambiental, enfermedades profesionales derivadas de la utilización de productos contaminantes, dolencias o agravamientos de las mismas a causa del ruido.

### 3.3. Daño moral

El agravio moral se vincula al concepto de desmedro (extramaterial, por lesión a las afecciones legítimas, sentimientos personales, tranquilidad anímica, etc.), sin llegar a comprender a los simples trastornos, dificultades o perturbaciones que originan las vicisitudes o contrariedades propias de la vida social. El daño moral puede dividirse en dos grandes grupos:

- a) El agravio que reviste un matiz social, en la medida en que nace de las relaciones de la persona en su ambiente o circunstancia físico-temporal (honor, reputación, crédito) que es el que nos interesa.
- b) Subjetiva, relacionada con las afecciones íntimas, convicciones y creencias.

<sup>20</sup> Es lo que, en parte de la doctrina italiana, se ha denominado como el «derecho al medio ambiente saludable», calificado, incluso en sí mismo, como un derecho a la personalidad. Se hace referencia con esta expresión al daño a la salud causado por contaminación o por situaciones que inciden sobre la salud física o psíquica, que violan la integridad del medio ambiente.

El daño moral viene a constituir las molestias o padecimiento espiritual de las personas como producto de la contaminación: molestias, humos, ruidos y olores nauseabundos. Son los valores que son fundamentales en la vida de un hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la integridad física, el honor. También afectan la tranquilidad, la seguridad personal, padecimientos físicos y espirituales originados en el hecho ilícito civil. Concluimos que son los tratos degradantes e insoportables por consecuencia de la contaminación ambiental.

Tales sufrimientos, molestias o incomodidades que encuentran su origen en la degradación ambiental entrarían dentro de las borrosas fronteras del daño moral; en particular, sería factible su entendimiento como daños o lesiones al concepto del bienestar físico y psíquico, incorporado para algunos autores, el derecho a la integridad moral de las personas ya específicamente como daños al derecho a la privacidad, a la intimidad e inviolabilidad de domicilio.

En general, y al margen de lo que se dirá para los supuestos de contaminación acústica y electromagnética —que por afectar derechos fundamentales les han merecido un trato diferenciado—, el resarcimiento de este daño moral ambiental viene reconocido por algunas sentencias en esa línea aperturista que se predica de la actitud de los tribunales frente a este tipo de daño, cuyos límites tienden a extenderse, en este sentido, ya la STS 16 enero de 1989 (RJ 1989, 101) declaraba: «[...] la infracción del artículo 1902 CC argumentando que dándose por probada la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afectó gravemente a las fincas y viviendas de los actores y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno, sienta con ello una situación de producir graves dolencias a las personas y ello integra un perjuicio, al menos de orden moral, que debió ser considerado y valorado».<sup>21</sup>

Entendemos por daño moral ambiental aquella disminución o minoración en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre un sujeto debido a la alteración, menoscabo, trastorno, disminución del medio ambiente en el cual se desarrolla. Es así como la destrucción de un hábitat no sólo comporta daños patrimoniales (*Pecuniary Damages*), sino también, y de manera frecuente, daños estrictamente morales, como

<sup>21</sup> ÁLVAREZ, Natalia. *Op. cit.*, p. 1710.

lo es el sentimiento que el deterioro causado al ambiente produce en los afectados y, en especial, en la esfera de derechos subjetivos de los mismos. Los daños a la salud de las personas, generados por causa del menoscabo ambiental, es un claro ejemplo de daños corporales o personales que acarrean necesariamente una partida de daños morales basados en el dolor y la angustia sufrida.

Quienes se oponen a la existencia del daño moral ambiental le imputan la dificultad que entraña la estimación monetaria de los mismos, pudiendo por tanto ser las indemnizaciones sumamente elevadas y, por ello, las probabilidades de reclamaciones frívolas o temerarias aumentarían. De igual forma se le imputa la falta de precedentes en la mayoría de los ordenamientos y la inseguridad jurídica que ello acarrea. No compartimos los criterios esbozados por sus detractores, pues como se observa, los reclamos que se le hacen, son los mismos que por muchos años se le han imputado al daño moral en general y, sin embargo, al día de hoy nadie niega su existencia; por tanto, se debe empezar a crear precedentes, con el fin de que los mismos sirvan de parámetros con los cuales se pueda construir una base valorativa, tal y como ha pasado con el daño moral en general. Al tratarse el medio ambiente de un bien de naturaleza común o colectiva, lo normal es que dicha minoración en la tranquilidad la sufra la colectividad como un todo, así como cada uno de los sujetos que forman parte de ella. El daño moral colectivo sería entonces la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad, equivalente a lesión de intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el ambiente que los circunda. La característica principal del daño moral colectivo es ser al mismo tiempo personal y colectivo, pues lo sufren a la vez, tanto la comunidad, como cada uno de los sujetos que la conforman.

La legitimación para interponer acciones con el fin de obtener indemnizaciones por daño moral ambiental y daño moral colectivo les corresponde a todos y cada uno de los sujetos afectados por el mismo. Se debe recordar que la tutela del ambiente es un típico interés difuso el cual posee como característica propia ser al mismo tiempo individual como colectivo, por lo que todos y cada uno de los sujetos que forman parte de una colectividad heterogénea e indeterminada se encontrarían facultados para interponer acciones administrativas y judiciales con el fin de que se les indemnice el menoscabo en su tranquilidad anímica y

espiritual. Lo anterior no obsta para que Organizaciones No Gubernamentales puedan apersonarse tanto a interponer acciones en defensa del ambiente, o bien a coadyuvar en procesos que se encuentran ya en ejecución, siempre que la indemnización por daño ambiental sea invocada a nombre de sus agremiados.

Si bien la legitimación para accionar en defensa del ambiente y, por tanto, para reclamar tanto la recomposición como la indemnización del mismo, corresponde tanto al Estado como todos y cada uno de los sujetos de la comunidad afectada y a grupos organizados (ONG), la titularidad en la pretensión resarcitoria en el caso del daño moral colectivo no es individual sino únicamente grupal, y los montos obtenidos por indemnización del daño moral colectivo le pertenecen a la colectividad como un todo, la cual, dentro de sus prerrogativas podrá analizar la forma de repartir las sumas entre los sujetos que forman parte de la misma y que resultaron afectados por el daño moral. También es posible que la indemnización por daño moral colectivo le sea otorgada a una asociación o fundación (ONG), la cual podrá elegir la forma de repartir las sumas obtenidas por indemnización, ya sea dividiéndolas entre sus agremiados o bien invirtiéndolas en programas ambientales para el beneficio de la colectividad.

### 3.4. Daño patrimonial

Los daños ambientales pueden generar secuelas desastrosas en la disminución del patrimonio de los sujetos de derecho, lo cual infringe daños económicos cuantiosos, al hablar de patrimonio incluimos todos los bienes, deudas o derechos de una persona.

La industria, por ejemplo, ha producido daño ambiental: ha afectado al ambiente como bien, a la vez propio y común, de cada vecino o sujeto de derecho pasivo afectado. También ha ahorrado y transferido o externalizado sus costos hacia el entorno. A la ecuación económica se le debe internalizar el daño social derivado.

Afecta de otra forma el patrimonio por los costos extra que se ven obligados a ejecutar las personas en la producción, cosecha, elaboración de algún producto, bien o servicio:

Una empresa minera contamina los pastos de las haciendas o de las comunidades campesinas, con humos sulfurosos que arroja a la atmósfera, está

dejando de incluir como verdaderos costos de producción de su mineral, aquellos que se hubieran derivado de la instalación de filtros anticontaminantes en sus chimeneas. Por su parte, el dueño de los pastos o de los campos de cultivos afectados por los humos tiene que emplear medios especiales para proteger o para rescatar su actividad agrícola; y estos medios le cuestan, le hacen subir sus costos de producción por causa ajena a su producción misma.<sup>22</sup>

El distinguido profesor, De Trazegnies nos ilustra «el costo ambiental» creado por la fábrica no desaparece por el hecho de no gastar tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado por caminos ajenos al mercado hacia un tercero que sufre los daños consecuentes. En esta forma, la no adopción de precauciones anticontaminantes que puedan ser caras, solo hace desaparecer ese costo para la propia empresa contaminante; pero el costo reaparece en los presupuestos y en los bolsillos de entidades gubernamentales, de otras empresas y de personas privadas ajenas al negocio de la fábrica contaminante.<sup>23</sup>

En un daño ambiental patrimonial<sup>24</sup> «habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades». Y, por último, debido a que un daño ambiental afecta al patrimonio también podemos hablar de daño emergente (el perjuicio efectivamente sufrido) y lucro cesante (la ganancia que dejó de percibir el damnificado o el perjudicado).

Para pedir la indemnización de un daño se debe cumplir tres requisitos: a) el daño tiene que ser cierto, susceptible (si el daño ha sido

<sup>22</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Derecho Civil Patrimonial. Estrategias de Derecho Privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 365 y ss.

<sup>23</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*

<sup>24</sup> En una sentencia en la que se condenó a una empresa fabril por contaminar un vecindario, observamos que se consideran los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales al pago de las siguientes indemnizaciones: «a) daños a la salud actuales y pasados; b) daños a la propiedad por disminución del valor venal y por imposibilidad de venta inmuebles; d) daño al uso de propiedades, que se fija en un 10% del valor de los inmuebles; d) daño moral; e) finalmente se ordena el cese de la contaminación de una vez y para siempre», mandando a la demandada que coloque equipamiento para cesar de polucionar, bajo control del Centro de Investigaciones del Medio Ambiente de la Universidad de La Plata (CIMA de la UNLP).

indemnizado todo el daño desaparece y la obligación se extingue o que el daño no haya sido indemnizado); b) personal (propio de quien sufrió el daño) del reclamante; y c) afectar un interés legítimo (interés tutelado por la ley) del perjudicado.

Existen algunas razones por las cuales las víctimas no recurren tanto a este tipo de proceso y hacen que en el Perú el carácter resarcitorio del sistema de responsabilidad sea más teórico que práctico.

Otra forma de daño ambiental está presente en los derechos reales, y se evidencia en la disminución de la propiedad<sup>25</sup> y lesión del derecho de pleno de uso y goce de la propiedad *ius utendi* y *ius abutendi*, las inmisiones, los efluentes u otras formas de contaminación, pueden vulnerar y limitar injustificadamente el derecho de poseer, disponer, servirse, usar y gozar de las casas de propiedad de las víctimas.

### 3.5. Los daños ambientales en el análisis económico del derecho

Analizado el daño ambiental, tendríamos que indicar que todo daño ambiental necesariamente trae consigo costos ambientales los cuales no son asumidos por los sujetos contaminantes y, en muchas ocasiones, estos costos son transferidos a las víctimas, con lo cual los costos ambientales son transferidos a terceros o asumidos por la sociedad.

Para comprender mejor este asunto, nos apoyaremos en la metodología del análisis económico del Derecho. La externalidad o costos ajenos pueden ser positivos o negativos. Un ejemplo de *externalidades positiva* se produce cuando una entidad financiera se instala en un vecindario; este caso, los vecinos se van a beneficiar en forma gratuita de la vigilancia que van durante las 24 horas del día. Pero la externalidad también puede ser *externalidad negativa*, supongamos que en lugar de un banco se inaugura un *Night Club*, no cabe la menor duda de que los

<sup>25</sup> «Francamente menoscabado. (CI Civ. Y COM La Plata, Sala 3.<sup>a</sup>, 9.2.95), Almada, Hugo N. vs. Copetro. del análisis probatorio precedente... no nos queda dudas ni de la contaminación ambiental ni de la invasión de polvillo negro que a lo largo de varios años y al compás de los vientos y trabajos de la demandada han sufrido las propiedades de los actores, cuyos derechos de uso y goce de las mismas (vale decir, el ramillete de facultades dominiales que actor y sentenciante prefieren nominar con voz latina como *ius utendi*), al igual que sus facultades de disposición (*ius abutendi*) se han visto S.A. y otro y sus acumuladas: Iraza, Margarita...». Revista J. A., octubre 11 de 1995, n.<sup>o</sup> 5954, pp. 34 y ss.

vecinos van a sufrir las externalidades negativas que se manifestaran mediante la proliferación de la prostitución, de la delincuencia, de los ruidos molestos, entre otros.<sup>26</sup>

Con relación a las actividades industriales y mineras, estas generan externalidades positivas y negativas. Es indudable que muchas ciudades del Perú subsisten por la presencia de la actividad minera; y si desaparece esta, la ciudad también podría correr el mismo destino. Una empresa minera genera trabajo, la instalación de empresas adicionales (proveedores), servicios de alimentación y, desde luego, una fuente importante de tributos para el gobierno; pero también pueden generar externalidades negativas que se traducen en daños al medio ambiente tales como la contaminación del aire, del agua, la destrucción de las zonas aledañas, de cosechas, males cancerígenos, ruidos molestos (contaminación acústica), daños a las personas (infecciones, enfermedades),<sup>27</sup> etc.

Los daños al medio ambiente son externalidades típicas, ya que se trasladan o imponen costos a tercera personas; en este caso, a la sociedad en general, que no los ha generado. Por lo tanto, la actividad contaminante no desaparece para la empresa, sino se traslada a la comunidad, la cual estaría subvencionándola. En otras palabras, los costos de contaminación son asumidos por los afectados: personas contaminadas.

El fin tradicional de la responsabilidad civil es indemnizar al perjudicado, obligando al responsable del daño a pagar los costos de cualquier pérdida resultado de ese daño,<sup>28</sup> pero «el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales, es el de su expresión en términos de economía monetaria».<sup>29</sup> Así cuando los daños al medio

<sup>26</sup> SOTO, Carlos. *Op. cit.*, p. 318.

<sup>27</sup> SOTO, Carlos. *Op. cit.*, p. 318.

<sup>28</sup> Así lo afirma Pigretti: «Se trata de desarrollar el postulado según el cual todo productor de contaminación debe en principio ser el responsable de pagar en primer término por las consecuencias de su acción». PIGRETTI, Eduardo. «Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones del derecho ambiental». En PIGRETTI, Eduardo et al. *La responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, s/a., p. 29.

<sup>29</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, 2000, p. 6. Mimeo.

ambiente se traducen en un daño a la integridad física de las personas o a sus bienes (daño civil por influjo medioambiental), el método de evaluación del daño no plantea ninguna especialidad en relación con los existentes en el plano general de la responsabilidad civil,<sup>30</sup> pero cuando se trata de lo que hemos denominado *daño ecológico puro*, resulta muy difícil establecer cuál es el valor del medio ambiente dañado.<sup>31</sup>

Si una empresa, motivada por un utilitarismo y una maximización salvaje, no utiliza un tratamiento adecuado para que los productos que fabrica no contaminen o los niveles de contaminación sean los mínimos o acorde con los estándares permitidos, lo que está haciendo es trasladar ese costo a la sociedad, ya que ella deberá soportar el efecto de la contaminación por sus productos, y esto conllevará a que cada persona internalice el daño (y que por lo tanto no se haga nada al respecto) o que las autoridades (municipios) tengan que combatir tal contaminación.<sup>32</sup>

Una empresa minera, producto de su actividad, genera pasivos ambientales, desechos y residuos sólidos; si éstos no fueran tratados en forma adecuada según la normativa ambiental, esta actividad generaría malos olores, enfermedades en agravio de la comunidad, y estos costos (consultas médicas y medicinas) tendrían que ser asumidos por los miembros de la comunidad o el gobierno local; estas externalidades generan ineficiente asignación de los recursos sociales, la empresa minera estaría subvencionando sus actividad transfiriendo el «costo ambiental» a terceros, dígase «comunidad campesina», quienes deberán de asumir estos costos en agravio de su salud y patrimonio.

<sup>30</sup> En estos casos se ha dicho que «El valor de la indemnización debe ser igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimente con motivo de la no ejecución total o parcial, o la demora en la ejecución; y que esta pérdida o perjuicio consiste en dos hechos diferentes que la indemnización debe comprender: una disminución real del patrimonio del acreedor, a que se ha dado el nombre de daño emergente; y la privación de una ganancia o utilidad que el acreedor tenía derecho de alcanzar en virtud de su crédito, llamado por eso lucro cesante». CLARO SOLAR, Luís. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1979, vol. V, tomo XI, pp. 724 y 725.

<sup>31</sup> Pearce y Turner señalan que para medir el daño infligido al medio ambiente por un proyecto de desarrollo es necesario calcular el Valor Económico Total perdido por causa de ese desarrollo, cuestión desde luego muy compleja. Véase de estos autores. *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Madrid: Celeste Ediciones, 1995. pp. 187-206.

<sup>32</sup> SOTO, Carlos. *Op. cit.*, p. 308.

### 3.6. La valoración del daño

Al respecto, se ha dicho que la valoración del daño ambiental resulta una tarea imposible, que únicamente admite valoraciones por aproximación basadas en el estado general de la ciencia, es decir, en lo que razonablemente se puede dar como conocido.<sup>33</sup> Aunque en principio es válido sostener que: «La pérdida suele calcularse en función de la depreciación económica del bien agregado o del coste real de la reparación del daño, pero el daño ambiental, al no tener un valor mercantil, no puede indemnizarse directamente como pérdida económica. No obstante, puede tener gran valor desde otro punto de vista, por ejemplo, la extinción de una especie o la pérdida de un paisaje pintoresco»,<sup>34</sup> o la extinción de un bosque cuyas consecuencias pueden ser graves en función del incremento del efecto invernadero.<sup>35</sup>

Por otra parte, los daños ambientales son, en ciertos casos, de gran magnitud<sup>36</sup> lo que vuelve muy complicada para los jueces la labor de examinarlos y evaluarlos plenamente, tanto para efectos procesales como para efectos de dictar sentencia condenatoria;<sup>37</sup> y cuando la valuación del daño ambiental es posible, el monto a indemnizar suele ser muy elevado.<sup>38</sup> Por ejemplo, según Church y Nakamura, la limpieza

<sup>33</sup> «Un ejemplo: Actualmente se conocen un total aproximado de 6.000.000 de sustancias químicas, de las que unas 600.000 son utilizadas cotidianamente; pues bien de tan sólo 8.000 de ellas se conocen con más o menos certeza sus efectos (en el humo de un cigarrillo hay 5.000 agentes químicos). Piensen en la intoxicación que, posiblemente, se produjo por las anilinas adicionadas al conocido como aceite tóxico. Hoy, tras el trabajo de distintas comisiones internacionales de científicos, no se conoce aún el concreto proceso de la enfermedad ni, con certeza, su agente desencadenante». REAL FERRER, Gabriel. *Cobertura de riesgos ambientales*. En: <http://www.ua.es/dda/cobertura.htm>.

<sup>34</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Navarra: Aranzadi, 1996, p. 262.

<sup>35</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, 2000, p. 15. Mimeo.

<sup>36</sup> Esta situación contrasta con lo que señala Hutchinson, en el sentido de que: «en muchas ocasiones los daños alcanzados a un número muy elevado de víctimas, tienen para cada una de ellas un alcance económico reducido e incluso modesto». *Responsabilidad pública ambiental*. MOSSET ITURRASPE, Jorge, et. al. *Op. cit.*, tomo II, p. 62.

<sup>37</sup> MÁRQUEZ SAMPAIO, Francisco José. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>38</sup> Es más difícil determinar el monto de la indemnización cuando se trata de lo que hemos denominado el daño ecológico puro, puesto que resulta difícil poner un precio al ambiente cuyos elementos, en algunos casos no se encuentran en el mercado. Véase

rigurosa de todos los sitios contaminados por residuos peligrosos en el territorio de los Estados Unidos de América tendría un costo aproximado de 1.7 trillones de dólares.<sup>39</sup> En el mismo sentido, un análisis elaborado por la Empresa Roche, reconoce que para 1996 habían sido desembolsados por esa transnacional más de 300 millones de francos suizos para indemnizar los daños causados por el accidente ocurrido en Seveso, Italia en 1976.<sup>40</sup>

En suma, la valoración del daño ambiental es muy compleja y puede decirse que hasta ahora en ningún sistema jurídico se ha establecido un método de evaluación económica capaz de hacer frente a la complejidad del daño ambiental.<sup>41</sup>

Si bien corresponde a las ciencias económicas determinar los mecanismos idóneos para la valoración del daño, a la ciencia jurídica le toca establecer la forma normativa que tales estrategias deben asumir dentro del orden legal. Así, el Derecho comparado y la doctrina *ius*

---

LETTERA, Francesco. «Lo stato ambientale e le generazione future». *Rivista giuridica dell'Ambiente*. Año 2 VII, p. 245.

<sup>39</sup> CHURCH, Thomas y Robert NAKAMURA. *Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund*. Washington: The Brookings Institution, 1993, p. 3.

<sup>40</sup> SEVESO-TWENTY YEARS AFTER. En <http://www.roche.com/about/esevese.htm>

<sup>41</sup> Incluso en México ni siquiera para efectos de la determinación de la indemnización, tratándose del daño tradicional, existe un criterio eficaz. La legislación ambiental no establece regla alguna para determinar el monto de la indemnización, por lo que resulta aplicable la regla general que establece el Código Civil, según la cual: «Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto a la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruple del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima».

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha sentado un criterio que data de los años 50 cuando un camión repartidor de refrescos atropelló y causó la muerte a una niña de cinco años de edad, en el Estado de Chiapas. Los padres demandaron a la compañía propietaria del vehículo y cuantificaron la indemnización argumentando que tratándose de una niña sana era previsible que pudiese llegar al promedio de edad, en esa época de 60 años, y que como a partir de los 18 años hubiese tenido que sostener a sus padres, y tomando en cuenta además que por lo menos hubiera ganado el salario mínimo, entonces el monto de la indemnización sería el salario mínimo correspondiente a 42 años. El juez falló a favor de los padres. *DAÑO EXTRACONTRACTUAL. INDEMNIZACIÓN POR. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación*, 5.<sup>a</sup> Época, tomo CXIII, p. 443. Precedentes: Medina Natalia, 6 de agosto de 1962, 4 votos.

*ambiental* muestran varias alternativas ante este paradigma, a saber: que el valor de la indemnización sea igual al costo de la restauración; que el legislador establezca un parámetro indemnizatorio; que se negocie su monto; o que el juez o la administración determinen su cuantía.<sup>42</sup>

#### 4. CARACTERÍSTICAS DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

##### 4.1. Incertidumbre

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre la salud y el medio ambiente causados por las alteraciones realizadas por el ser humano son generalmente desconocidos y en algunas ocasiones imposibles de conocer. Al respecto la Declaración de Alcalá afirma lo siguiente «la controversia es la norma cuando del reconocimiento de los efectos ambientales se derivan consecuencias económicas importantes y posibles efectos para la salud». Es aquí donde encuentra asidero el principio precautorio del Derecho ambiental contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, el cual establece, que cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. De esta forma se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños: el mismo debe ser siempre cierto y no puramente eventual o hipotético. Tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos. Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina, la cual mediante el fallo de 1995 *Almada contra Copco S.A.* consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable. De igual forma la Sala

<sup>42</sup> Véase GOMIS CATALÁ. *Op. cit.*, pp. 265-274; MARTÍN MATEO, Ramón. *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, 2000, pp. 20-25, mimeo; y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 262-274.

Constitucional de Costa Rica mediante la sentencia 1250-99 del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve estableció «De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible –o una duda al respecto– se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente».

#### **4.2. Relevancia y alcances del daño ambiental**

El daño ambiental jurídicamente relevante es aquel que entra en la categoría de intolerable, por lo tanto, no es cualquier daño el que le interesa al Derecho Ambiental, sino únicamente aquel cuya magnitud, importancia o relevancia es tal, que viene a afectar necesariamente su objeto de tutela sea la vida, la salud o el equilibrio ecológico. Al respecto, la propuesta modificativa de la directiva de la Comunidad Europea relativa a la responsabilidad civil por daños al ambiente define *daños ambientales* como «cualquier degradación física, química, biológica importante del medio ambiente, sin confundir con la lesión a bienes particulares».

El daño ambiental debe abarcar, por tanto, no solo los producidos sobre los elementos constitutivos del ambiente, sino también aquellos sufridos por los sujetos que ven menoscabados sus derechos fundamentales a la vida y la salud, sin dejar de lado los derechos subjetivos privados de los mismos. Al respecto, el Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea llega a la conclusión de la creación de un régimen de responsabilidad ambiental que cubra tanto los daños «tradicionales» como los daños causados al medio ambiente.

#### **4.3. Carácter difuso y expansivo**

El daño ambiental es difuso no solo por la dificultad que entraña identificar a los agentes que causan el daño, sino también por la determinación de los sujetos que se encuentran legitimados para establecer la denuncia ante el órgano administrativo o judicial, y aquellos a los que puede alcanzar una posible indemnización. Al respecto, el artículo 2., inciso 22 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona se encuentra legitimada para denunciar los actos que

infrinjan derecho a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como para reclamar la reparación del daño causado. Por otra parte, el daño ambiental es expansivo porque el hecho generador del daño crea efectos y, en ocasiones, estos efectos negativos para el ambiente se llegan a convertir en nuevas causas generadoras de daños, ocasionándose, por tanto, una cadena que a la postre podría llegar a ser interminable.

#### **4.4. Daño concentrado y daño diseminado**

El daño concentrado es aquel cuya fuente es fácilmente identificable, un daño derivado de un suceso discreto o continuo, como lo sería la contaminación de una superficie definida de terreno. Por su parte, el daño diseminado o difuso es aquel en donde existe una multiplicidad de fuentes productoras del daño, esparcidas territorialmente, por lo que su identificación e individualización es de gran dificultad. Como ejemplo de lo anterior encontramos la contaminación ambiental que produce el efecto invernadero o bien la lluvia ácida.

#### **4.5. Daño directo e indirecto**

Es directo el daño que recae sobre los elementos patrimoniales de los particulares que forman parte del medio ambiente, mientras que indirecto sería aquel tipo de daño que afecta al medio ambiente y que a su vez afecta a terceros jurídicos o naturales, relacionado a los derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales de las personas.

El daño continuado o progresivo, como lo son los daños que tienden a cuantificar su daño; es aquel que es producto de un proceso dilatado en tiempo y, por lo tanto, el proceso dañino no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo.

Daño progresivo es aquél que es producido por una serie de actos sucesivos cuya conflagración provoca un daño mayor a aquel que se produciría por cada una de los hechos individualmente tomados.

El daño ambiental puede recaer sobre bienes de naturaleza pública o privada. En el caso costarricense, el elemento agua, el subsuelo, la fauna y los recursos genéticos y bioquímicos, así como la biodiversidad, son de dominio público. Por otra parte, la flora y los recursos forestales son de interés público. Lo anterior no quiere decir que dentro

de la conducta dañosa que afecta al ambiente, no pueda también salir perjudicada la vida o salud de los habitantes, así como sus derechos de naturaleza subjetiva privada.

Por último, el daño ambiental puede ser producto de una única conducta localizable en el tiempo, o bien de un conjunto de conductas efectuadas en varios o muchos puntos en el tiempo. De esta forma, podemos calificar al daño como continuado cuando es producto de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo o varios autores, en épocas diversas. Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo estaríamos en presencia de un daño permanente. Sería progresivo el daño que es producto de una serie de actos sucesivos, de una misma persona o de distintas, cuyo conjunto produce un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente ocasionados. Es lo que los científicos denominan «procesos de saturación».

## 5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Ante todo lo anterior expuesto, la Ley General del Medio Ambiente (en adelante, LGA), nos presenta una regulación dual de la responsabilidad civil ambiental, lo que confunde más y deja en zozobra, pues se entiende que al regular el sistema objetivo y el sistema subjetivo, al parecer, no se tiene claro cuáles son los factores de atribución correspondientes a los daños ambientales. Todo esto confronta con la tradición de algunos profesores al precisar que el daño ambiental por excelencia recae en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual<sup>43</sup> (nosotros compartimos esta posición),<sup>44</sup> por lo que se debe de tener en cuenta la regulación

<sup>43</sup> SOTO, Carlos. «El derecho frente a los depredadores del medio ambiente: reflexiones en torno al daño ambiental». *Advocatus* (Revista editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), n.º 13, p. 318. Asimismo, consideramos que esta responsabilidad debe ser eminentemente objetiva, no siendo necesaria la prueba de la culpa del agente del daño, sino únicamente la existencia del daño, mediante el factor de atribución objetivo se prescinde de la culpa para imputar la responsabilidad por los daños ambientales. El factor objetivo se fundaría en el riesgo que generan ciertas actividades que se desarrollan o determinados bienes que se utilizan. Por consiguiente, la responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente será imputable al agente, aun cuando este demuestre su ausencia de culpa.

<sup>44</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano». *Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y Público, Normas Legales*, n.º 88, junio de 2008.

dual de la responsabilidad (contractual y extracontractual). Frente a los daños al medio ambiente, tenemos una serie de imprecisiones: en principio, será muy difícil aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, salvo que exista un contrato entre un sujeto que potencialmente ocasione daños al medio ambiente y la comunidad que potencialmente los asuma. Por ejemplo: un contrato que obliga contractualmente a no causar daños al medio ambiente; en este caso, si la empresa causa un daño estaría incumplimiento el contrato y, por lo tanto, la comunidad podría solicitar la indemnización aplicando las reglas de la responsabilidad civil contractual. Aunque este hecho puede sonar irónico, tal vez en un futuro por las exigencias ambientales se podría dar esta figura contractual.

Nuestra posición se dirige a que la responsabilidad civil por daño ambiental en esencia es una responsabilidad aquiliana, relacionada directamente a la teoría objetiva del «riesgo creado». Como las reglas de la responsabilidad contractual no son eficaces frente a los daños al medio ambiente, debemos recurrir a las normas de la responsabilidad civil extracontractual; no obstante, primero hay que distinguir los daños ambientales que en forma inmediata causan un daño a una persona y/o su patrimonio en particular, de los daños ambientales que además de dañar el medio ambiente causan daños directos a las personas y/o a su patrimonio.

Existen una gran incertidumbre en la aplicación del sistema de responsabilidad civil por daño ambiental en los juzgados y las salas civiles, los magistrados no tiene claro el concepto y los alcances de los derechos ambientales y los daños ambientales ocasionados a los bienes patrimoniales y no patrimoniales

El acceso a la justicia ambiental se viene vulnerando por diversos factores: desde las competencias administrativas ambientales y la vía jurisdiccional, debido a que existe una limitación a la legitimidad procesal de quienes son las personas que tienen legitimidad para interponer acciones procesales a favor de los derechos ambientales cuando sean vulnerados derechos individuales o colectivos.

La legitimidad para obrar restringidamente en el patrocinio de derechos difusos entra en aparente contradicción con el artículo 143 de la LGA, que dispone que cualquier persona natural o jurídica esté legitimada para plantear una pretensión de indemnización por daños ambientales. La fortaleza de esta posición radica frente al CPC. Sin

embargo, otra interpretación puede ser que dicha norma, concordada con el artículo 142.1 de la LGA, dispone que cualquier persona puede iniciar un proceso para obtener una reparación por daño a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio individual, pero no para daños al ambiente no individualizados, donde se aplica la protección de derechos difusos.

Los derechos difusos ambientales constituyen una categoría de los derechos ambientales tutelados dentro de la amplia gama de daños ambientales; a entender del profesor Reggiardo es conveniente que la facultad de presentar la demanda de patrocinio de derechos difusos no se confiera a personas individuales, pues en una sociedad corrupta y con poca información como la peruana, se presentan incentivos para que los abogados usen este proceso para intentar extorsionar a grandes empresas o incrementar la carga del poder judicial mediante demandas civiles.

A nuestro parecer, el sistema de acceso a la justicia ambiental desde la óptica del Código Procesal Civil y el pleno casatorio, pone en evidencia la desventaja de las personas individuales o colectivas que sufren daños ambientales, al no contar con un acceso rápido y sencillo ante las instituciones procesales ambientales. Es muy complicado que el Poder Judicial y el Ministerio Público brinde el trámite procesal a las acciones ambientales debido a la falta de capacitación y de incentivos perversos de algunas empresas contaminadoras que en interés de sus actividades empresariales use las diferentes vías e influencias (el flagelo de la corrupción), pero a la vez creemos que es muy complicado que un campesino o un vecino tenga los suficientes recursos para tratar de influir en la admisibilidad o en la sentencia de algún magistrado y mucho menos cualquier abogado por falta de especialidad en materia ambiental o porque sencillamente los incentivos económicos de la parte débil (persona natural) le puedan generar interés de ir patrocinando procesos ambientales, o que a una firma de abogados le interese patrocinar a una comunidad campesina o nativa ante el sufrimiento de daños ambientales por compañías mineras o petroleras.

Los problemas de acceso a la justicia ambiental parten de algunas inconsistencias procesales, no existe una regulación procesal específica para las pretensiones individuales de indemnización por responsabilidad extracontractual. Las reglas procesales serán las generales del CPC y la vía procedural se determina a partir de la cuantía de la pretensión.

En cuanto a la legitimidad para obrar activamente al tratarse de un supuesto de daño individual, estamos frente a un caso de legitimidad para obrar ordinaria donde la demanda de indemnización sólo puede ser planteada directamente por la víctima. La legitimidad para obrar extraordinaria dispuesta en el artículo 143 de LGA, en todo caso, sólo puede ser aplicada para la paralización de actividades dañosas, pero no para el planteamiento de una pretensión indemnizatoria cuando la titularidad del derecho es difusa.

La actividad probatoria varía dependiendo del factor de atribución aplicable al caso. Es distinta en el caso de responsabilidad objetiva y en de responsabilidad subjetiva. En el primer supuesto, el demandante solo debe probar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el daño, así como el daño en sí. En la responsabilidad subjetiva, el demandado debe ofrecer medios de prueba que acrediten que no ha incurrido en dolo o culpa. Sin embargo, dado que ni el artículo 1969 del Código Civil ni el artículo 145 de la LGA presumen el dolo o culpa del agresor, consideramos que el demandante no está exento de probar si el demandado actuó con dolo o culpa.

### 5.1. Contaminación en Choropampa y el Pleno Casatorio

El Primer Pleno Casatorio peruano no solo es discutible y cuestionable en los extremos de considerar si la transacción extrajudicial puede ser opuesta como excepción a fin de concluir un proceso. Aunque el presente trabajo no tiene por finalidad definir si estas transacciones a nuestro entender surten los efectos de cosa juzgada o si el sistema jurídico peruano permite efectuar transacciones en derechos fundamentales, tenemos que indicar nuestra posición.

En este sentido, los profesores Castillo y Osterling sostienen que los derechos extrapatrimoniales, esto es, los derechos inherentes a la persona, no son susceptibles de renuncia por las partes. En este punto la doctrina no tiene resquicios de discrepancia, admitiendo como materia de transacción a todos los derechos dudosos o litigiosos que, siendo de interés privado y estando en el comercio, sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «La transacción». *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, n.º 1, 2008, pp. 132-133.

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no constituyen objeto de transacción; por ejemplo, todo lo concerniente a la persona humana (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo), a la personalidad (como la capacidad, nacionalidad, estado civil), a la organización de la familia, a la filiación, a las obligaciones o deberes, y a los derechos o facultades que la ley confiere a los padres, tutores, curadores o a los cónyuges, comprometen al orden público. Son obligaciones y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles.

Al interior de los ámbitos de los contratos, como se conoce, las personas pueden obligarse de las más variadas formas, sin poder, claro está, contraer obligaciones respecto de los bienes y derechos que se encuentran fuera del comercio de los hombres. Por ello es que los contratos y, por ende, la transacción, no pueden versar sobre esta clase de bienes y derechos.

A nuestro entender el famoso caso del derrame de mercurio de la Minera Yanachocha en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, no sólo es escandaloso y cuestionable en los términos de las diversas transacciones extrajudiciales. Los campesinos realizan una transacción con la Minera Yanachocha, la cual se obliga a efectuar el pago de suma irrisoria como compensación por los daños ambientales y personales por el derrame de mercurio en desmedro de los campesinos de Choropampa, quienes se obligan a no establecer ninguna otra acción procesal por los daños ambientales.

Pero, sin duda alguna, al margen de las transacciones extrajudiciales es mucho más alarmante los fundamentos en los que se ampara el Primer Pleno Casatorio, al referirse en lo concerniente a la legitimidad para obrar en forma activa de los campesinos de Choropampa, en el extremo que indican que la legitimidad para obrar corresponde únicamente a las entidades precisadas en el artículo 82 del Código Procesal Civil, sin tener en consideración que el derrame de mercurio de la Minera Yanachocha, en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, constituye la vulneración a los derechos difusos y derechos ambientales de los pobladores.

A nuestro parecer, el Primer Pleno Casatorio constituye un nefasto antecedente jurisdiccional, en cuanto al pronunciamiento y conocimiento de los magistrados en los temas de Derecho ambiental y su tutela jurisdiccional. De todo lo plasmado y deliberado por los magistrados

supremos, se percibe un desconocimiento en la aplicación de la normativa ambiental en el Perú y se vulnera arbitrariamente, sin precedentes nacionales e internacionales, un principio fundamental. Nos referimos al principio de Justicia Ambiental<sup>46</sup> consagrado en el título preliminar de la LGA, el cual prescribe que se permite el ejercicio procesal «[...]Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante su interés económico y moral en defensa de los derechos ambientales». Sea en forma individual o colectiva, el Pleno Casatorio desampara que cualquier persona en forma individual pueda presentar una acción a favor de los derechos ambientales y precisa sobre los demandantes que «el caso es que ni el texto anterior ni el vigente (referencia al Código Procesal Civil), en el cual se contempla la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida por una persona natural sino tan sólo por entes que cuenten con personería jurídica, no es cierto LGA faculta las demandas individuales» con lo cual indica que las personas naturales (comuneros de Choropampa) no tienen legitimidad para interponer acciones en defensa de sus derechos ambientales y que sólo la legitimidad corresponde a las personas jurídicas. Siendo coherentes con el principio de especialidad de la norma, se debió de aplicar lo establecido en la LGA, donde sí se permite que las personas en forma individual puedan presentar acciones en tutela de los derechos ambientales. El controvertido y publicitado Pleno Casatorio tampoco pudo realizar una definición de los alcances y significado del daño ambiental; es evidente que los magistrados no recurrieron a aplicar la Ley General del Ambiente y se percibe la nula o escasa formación de los magistrados en materia de derecho y justicia ambiental.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Ley n.º 28611 - Ley General del Ambiente.

Artículo IV.- «Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

[...].

<sup>47</sup> De acuerdo con Betancourt Bossio, a las razones antes mencionadas habría que agregar una de carácter eminentemente técnico y que tiene que ver con el escaso desarrollo y

A manera de referencia sobre el proceso ambiental que vienen siguiendo algunos comuneros de Choropampa, el diario *La República*<sup>48</sup> en su portada publica «Minera quiere olvidarse de Choropampa». La nota precisa que el acuerdo arbitral al que llegaron la demandada Newmont Mining Corporation y el Estudio Jurídico Podhurst Orseck, contratado por la municipalidad provincial de Cajamarca, especifica que en el futuro ningún reclamo será presentado ni en Estados Unidos ni en el Perú.

A nuestro entender este proceso arbitral ambiental que versa sobre el caso Choropampa debe de representar una oportunidad a efectos de que se implemente lo indicado en la LGA, en cuanto a establecer el arbitraje ambiental como un mecanismo de solución de conflictos. Sin duda alguna, esto representa un nuevo reto dirigidos a los abogados.

---

conocimiento que tienen los jueces y órganos auxiliares del Poder Judicial para cuantificar los servicios indirectos que prestan los recursos naturales para determinar los montos indemnizatorios y compensatorios; y un segundo que es de carácter estructural y que tiene que ver con el hecho de que el Poder Judicial es una de las instituciones con menor credibilidad en el Perú.

<sup>48</sup> La República, lunes 9 de febrero de 2009, p. 6 «esto que llaman oferta para los Choropampinos es un insulto. El alcalde provincial y los de San Juan y Magdalena han aceptado el acuerdo arbitral, pero en Choropampa no. Aquí la gente sigue muriendo y nuestras autoridades no nos respaldan (Graciano Carvajal, Alcalde de Choropampa) «con los 530 mil dólares que nos toca a cada distrito no vamos a poder ni siquiera asfaltar las calles, que es lo que necesitamos hacer para aislar el mercurio que todavía queda en nuestro suelo. Menos podremos solucionar el problema de salud». Concesión escandalosa.- de los documentos confidenciales que el estudio jurídico Podhurst Orseck redactó y envió al alcalde provincial de Cajamarca, Marco Aurelio la Torre Sánchez, para que este los rubrique. El que llama la atención por el sometimiento al que es expuesto este burgomaestre, es el titulado «liberalización de todos los reclamos y demandas y reconocimientos de recepción de los fondos provenientes del acuerdo». En lo que parece una declaración jurada, La Torre Sánchez reconoce y admite que Cajamarca no va a recibir más dinero de Newmont o Minera Yanacocha por las consecuencias del derrame de mercurio.

En otra parte, el alcalde provincial enfatiza que su decisión de firmar los acuerdos resolutivos es producto de una lectura minuciosa del documento y aclara que ni Newmont ni Yanacocha tuvieron influencia alguna en su determinación. El acuerdo resolutivo hace hincapié en que el monto económico y demás convenios serán tratados en términos confidenciales. El monto compensatorio calificado de irrisorio por el alcalde de Choropampa, Graciano Carvajal Saldaña, no solamente será compartido con los distritos de San Juan y Magdalena – también afectados por el derrame de 152 kilos de mercurio ocurrido en junio del año 2000 – sino que más del cuarenta por ciento de esta suma se destina al servicio profesional de los abogados contratados tanto en Perú como en los Estados Unidos de América.

Ante los daños colectivos al ambiente y la salud pública de las personas es de obligatoria aplicación los principios la Ley General del Ambiente (Ley 268611). El artículo 142 dispone:

Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de la vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio (bienes de naturaleza colectiva, no necesariamente individualizables), está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

En el caso de los daños ambientales producidos por actividad riesgosa o peligrosa, a diferencia del Código Civil, no se aplica la excepción de responsabilidad por «el ejercicio irregular de un derecho», en razón a que el daño es indemnizable o reparable aun así sea causado «contraviniendo o no disposiciones jurídicas» (artículo 142.2: «Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que pueda ser causado contraviniendo o no disposiciones jurídicas, y que genera efectos negativos actuales o potenciales»).

Cabe precisar que en la legislación peruana los montos de la reparación por daño al ambiente están destinados principalmente a financiar medidas de mitigación, prevención, vigilancia y monitoreo a favor del ambiente y no a favor de las personas individuales afectadas. El artículo 147 de la Ley General del Ambiente dispone que tratándose de una indemnización, esta tendrá por destino la «realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales».

Ni la legislación ni la jurisprudencia nacionales precisa que debe entenderse por «realización de acciones que compensen los intereses afectados» o «contribuir a los objetivos constitucionales». Éste es un obstáculo crítico para identificar quien puede ser beneficiario de los montos indemnizatorios. Las soluciones a esta interrogante pueden ser múltiples, pero en principio los daños colectivos o al ambiente no favorecen necesariamente a personas individuales. Entre las soluciones estaría designar a algún fondo para la protección del ambiente o un municipio con el propósito de otorgarle los recursos financieros necesarios para reparar los perjuicios o compensar con otras prestaciones a favor de la población y de su calidad de vida.

## 6. CONCLUSIONES

Es necesario comprender que el daño ambiental constituye un nuevo supuesto de responsabilidad civil, que presenta características que lo diferencian de cualquier otro tipo de daño, pudiendo estar presente indistintamente en la esfera del Derecho Privado y el Derecho Público, representando la tutela de intereses privados y públicos. El sistema de responsabilidad civil ambiental debe de estar representado en mejores condiciones por el fundamento de la prevención y una adecuada indemnización.

En cuanto a las dificultades del pleno acceso a los mecanismos de justicia ambiental es necesario considerar que existe una legitimación procesal amplia que se encuentra regulada en la ley general del ambiente, el Código Procesal Constitucional y la ley del proceso contencioso administrativo, con lo cual es obvio seguir considerando erradamente que sólo se permite la legitimidad procesal a las instituciones colectivas especificadas en Código Procesal Civil, siendo los derechos ambientales difusos y que gozan de una representación procesal individual como colectiva indistintamente, por lo que se concluye indicando que la representación procesal en tutela de los derechos ambientales puede ser en forma individual o en forma colectiva.

Efectuamos un resumen de las inconsistencias y problemas que presentan las instituciones del derecho civil y su ejercicio procesal en tutela de los derechos ambientales, ubicamos las siguientes:

- a) Las indemnizaciones fijadas por los jueces son muy exigüas y no guardan consistencia con el valor de los bienes dañados;<sup>49</sup>
- b) La responsabilidad por daños normalmente se asocia a los daños irrogados a la vida, el cuerpo y la salud, y la persona. En menor medida se responde al patrimonio de las personas, en mucho menor grado a la salud y prácticamente en nada al ambiente;

---

<sup>49</sup> De acuerdo con Betancourt Bossio «a las razones antes mencionadas habría que agregar una de carácter eminentemente técnico y que tiene que ver con el escaso desarrollo y conocimiento que tienen los jueces y órganos auxiliares del Poder Judicial para cuantificar los servicios indirectos que prestan los recursos naturales para determinar los montos indemnizatorios y compensatorios; y un segundo que es de carácter estructural y que tiene que ver con el hecho de que el Poder Judicial es una de las instituciones con menor credibilidad en el Perú».

- c) No se ha desarrollado un mercado de seguros de responsabilidad frente a terceros, como consecuencia: no existe una oferta de seguros dirigida a la necesidad de incorporar al ambiente como interés asegurable;
- d) Los juicios son excesivamente largos y costosos para la mayoría de la población, y es también costoso el servicio de los abogados;
- e) Es importante poder implementar los fideicomisos ambientales debido a que las indemnizaciones ambientales están dirigidas hacer administrados por los gobiernos locales quienes no cuentan con capacidad de gestión, en consecuencia, el dinero de la indemnización no se utiliza para reparar el daño ambiental ocasionado y tampoco se presta hacer un fondo del gobierno local para fines distintos.

*Se terminó de imprimir, en los talleres  
de Grández Gráficos S.A.C.  
el mes de mayo de 2009,  
por encargo de Palestra Editores S.A.C.  
[www.grandezgraficos.com](http://www.grandezgraficos.com)  
Teléf.: (511) 531-4658*

El Libro Ponencias del IVº Congreso Nacional de Derecho Civil, es un esfuerzo conjunto del Instituto Peruano de Derecho Civil y la Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre, con el fin de difundir las novedades, problemas y desafíos del Derecho Civil en nuestro medio.

■ Quienes hemos sido testigos del devenir de los congresos de derecho civil organizados por el Instituto Peruano de Derecho Civil, sabemos que se trata del evento jurídico de mayor convocatoria en nuestro país. Resulta muy grato saber que estos eventos, que primero contaban con la asistencia de algunos cientos de personas, hoy cuentan a sus participantes por millares. Especialmente, entre los universitarios de las más diversas regiones. Ello ha convertido a este evento anual en el congreso de derecho «estrella» del Perú.

A la cantidad, sin embargo, se suma la calidad de quienes brindan a la juventud universitaria su sabiduría. Así pues, ilustres profesores como Felipe Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies Granda, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Yuri Vega Mere, Rómulo Morales Hervías, Eric Palacios Martínez y Paula Silverino Bavio, entre otros muchos más, han impartido cátedra en estos Congresos. Sin duda, hasta la fecha, el realizado en homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi en la ciudad de Trujillo, en el año 2008, organizado conjuntamente con la Universidad Nacional de esa ciudad, ha sido el más representativo.

Este libro es el fiel reflejo de las ponencias de ese congreso. Lo es también de la gentileza del Instituto Peruano de Derecho Civil que nos ha permitido incorporar esta valiosa obra dentro de la novísima Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre.

ISBN 978-9972-224-99-7



9 789972 224997