Entre el derecho civil y el arbitraje
(Segunda Parte)

Volumen 50 *Biblioteca de Arbitraje del*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Entre el derecho civil y el arbitraje

Segunda Parte

CENTRO DE ARBITRAJE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

BIBLIOTECA DE ARBITRAJE 2006-2016 DÉCIMO ANIVERSARIO

Universidad Católica San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entre el derecho civil y el arbitraje

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

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

Primera edición, diciembre 2017
Tiraje: 500 ejemplares
Fecha de publicación: diciembre 2017

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2017-17347

ISBN: 978-612-47449-8-3
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

	Página
Palabras liminares	11
Primera parte - Derecho civil	15
- Algunas reflexiones sobre los daños y su función punitiva.	17
- La familia y la responsabilidad civil. Reflexiones personales a propósito de la presentación de un libro.	37
- *Lectio Inauguralis*. El derecho y la familia en el Perú del siglo XXI.	69
- Coloquio Reforma del derecho de contratos. Perspectiva franco-peruana. Palabras de inauguración.	103
- La celebración del contrato en la reforma civil francesa del año 2016.	113
- La reforma del Código Civil y un homenaje al profesor Luis Moisset de Espanés.	149
- Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge.	161

Segunda parte - Arbitraje 179

- Presentación del volumen 35 de la *Biblioteca de Arbitraje*, en conmemoración de su décimo aniversario. 181

- El arbitraje después del arbitraje. 193

- Presentación de los volúmenes 36, 37 y 38 de la *Biblioteca de Arbitraje* en la ciudad del Cusco. 213

- Alcances y límites entre la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje. 217

- Palabras de presentación de los volúmenes 39, 40 y 41 de la *Biblioteca de Arbitraje*. 223

- El arbitraje y los procesos de la jurisdicción ordinaria. 225

- Discurso de presentación del volumen 43 de la *Biblioteca de Arbitraje, Arbitraje de inversión. El dinámico fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión,* escrito por Giancarlo Peralta Miranda. 237

Tercera parte - Otros trabajos de importancia 245

- Comentarios al libro titulado «Derecho internacional privado», tomo III, escrito por los profesores César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez, César Lincoln Candela Sánchez y Milan Pejnovic Delgado. 247

- Palabras de presentación del material informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo. 259

- Palabras de presentación de la obra *La presidencia ficticia,* escrita por Juan Paredes Castro. 261

- Palabras de presentación de la Colección *Biblioteca de Ingeniería Félix Juliá Freyre*. 267

- El fallecimiento de don Félix Juliá Freyre. 271

- Los retos de la profesión y la formación de los abogados. 275

- Palabras de presentación del libro *Lecciones de derecho internacional público,* escrito por el profesor Samuel Lozada Tamayo. 287

- Palabras de agradecimiento por la imposición de la condecoración de la «Orden Vicente Morales Duárez» del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. 291

Palabras liminares

En diciembre del año 2016 nuestra *Biblioteca de Arbitraje* publicó el volumen 35, titulado *Entre el derecho civil y el arbitraje*, obra recopilatoria de algunos de mis últimos trabajos.

La presentación de ese libro, además, tuvo para nuestro Estudio un enorme significado, pues con él se conmemoraba el décimo aniversario de nuestra colección bibliográfica, la misma que había visto la luz con la aparición, en diciembre del 2006, de la obra *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia,* cuya autoría corresponde al brillante periodista y abogado Ricardo Vásquez Kunze y a quien escribe estas líneas.

Pero la presentación del volumen 35, además, significó la reafirmación de la *Biblioteca de Arbitraje,* pues es verdad que en un inicio las pretensiones de esta colección, si bien pasaron por la idea de durar en el tiempo, nunca pasaron —ni en nuestros mejores sueños— por imaginar que ella pudiera ver la aparición de diversos volúmenes, todos los años, habiendo llegado en diciembre del 2016, a un promedio de 3.5 volúmenes publicados por año. Esto significa que si la *Biblioteca de Arbitraje* fuese una revista, hablaríamos de una publicación entre trimestral y cuatrimestral.

El logro obtenido en diciembre del 2016; sin embargo, nos planteó nuevos retos, empezando por definir aquello que nos propondríamos hacer durante el año jubilar de nuestro décimo aniversario. Y nos dimos cuenta de que —sin haberlo previsto— teníamos en camino un número muy importante de obras a ser editadas en los meses siguientes, de modo tal que nos planteamos el reto de llegar a publicarlas todas en el

año, en una serie que va desde el volumen 36 hasta el volumen 50, que es —precisamente— el que hoy presentamos.

En otras palabras, se trataba de quince volúmenes a publicar en un solo año, siendo algunos de éstos obras colectivas y otros publicaciones de autores individuales.

Así, tenemos, el volumen 36, *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje - Cusco 2014;* el volumen 37*, Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación - Cusco 2015*; el volumen 38, *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación - Cusco 2016*; el volumen 39, *Ponencias del Octavo Congreso Internacional de Arbitraje PUCP 2014;* el volumen 40, *Ponencias del Noveno Congreso Internacional de Arbitraje PUCP 2015;* el volumen 41, *Ponencias del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje PUCP 2016*; el volumen 42, *El arbitraje en Brasil* (obra colectiva dirigida por Roger Vidal Ramos); el volumen 43, *Arbitraje de inversión: El dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión,* escrito por Giancarlo Peralta Miranda; el volumen 44, *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo,* de María Antonieta Delgado Menéndez; el volumen 45, *Arbitraje. La motivación de las decisiones arbitrales,* de Gino Rivas Caso; el volumen 46, *La naturaleza procesal del arbitraje,* de Aníbal Quiroga León; el volumen 47, *Enciclopedia de arbitraje* tomo I; el volumen 48, *Enciclopedia de* arbitraje, tomo II (obra colectiva dirigida por Jorge Luis Collantes González); y el volumen 49, *Panorama actual del arbitraje 2017* (obra colectiva en coedición con *Thēmis*, Revista de Derecho).

El volumen 50 —que ahora presentamos— se titula *Entre el derecho civil y el arbitraje, segunda parte,* y en esta obra compilo los principales trabajos de investigación que he realizado en estas dos áreas del derecho, desde que fue presentada la primera parte de la obra (volumen 35 de la colección).

Al igual que en el caso de la primera parte, este libro contiene una tercera sección en la que reúno algunos trabajos que, en estricto, no corresponden ni al derecho civil ni al arbitraje, pero estimo de importancia teórica y de necesaria publicación.

Varios de estos ensayos han sido motivados por requerimientos de exposiciones que he tenido que pronunciar en congresos de derecho o de artículos escritos para publicar en revistas, siendo, no obstante —la mayoría— inéditos.

Un elemento muy importante que me ha permitido continuar escribiendo sobre estas materias con regularidad, es el hecho de que la Universidad Católica San Pablo de la ciudad de Arequipa, me honrara al designarme como Decano de su Facultad de Derecho desde enero del presente año, cargo que me ha llevado a escribir trabajos académicos para distintos eventos en los que he hecho uso de la palabra.

Esta obra —como no podría ser de otra manera— recoge mis pensamientos, mis ideas, mis reflexiones y mis propuestas en las áreas del derecho en las que me desempeño, tanto en lo académico como en lo profesional.

Someto a consideración de nuestros queridos lectores el contenido de este libro, con el que la *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio completa el primer medio centenar de volúmenes publicados.

Lima, agosto del 2017
Mario Castillo Freyre[*]

---

[*] Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

Primera Parte

Derecho civil

Algunas reflexiones sobre los daños y su función punitiva*

Distinguidos profesores con quienes comparto este panel,
Señores miembros de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado,
Estimadas autoridades de la Corporación U de Colombia;
Señoras y señores,

1. Introducción

Para mí es un honor estar una vez más en la ciudad de Medellín por una generosa invitación de los organizadores de este Congreso; y, en especial, de su presidente, el doctor Carlos Humberto Montoya.

Deseo felicitar la labor que Carlos Humberto viene realizando como presidente de la Asociación, y el honor que significa para mí ocupar la vicepresidencia de la misma.

Nuestro Congreso trata acerca de las tendencias actuales del derecho de daños; y este panel, específicamente, acerca de la proliferación en las tipologías de los daños, y la función que los mismos tienen en la responsabilidad contractual como en la extracontractual.

Además, específicamente, se nos hace la pregunta de si se trata de una reparación integral o de un abuso.

---

* Palabras pronunciadas en la ciudad de Medellín, Colombia el día jueves 6 de octubre de 2016, en el marco del XI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (6 y 7 de octubre de 2016).

Cuando abordo estos temas frente a mis alumnos, no dejo de señalar que estamos ante una de las materias más variadas y de mayor perspectiva dentro del derecho.

No cabe duda de que la responsabilidad, en cualquiera de sus facetas, constituye una de las materias sobre las cuales más se ha escrito y se sigue escribiendo en el derecho civil.

Debo confesar también que por una perspectiva académica y profesional, mi acercamiento al derecho de daños, se produce fundamentalmente, desde la responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones.

Esto, debido a dos razones fundamentales.

La primera, es que soy profesor de obligaciones y contratos y no de responsabilidad civil, razón por la cual mi perspectiva académica se basa de manera central en aquellos daños que se producen en sede contractual, y no por actos ilícitos o responsabilidad extracontractual, en donde —reconozco— el panorama doctrinal es mucho más amplio que en esta otra área específica de la responsabilidad.

Y, en segundo lugar, porque en el ejercicio profesional no soy abogado litigante en casos de responsabilidad extracontractual, sino, básicamente en procesos arbitrales, en los que, como abogado defensor o como miembro del tribunal arbitral, conozco casos de responsabilidad por inejecución de obligaciones.

No obstante, trataré de centrar mi exposición en torno al tema que motiva este panel, cual es el de la proliferación de las tipologías del daño, a efectos de saber si nos encontramos sólo frente a la reparación integral o al abuso.

2. Las legislaciones civiles y la regulación de los daños

Es evidente que los códigos civiles, al tratar acerca de las diferentes tipologías del daño, lo hacen de manera dispar.

De esta forma, es usual que los códigos más antiguos hagan exclusiva referencia a la división y a la distinción entre daños y perjuicios, y que con el paso de los años, los cuerpos normativos hayan ido incorporando tipologías adicionales, como son el daño moral, el daño a la persona y otros.

Entonces, la primera pregunta que corresponde formular es la relativa a si resulta necesario que los códigos civiles incorporen en su regulación, las diversas tipologías que hoy la doctrina ha elaborado sobre el daño.

Esta pregunta cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que con el paso del tiempo, tal tipología ha ido creciendo en número, de manera tal que hoy en doctrina, uno puede apreciar un universo bastante grande.

Como hemos señalado, el tema se origina en las categorías tradicionales de daños y perjuicios, como sinónimos de daño emergente y lucro cesante.

No obstante, con el paso de los años, estos conceptos, también admitieron una subdivisión adicional, hablándose, por un lado, del daño patrimonial (denominado por algunos autores como daño objetivo); el mismo que abarcaría el daño emergente y el lucro cesante; y por otro, el daño extrapatrimonial o subjetivo, que incluiría el daño a la persona y el daño moral.

Es evidente que sobre los distintos tipos de daño no existe uniformidad de criterio en torno a su clasificación y contenido.

No obstante, en lo que respecta al daño a la persona (fundamentalmente referido a las personas naturales, pero también para algunos autores, dentro de los que me encuentro, extensivo a las personas jurídicas), éste se subdividiría en daño subjetivo (a los sujetos de derecho); y daño a los objetos de derecho.

El daño subjetivo a los sujetos de derecho se subdivide en daño psicosomático (el mismo que puede ser daño biológico o daño a la salud) y daño a la libertad, referido también al proyecto de vida.

Por su parte, el daño moral puede ser entendido como daño moral subjetivo; es decir, el sufrido de manera directa por el propio sujeto; o el daño moral afectivo, es decir, la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.

La tipología de daños no termina, pues tenemos a los daños subjetivos por la muerte de un pariente, el mismo que puede ser daño a los parientes *iure sucessionis* (que se considera daño patrimonial) o daño a los parientes *iure proprio* (supuesto en el cual estamos ante el daño moral, daño a la vida de la relación, daño a la salud psíquica o daño por lesión a la relación familiar), aunque el mismo también podría ser de carácter patrimonial.

Por otra parte, tenemos a los daños por muerte y lesiones personales, consistentes en perjuicios sufridos por los acreedores de la víctima.

La doctrina también trata acerca de los daños por muerte del socio o administrador único en la sociedad.

Asimismo, los daños por pérdida de una chance o de una ocasión favorable, el mismo que se suele entender como parte del lucro cesante, o como un daño actual, pero también como daño moral.

Milagros Koteich Khatib[1] hace referencia al «daño existencial», el cual ha sido denominado una «megacategoría» y explica la discrepancia a nivel doctrinario y jurisprudencial en la realidad italiana, acerca de dicho concepto. La definición de daño existencial es la que hace la Corte de Casación de ese país, en su sentencia de fecha 24 de marzo de 2006, que es la primera sentencia de la corte en introducir esta categoría de daño.[2]

Giovanni Marini se refiere a la tendencia que existe, inclusive, hacia la superación de la distinción de daño patrimonial y daño no patrimonial. Por esta razón se sostiene que la responsabilidad civil ahora se encuentra orientada a asegurar a los sujetos lesionados los aspectos

---

1 Koteich Khatib, Milagros. «La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico *vs*. "daño existencial"». En *La responsabilidad civil. Observatorio de derecho civil,* pp. 120-121.

2 «Se define el daño existencial como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo externo. […]

Quienes se resisten a la introducción del daño existencial dentro del sistema encuentran que los riesgos son básicamente de dos órdenes. En primer término, se causa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendrá a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos; en segundo lugar, se sostiene que se elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados "daños bagatelares"), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional.

Por su parte, los defensores de la nueva categoría acusan en la negación de la misma el peligro de simplificaciones excesivas, como la que, dicen, resultará del uso generalizado de la categoría "daño extrapatrimonial", volverá inútil cualquier otra referencia; y también, el peligro de "banalización", si se sostiene que la categoría del daño existencial sirve exclusivamente para brindar tutela resarcitoria a los caprichos y a la idiosincrasia de la víctima».

económicos vinculados con la persona, buscando restaurar la riqueza producida y producible por la víctima del daño.[3]

En este punto creemos que la pregunta que fluye por naturaleza, es si aquellas tipologías no reguladas implican una negativa o peligrosa orfandad para su resarcimiento.

Estimamos que no, en la medida de que la construcción de los diversos tipos de daño se ha ido produciendo en el curso de la historia del derecho, derivada de los avances jurisprudenciales y doctrinarios y en algunos casos, de ulteriores reformas legislativas.

Dentro de ese orden de ideas, en la medida de que las legislaciones civiles contemplan el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima, puede decirse —sin temor a error—, que está contemplado todo resarcimiento.

Ninguna interpretación jurídica puede ser válida si es que estimara que la no mención específica de un tipo de daño, implica que tal tipo especial no deba ser resarcido a la víctima.[4]

---

[3] «Lo que se encuentra en juego no es tanto una nueva multiplicación de las situaciones de daño resarcible, sino de la misma "identidad funcional" del modelo de tutela resarcitoria. A la visión clásica, ha sido contrapuesto un diverso modelo que busca la recuperación de la prevalencia funcional del daño. Presentándose como exponente de esto la finalidad redistributiva típica de la función resarcitoria. […].

Si el concepto de daño se relaciona siempre con el reequilibrio de las esferas patrimoniales, también los daños morales no son sino la traducción jurídica de esferas de socialización infringidas en su contenido económico».

[4] Guido Alpa coincide con esta línea de pensamiento, ya que pone atención en que los criterios tradicionales contenidos en las normas del Código Civil, son capaces de dar solución a los casos que se presentan sobre responsabilidad civil:

«Es raro encontrar en las motivaciones de las sentencias emitidas por los jueces italianos, argumentos que sustenten la afirmación de la responsabilidad que sean distintos a los meramente formales, es decir, deducidos de la interpretación literal de las normas del Código Civil; a lo sumo, ellas son enriquecidas por integraciones

Y es muy fácil llegar a esta conclusión, en la medida de que todos los tipos de daños se derivan de la genérica expresión daños y perjuicios, es decir, de la antigua división entre el daño emergente y el lucro cesante.

En otras palabras, todos los tipos de daño pueden ser encuadrados, tanto en una como en la otra, de manera tal que el rico trabajo de la doctrina y jurisprudencia, en el desarrollo de estas tipologías, lo que ha hecho es enriquecer el universo conceptual de los daños y perjuicios.

Con esto no queremos decir que lo que hace 200 años se entendía por daños y perjuicios, sea exactamente lo mismo que en tiempos modernos se comprende por tal expresión.

No cabe duda de que el ámbito conceptual de los daños y perjuicios ha crecido mucho, en la medida de que los desarrollos del derecho han ido haciendo aparecer determinados tipos que antes no eran advertidos en la responsabilidad, muchos de los cuales son fruto de la reiterada construcción de supuestos de hecho que aparecían como injustos y que fueron puestos de relieve, poco a poco, comprendiéndolos dentro de los daños y perjuicios.

Se podría comparar a los daños y perjuicios con una bolsa, dentro de la cual debe quedar claro que el objetivo es indemnizar todo el daño

---

y variaciones deducidas de la doctrina, pero no sobrepasan los caminos antiguos. […]

En la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema se muestra conciencia de los problemas establecidos en doctrina bajo el perfil del análisis económico del derecho y de la crítica a las categorías dogmáticas tradicionales, pero se considera que el texto de la ley es de por sí suficiente para dar una respuesta a estos problemas.

El intérprete, por tanto, debe saber leer tras la pantalla de las motivaciones para determinar caso por caso y, por consiguiente, de manera pragmática, si en la hipótesis considerada, los jueces han querido escoger al sujeto que mejor que otro habría podido soportar el daño». Alpa, Guido. «¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?». En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015, pp. 779-780.

emergente y todo el lucro cesante sufrido por la víctima, con las excepciones que sean aplicables según las legislaciones de cada país, y con la concurrencia de los factores de atribución y demás requisitos que las legislaciones contemplen.

La duda es si la bolsa —denominada daños y perjuicios— es un recipiente o bolsa con una capacidad limitada o con una capacidad ilimitada.

Consideramos que los daños y perjuicios son una categoría con capacidad limitada, a efectos del resarcimiento; es decir, que no por el hecho de que exista una tipología más abundante de los daños, los montos indemnizatorios, necesariamente, tengan que ser mayores.

Nos explicamos con un ejemplo de lucro cesante.

Antes de que se haya creado la categoría del daño al proyecto de vida, como tipo indemnizable, la frustración del proyecto de vida de una persona podría ser indemnizada como un supuesto de lucro cesante y a través de cualquiera de dos vías que, incluso, podrían resultar concurrentes.

Por un lado, sería posible pensar en que la frustración del proyecto de vida de esta persona, podría haber generado la pérdida de una serie de ingresos patrimoniales, dado que ella ya no se dedicará a la profesión u oficio a que se dedicaba al momento de sufrir el daño.

En ese sentido, siempre le hubiera correspondido ser indemnizada por tal lucro cesante, materia de orden estrictamente patrimonial.

Ahora bien, la frustración del proyecto de vida, también podría apreciarse desde la perspectiva del sufrimiento o aflicción de la persona, al no poder verse realizada en aquellas facetas en las que hubiese deseado hacerlo en el futuro.

Esta frustración del proyecto de vida, es evidente que calza en el concepto tradicional del daño moral, de modo tal que siempre habría podido recibir una indemnización.

Entonces, volviendo a nuestro ejemplo figurativo, podemos señalar que la «bolsa» de los daños y perjuicios, es un recipiente que tiene hoy la misma capacidad que ayer, ya que los diferentes tipos, al encuadrar —ayer y hoy— siempre dentro del concepto general de daños y perjuicios, van a representar algo así como subdivisiones de un todo; y el todo siempre debe ser la suma de las partes.

En ese sentido, el total de daños y perjuicios que deberán ser pagados a la víctima, estará conformado por la suma de la integridad de rubros o pequeños subtipos en que se subdividan los daños y perjuicios.

Sería erróneo pensar que la indemnización de daños y perjuicios pueda apreciarse como una bolsa elástica, en la que, conforme pase el tiempo, podamos no sólo incluir más tipos distintos de daños, sino también cantidades mayores y hasta ilimitadas que deba pagar el causante del daño.

Situarnos en un escenario de esta naturaleza implicaría asumir que, conforme se descubran y se vayan configurando más tipos distintos de daños y perjuicios, el monto indemnizatorio que deberá pagarse a la víctima, será mayor.

Eso implicaría que el monto total indemnizatorio sería algo así como una suma aleatoriamente perversa, cuya cuantía definitiva se halle en manos, no de la realidad, sino de la doctrina y de la jurisprudencia, conforme se vayan imaginando y creando más tipos de daños.

Lo que ocurre es que aquí aparece el espejismo de la denominada «reparación integral de la víctima». Este concepto, a decir del profesor

brasileño Guilheme Gagalhães Martins,[5] encuentra su sentido y razón de ser en la dignidad de la persona humana.

El citado autor llega a tal conclusión tras un análisis de las normas del Código Civil brasilero en cuanto a responsabilidad civil (que al igual que el Código peruano consagra como criterios de atribución de responsabilidad civil extracontractual la culpa y el riesgo) y del artículo 1 de la Constitución de su país, que al igual que la del Perú sostiene que la defensa de la dignidad de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Pero, decimos que tal concepto es un espejismo, pues resulta obvio que la reparación integral de la víctima no puede ir más allá del monto total de daños y perjuicios causados; ello, con las salvedades hechas de los temas relativos a la cláusula penal y daños punitivos, materias a las que nos referiremos en unos momentos.

En otras palabras, el concepto de reparación integral de la víctima, que muchas veces se maneja como tabla de salvación de todos los problemas indemnizatorios, debe ser visto de forma muy cuidadosa, pues en sede indemnizatoria, la justicia sólo se encuentra en el punto en el cual se marca el equilibrio, consistente en que debe ingresar en el patrimonio de la víctima, aquella cantidad que corresponda a los daños y perjuicios efectivamente sufridos, concepto que tiene como necesario correlato, el que deberá salir del patrimonio del causante del daño, una cantidad similar.

---

[5] «Más que las víctimas queden sin ser resarcidas, la principiología civil-constitucional, que encuentra su sentido y razón de ser en la dignidad de la persona humana (art. 1, III, Constitución de la República Brasilera), se dirige hacia la necesidad de garantizar el derecho de uno a no ser víctima de daños.
Este carácter preventivo de la producción de daños busca su propio espacio en el sistema de la responsabilidad civil, paralelamente al espacio ya ocupado por la reparación de los daños ya ocurridos, cuyo monopolio deja de existir».

Nótese que estoy efectuando estas consideraciones, con prescindencia de si la víctima tenía o no un seguro. Incluso, si éste fuese el caso, alguien deberá pagar el monto indemnizatorio (aunque sea un tercero distinto al causante del daño). La distribución social de los daños no es gratuita. Al final, alguien siempre pagará la cuenta.

Lo que queremos expresar es que por cada dólar que ingrese en justicia al patrimonio de la víctima, también deberá salir —en justicia— un dólar del patrimonio del causante del daño o de quien lo tenga que pagar.[6]

No debería existir en este razonamiento, inequidad posible.

---

6 Guilherme Magalhães Martins señala que:
«[…] el solidarismo […] permite la implementación de instrumentos para distribuir entre el mayor número de agentes implicados en la actividad lesiva la carga de las reparaciones provenientes de los daños meramente accidentales, como es el caso del seguro de responsabilidad civil, que representa una primera forma de "colectivización" de la responsabilidad.
[…] la solidaridad significa la relación entre individuo y colectividad, refiriéndose a la dependencia mutua de los hombres en una comunidad de vida, traduciendo un valor de tipo social, ético y económico, debiéndose considerar, en el campo de la responsabilidad civil, que toda acción individual dañosa afecta el cuerpo social».
El mismo autor habla del paradigma solidarista de la responsabilidad civil que parte de que la Constitución brasileña señala como uno de los objetivos fundamentales de la república «construir una sociedad libre, justa y solidaria». Asimismo, sostiene que de este paradigma surge la llamada «responsabilidad por la pérdida de una chance» sobre la que Fernando Norohna sostiene que se refiere a situaciones en las que está en curso un proceso que brinda a una persona la oportunidad de llegar a obtener algo benéfico en el futuro y que la responsabilidad civil surge de la interrupción de este proceso por determinado hecho dañoso, haciendo que la oportunidad quede destruida. Se señala, además, que la indemnización derivada de la chance perdida tiene un valor menor que el daño final; sin embargo, el solidarismo amplía el campo de la reparación, facilitando la vida de la víctima. Magalhães Martins, Guilherme. «Riesgo, solidaridad y responsabilidad Civil». En *Estudios sobre la responsabilidad civil. Op. cit.*, pp. 170-171.

Los profesores de derecho, en materia de la creación y recreación de las tipologías del daño, debemos ser conscientes de que siempre estaremos jugando con patrimonios ajenos y no con nuestro propio patrimonio. En ese sentido, debemos efectuar estos razonamientos, poniéndonos en el lugar del patrimonio de la víctima, pero también en el del patrimonio del causante del daño o de quien deba responder por él.

Esto significa que los diversos tipos de daño, a nuestro entender, deben ser vistos única y exclusivamente —tal como fue expresado— como subdivisiones de un todo denominado daños y perjuicios.

Con esto queremos subrayar, además, que en materia de responsabilidad civil, sea extracontractual o por inejecución de obligaciones contractuales, deben reinar seguridad y certeza; tanto para la víctima como para quienes deban responder frente a ella.

Una de las virtudes del derecho civil, ha sido siempre su predictibilidad, y su mayor estabilidad en el tiempo, en comparación con figuras e instituciones de otras áreas del derecho.

Estas virtudes son las que le han otorgado solidez y consistencia.

A pesar de que pueda sonar contradictorio, cuanto más se parece el derecho a las matemáticas, más cerca estaremos de la protección de la seguridad jurídica y más lejos nos situaremos de una Torre de Babel llena de innumerables conceptos y teorías reparadoras que muchas veces no cumplen su función.

En ese sentido, la responsabilidad civil extracontractual, ha sido siempre el centro de atención y creación de las más diversas hipótesis y tesis creadoras de estas nuevas tipologías de daños y perjuicios.

Por lo demás, no olvidemos que la imaginación de los juristas en ese campo ha probado ser infinita.

Con ello no queremos decir que la doctrina y la jurisprudencia no deban seguir haciendo la labor que vienen realizando, la cual es totalmente meritoria y ha contribuido y contribuye sobremanera, al desarrollo de esta rama del derecho.

Además, los diversos tipos de daños permiten sustentar mejor el contenido de la indemnización reclamada, es decir, que ésta tenga un mejor fundamento.

Pero, lo que queremos subrayar es que resulta inconcebible, que alguien, por un mismo acto dañoso, cometido en 1996, pueda verse expuesto a un pago de 100 mil dólares, y si lo cometiera en el 2016, debería pagar 20 millones de dólares.

Si eso fuera así, aquí habría lago que estaría funcionando mal.

Y lo único que, si funcionara mal debería corregirse, es la subvaluación de los efectos de la responsabilidad civil; es decir, los jueces deben resarcir en su justa medida, pues las indemnizaciones no deben consistir en sumas que más parezcan limosnas.

Los Códigos no son los culpables de las indemnizaciones irrisorias. ¿Cuándo un Código Civil ha establecido que se deba pagar quinientos dólares por la muerte de una persona? Pues, nunca. Así, queda claro que si hoy en día las indemnizaciones tienen montos más altos, ello no obedece a que los Códigos hayan cambiado, sino al hecho de que los tribunales están dejando de ser injustos con las víctimas.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la indemnización debe corresponder a la integridad de daños y perjuicios sufridos, dado que el concepto indemnizable de daños y perjuicios, siempre ha estado presente en los cuerpos y materias civiles.

Si los daños y perjuicios sufridos por la víctima ascendían a un millón de dólares, el ordenar que se pague 100 mil dólares, sería un abuso en perjuicio de la víctima, y partiría de una repudiable subvaluación de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por ella.

Es decir, el juez en 1996, habría actuado de manera equivocada e injusta con respecto a la víctima.

Pero, si los daños y perjuicios sufridos por ella ascendían a un millón de dólares, es ése el monto indemnizatorio que deberá pagarse y no más.

En otras palabras, si algún día por daños y perjuicios que sumen un millón de dólares, se indemniza a la víctima por veinte millones, ello significará que el derecho ha perdido el sentido de proporción, y criterio de justicia, beneficiando manifiestamente a alguien y perjudicando injustamente a otro u otros.

En suma, los diversos tipos que la doctrina y la jurisprudencia han venido creando en torno a los daños y perjuicios, no deben ser vistos como rubros adicionales a los montos que resultarían tradicionalmente indemnizables por concepto de daños y perjuicios, sino sólo como una subdivisión de los mismos.

Para ponerlo con un ejemplo simple, como mencionamos, el daño al proyecto de vida de una persona que queda con una lesión grave y permanente, se puede enmarcar dentro de las categorías tradicionales de daño emergente, lucro cesante y daño moral, pero no podríamos pretender que, en relación a los montos indemnizables por estos conceptos, también se soliciten otras cantidades a resarcir, en el fondo por los mismos hechos y las mismas consecuencias, por el daño a la persona o por daños a los familiares de la víctima por concepto de daño moral y por el lucro cesante de aquel dinero que debieron percibir de la víctima y que ya no percibirán en el futuro.

Es evidente que la víctima representa la única fuente de ingresos frustrada por el daño, y que el lucro cesante de la víctima, es el lucro cesante fuente de aquellos otros lucros cesantes de terceros que dependieran de la víctima.

Obsérvese, una vez más, cómo funciona aquí la tesis de la subdivisión de los conceptos de daños y perjuicios. No habrá, pues, acumulación, sino subdivisión.

Entonces, una vez más, nos encontramos frente a la «bolsa» con capacidad limitada y no frente a un recipiente infinitamente elástico.

Esta tesis de la infinita acumulación de numerosos tipos de daños, me hace recordar a las condenas penales en los Estados Unidos de América, en donde el reo termina con una pena de 500 años, que nunca va a cumplir, pues morirá primero.

En el caso de indemnizaciones superlativas, el deudor probablemente nunca las termine de pagar, pues su patrimonio se agotará primero.

En adición a lo expuesto, si abonáramos a favor de la tesis de la bolsa con capacidad ilimitada, la consecuencia sería que los montos indemnizatorios resultarían necesariamente, cada vez mayores con el paso del tiempo, y con el ineludible avance de la subtipología de los daños y perjuicios que creen la doctrina y la jurisprudencia, lo que conllevaría que el derecho de daños termine por convertirse en algo así como una timba perversa y no en lo que debe ser, vale decir, una fuente de seguridades, garantías y resarcimientos justos.

Además, no nos hemos dado cuenta de que si se acentuase esta situación, la responsabilidad civil no sólo cumpliría una función indemnizatoria, sino también punitiva.

En síntesis, los daños punitivos se habrían instalado en nuestros derechos nacionales de manera inadvertida y con una configuración mucho más amplia que la que tienen en el *common law*.

3. CASOS EN LOS CUALES LA INDEMNIZACIÓN VA MÁS ALLÁ DEL RESARCIMIENTO

Son, básicamente, dos los supuestos en los cuales la indemnización puede ir más allá del resarcimiento.

El primero es el de las cláusulas penales.

En esta materia, es evidente que las penalidades tienen una serie de funciones, dentro de las cuales están la compulsiva y la disuasiva; es decir, que persiguen que el deudor cumpla con sus obligaciones, a la par que buscan disuadirlo del incumplimiento.

Cuando las cláusulas penales consistan en montos dinerarios muy por encima del valor de los daños y perjuicios realmente causados; y no se permita la reducción de tales penalidades, no cabe duda de que la indemnización por la penalidad pactada que se tendrá que pagar, excederá la suma resarcible.

Nótese cómo éste es un supuesto absolutamente excepcional dentro del derecho civil, pues la finalidad de las indemnizaciones es que se limiten a resarcir los daños y perjuicios causados, y no que se extiendan más allá de los mismos.

Es verdad que, cuando nos referimos a los distintos tipos de daños y los constantes aumentos de los montos indemnizatorios, estamos hablando —en estricto— de supuestos en los que el resarcimiento va más allá de lo que se debe indemnizar, si es que se aprecian las infinitas

tipologías como rubros indemnizables susceptibles de ser adicionados a los conceptos tradicionales de daños y perjuicios.

Pero si los apreciamos desde la perspectiva que planteamos en este trabajo, los mismos no deberán exceder los rubros estrictamente indemnizables derivados del acto dañoso.

En segundo lugar, tenemos el caso de los daños punitivos, los mismos que están fundamentalmente centrados en algunos ámbitos del *common law*, pero como bien señala Francesca Benati,[7] se trata de un concepto que podría ser extendido en nuestros derechos, a otras áreas en donde tradicionalmente no se le ha considerado aplicable en el derecho anglosajón.

Los daños punitivos cumplen, evidentemente y, en primer lugar, una función sancionatoria con respecto al causante de un daño y, en segundo lugar, una función de disuasión (*deterrence*) a dichos culpables, a efectos de que no repitan sus conductas dañosas, además de advertir a los demás miembros de la sociedad sobre las consecuencias que acarrean conductas como ésas.

---

[7] Benati, Francesca. «Incumplimiento de contrato y *punitive damages*». En *Estudios sobre la responsabilidad civil. Op. cit.*, pp. 297-298.
«[…] En la doctrina extranjera, incluso la del *civil law* se observó que ha sido la ineficacia de la función reparatoria la que ha impuesto el recurso a los *punitive damages* como una forma capaz de asegurar que los comportamientos de los agentes económicos no comprometan el derecho a la vida, a la integridad física, los derechos y los intereses de la persona humana. Dichos aspectos pueden ser violados también en caso de incumplimiento contractual.
[…] No se puede seguir sosteniendo que el derecho de los contratos gobierna exclusivamente las relaciones comerciales, en las que la cantidad requerida para compensar las pérdidas puede ser determinada con bastante facilidad, mientras que la responsabilidad civil, al reparar también lesiones de intereses personales más complejos a evaluar, justifica el recurso a resarcimientos supracompensatorios.
[…] también el incumplimiento del contrato puede incidir sobre los derechos de las partes, con un perjuicio resultante que no puede ser cuantificado económicamente».

Nótese que la proliferación de diversos tipos de daños, así como su acumulación y los montos indemnizatorios desproporcionados a la realidad, que empiezan a abundar en nuestros derechos nacionales, van aproximándose —inadvertidamente— a los daños punitivos del derecho anglosajón.

En la medida de que el resarcimiento no sólo indemnice, sino que también escarmiente, los daños y perjuicios de nuestra tradición jurídica se habrán hermanado con los daños punitivos del *common law*. Hablarán idiomas distintos, pero perseguirán los mismos fines. Y, más aún, no se circunscribirán a las áreas en las que ellos tienen lugar en el *common law*, sino que reinarán en todos los ámbitos del derecho.

4. Mi experiencia profesional

Es aquí, donde corresponde, entonces, comentar acerca de mi experiencia profesional como árbitro, que —como señalé al comenzar estas palabras—, se circunscribe al caso específico de la responsabilidad contractual.

Cabe mencionar que en el caso del Perú, nuestro Código Civil adopta un sistema binario en cuanto a la responsabilidad civil, es decir, regula la responsabilidad contractual y la extracontractual por separado; y que, en cuanto a los daños resarcibles, nuestro Código hace referencia en la parte correspondiente a la responsabilidad contractual, al daño emergente, al lucro cesante y al daño moral. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, hace mención a esas mismas tres categorías y adiciona el daño a la persona.

En los quince años de ejercicio profesional como árbitro he participado en más de 440 arbitrajes y laudado en más de 300 oportunidades, y quiero compartir con ustedes cómo se ha tratado el tema de la responsabilidad civil en aquellos casos.

Para estos efectos, he tomado una muestra de 100 laudos al azar; y, de este universo, se desprende que en 72 de ellos se plantearon pretensiones indemnizatorias, las mismas que, obviamente, fueron resueltas de manera dispar.

Así, el detalle es el siguiente:

Tipo de daño demandado	Cantidad de veces	Amparadas (aunque sea parcialmente)	Rechazadas
Lucro Cesante	21	3	18
Daño emergente	55	10	45
Daño Moral	13	0	13
Cláusula penal	32	12	20

Puedo decirles que con los criterios tradicionales de lucro cesante, daño emergente, daño moral y la aplicación de la cláusula penal, según corresponda, es perfectamente posible cubrir aquello que las empresas y personas naturales demandan en un proceso arbitral, en cuanto a responsabilidad civil contractual se refiere.

En ese sentido, las distintas tipologías de daño que se han ido generando en el tiempo a nivel doctrinario y jurisprudencial, si bien ayudan a realizar una clasificación más precisa de aquello que se demanda en un proceso y enriquecen el ámbito teórico, no resultan en estricto indispensables para atender lo solicitado por las partes en cuanto a sus pretensiones resarcitorias.

Indemnización habrá, si hay daño, y de todas maneras.

No olvidemos que, finalmente, lo que se busca en cuanto a la responsabilidad, es tutelar los derechos de quienes han sido sujetos de algún daño o perjuicio, con la finalidad de resarcirlo, imponiendo al responsable la obligación de reparar aquello que ha ocasionado, lo que, como se evidencia, es totalmente atendible con los criterios tradicionales que aún predominan en las legislaciones vigentes de la mayoría de ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica romano-germánica.

Muchas gracias.

La familia y la responsabilidad civil. Reflexiones personales a propósito de la presentación de un libro*

Señor doctor Fernando Vidal Ramírez, ex Decano de la orden,
Señor doctor Carlos Calderón Puertas, Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República,
Señora doctora Rosario Fernández Figueroa, ex Ministra de Justicia,
Señor doctor Randol Campos, miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima,
Señor doctor Enrique Varsi Rospigliosi,
Estimado Marco,
Estimados colegas,
Señoras,
Señores,

Estamos aquí reunidos para presentar el libro titulado *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares*, escrito por Marco Andrei Torres Maldonado.

En primer lugar, voy a referirme al autor, a quien conozco, pues hace algunos años fue practicante en mi Estudio de abogados.

---

* Estas palabras fueron pronunciadas el día lunes 16 de enero de 2017, en la Sala Baquíjano y Carrillo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (sede Miraflores), con ocasión de la presentación del libro titulado *La responsabilidad en el derecho de familia. Daños derivados de las relaciones familiares*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), escrito por el abogado Marco Andrei Torres Maldonado.

Marco es una persona muy inteligente. Fue un brillante alumno en la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en donde se tituló con todos los honores, con la tesis en que se basa este libro.

Lo conozco también, pues, escribimos juntos varios artículos en aquellos años, en los que, incluso, llegamos a redactar un primer borrador de un proyecto de libro que nunca publicamos, en el que comentábamos el último de los anteproyectos que se elaboró para reformar el Código Civil. En realidad, ése debió ser el primer libro de Marco, escrito en coautoría conmigo. Pero, el proyecto se frustró o, mejor dicho, lo frustré (me atribuyo toda la culpa), dado que ese proceso de reforma —ilegal, por cierto—, como tantos otros, ya se había caído; y, en verdad, era inútil dispararle a un muerto.

Me alegra ver cómo Marco ha seguido esa senda de seriedad en su trabajo profesional y académico, la misma que le ha hecho venir ocupando un lugar importante dentro del prestigioso estudio de abogados, que dirige la doctora Rosario Fernández Figueroa, además de mantener siempre presente su voluntad por la investigación y por el desarrollo doctrinario del derecho civil.

Marco es uno de los pocos civilistas que existen en nuestro país, cuya ponderación en el análisis de los temas y su adecuada reflexión, lo convierten en una persona confiable en materia doctrinaria. Se puede decir de él que es un verdadero investigador, no proclive a incursionar en safaris intelectuales.

El libro que presentamos reviste rigor académico y una sistemática que mantiene de manera uniforme a lo largo de todo su contenido, analizando los elementos de la responsabilidad civil y los diferentes tipos de daños en cada uno de los capítulos que integran la obra, la misma que me motivó a escribir estas ideas, en donde expreso mis pareceres sobre aquellos temas acerca de los que él trata, pero no constituye esta

exposición un análisis de cada uno de los puntos abordados por el autor, sino una respetuosa muestra de gratitud por haber estudiado de manera tan prolija aspectos importantes de las relaciones de familia, y haber motivado a su antiguo maestro de prácticas a escribir estas ideas y volver —una vez más— sobre el derecho de familia, el mismo que intermitentemente constituye objeto de mis estudios desde 1996.

Reitero mis felicitaciones a Marco por la calidad de su obra, gran aporte al derecho de familia, en la medida de que ella representa un tratamiento orgánico de un tema que no había sido abordado desde esta perspectiva en el Perú.

Además, debo felicitarlo por la pulcritud de su redacción, la claridad de sus ideas, el orden en el desarrollo de las mismas, la abundante, variada y moderna bibliografía con la que ha trabajado su tesis; y, fundamentalmente, por la sobriedad, a la par que responsabilidad en el tratamiento de problemas tan complejos e importantes.

Ahora voy a pasar a ocuparme de algunas apreciaciones muy personales de quien les habla, que considero de fundamental importancia con respecto al derecho de familia y la responsabilidad civil en el mundo moderno.

En primer término, debo subrayar la absoluta e imperiosa necesidad de que el medio académico civil se ocupe de estudiar el derecho de familia, área de vital importancia dentro del derecho civil, en general, que a mi juicio ha venido siendo subatendida y subestudiada de manera injusta, en un país en el cual, tantos y tan complejos problemas se suscitan en ella.

Hay que desterrar, pues, ese viejo y soterrado concepto que no se escribe, pero que está muchas veces en las mentes de los juristas, en el sentido de que el derecho de familia es un área de menor importancia dentro del derecho civil, siempre disminuida frente a lo que erróneamente se entiende por derecho civil patrimonial.

Me explico.

Es inviable efectuar una distinción entre derecho civil patrimonial y derecho civil no patrimonial, pues la misma implicaría asumir que en una sólo tienen relevancia los aspectos de este orden, y que existe otra carente de todo contenido patrimonial.

Y eso es falso, en la medida de que en el derecho de familia, buena parte de las relaciones intersubjetivas se basan, precisamente, en aspectos de orden patrimonial, como es el caso de la sociedad de bienes, tema central dentro del matrimonio y el concubinato.

Por otra parte, he llegado a escuchar, y de gente que parecía seria, la afirmación de que el derecho de sucesiones forma parte del derecho civil no patrimonial, y que, por lo tanto, debe ser distinguido de las obligaciones y contratos, y agrupado necesariamente con el derecho de familia.

Nada más alejado de la realidad, pues no hay algo más patrimonial que el derecho sucesorio, en la medida de que lo que se hereda son los bienes, los créditos y las deudas, que revisten exclusivamente carácter patrimonial.

De esta forma, quiero poner de relieve que existe una unidad indisoluble entre todas estas materias y las tradicionalmente entendidas dentro del mal llamado derecho civil patrimonial, que hacen del derecho civil un todo, el mismo que se pone de manifiesto en la obra que comentamos, habida cuenta de que en ella se aprecia, precisamente, la manera cómo las relaciones familiares pueden generar problemas de responsabilidad civil.

La obra en sí misma, conjuga, aunque de manera inadvertida en cuanto a los efectos que vengo señalando, ambos aspectos del derecho civil, en vista de que la vida no es sólo patrimonio, así como tampoco únicamente aspectos extrapatrimoniales.

La vida está formada por relaciones personales, relaciones afectivas; y, obviamente, relaciones de orden patrimonial; todas ellas juntas, de ninguna manera separadas.

Para mí resulta obvio que esa distinción entre derecho civil patrimonial y derecho civil extrapatrimonial, no sólo es fruto de la fantasía, sino, fundamentalmente, del desconocimiento y la ignorancia sobre la materia.

Además, el derecho de familia debe merecer toda la atención del medio jurídico, habida cuenta de que resulta imposible vivir sin transitar, no sólo de alguna, sino de infinidad de maneras, por los alcances propios de este derecho.

La importancia de las áreas del derecho civil no puede medirse en dinero. Su aplicación práctica, debe hacerse con la mayor actitud, conciencia, pulcritud y conocimiento.

El haber leído el libro de Marco también me invita a reflexionar sobre otro aspecto muy relevante para el derecho de familia, cual es el propio concepto de familia.

No cabe duda de que nuestro Código Civil estructura este libro (el tercero) en base al matrimonio y al concepto tradicional de familia, lo que tiene una explicación muy clara, en el sentido de que se ha buscado legislar a través de aquella institución que constituye tradicionalmente la base de la estructura familiar, lo que no implica que el concepto de familia se reduzca o se circunscriba al matrimonio.

La existencia o surgimiento de diversas formas de familia, es algo que la doctrina contemporánea suele criticar con respecto al Código Civil de 1984, en el sentido de considerar que este cuerpo legal no las ha regulado con similar importancia que a la propia institución matrimonial.

Entonces, lo que uno tendría que preguntarse es si la ley civil debería regular todos los tipos de familia; y, además, si ello solucionaría los problemas prácticos que se pueden presentar al respecto.

Estimo que el tema es muy complejo, pero tengo una opinión muy clara sobre el particular.

No se trata necesariamente de cambios sociales.

Me explico.

Es evidente que en 1984, había infinidad de personas que no habían estructurado su núcleo familiar en base al matrimonio, sino en función de una mera convivencia, para lo cual el Código Civil reguló el tema de las uniones de hecho, a las que otorga reconocimiento jurídico a partir del segundo año de vigencia.

Pero, el núcleo familiar también podría formarse en función de uniones de hecho que no reúnan las características contempladas por el artículo 326, en diversos aspectos, como sería el caso de uniones de hecho que tengan menor duración; uniones de hecho surgidas entre personas con impedimento matrimonial; uniones de hecho entabladas entre personas del mismo sexo; etc., etc., etc.

Es evidente que no se nos puede decir que las uniones de hecho impropias hayan surgido a partir de 1984. Lo único que hizo este Código Civil es dar reconocimiento jurídico a aquellas uniones de hecho que reúnen o revisten determinadas características o condiciones, a efectos meramente patrimoniales (con el régimen de sociedad de gananciales), a lo que muchos años después se sumó el tema de orden sucesorio.

Además, existen otras múltiples formas de familia, tantas como situaciones diversas se pueden presentar en la realidad.

Podría decirse que son algo así como los contratos atípicos.

El Código Civil sólo contiene un artículo (el 1353) en torno a estos contratos, que en la vida real son absolutamente numerosos. Entonces, alguien podría decir que el Código Civil es injusto con respecto a los contratos atípicos, pues dada su frecuencia y variedad, debería haber ingresado a la regulación y desarrollo pormenorizado de cada uno de ellos.

Tan difícil como ingresar en este terreno legislativo sería el hacerlo con los distintos tipos de familia que existen en la realidad y que recoge la doctrina.

Además, en derecho de familia resulta ineludible entender que las leyes deben colocar determinados parámetros absolutamente necesarios para definir quiénes son y quiénes no son familiares.

Para ello —siempre tomando como base el matrimonio—, se estructura toda la teoría del parentesco desde las líneas recta y colateral, y desde los criterios de consanguinidad y afinidad.

Entonces, lo que habría que preguntarse es si el derecho debería extender el concepto de familiares a otras personas.

Para ello, debería partirse de la simple constatación de que el ser calificado o no como familiar, no constituye de por sí una situación de necesarias prerrogativas. Basta, para tal efecto, constatar que de acuerdo a la legislación peruana, los cónyuges no son parientes entre sí; y, sin embargo, es en base a esa pareja que no tiene relación de parentesco, que se estructura todo el derecho de familia.

Sí, precisamente ellos, son el centro de la familia y entre sí, salvo situaciones de excepción y derivadas de otras realidades, no existe parentesco alguno de consanguinidad o afinidad.

Lo expuesto tiene relevancia en cuanto a los derechos y deberes que alcanzan a los familiares, los mismos que pueden ser agrupados o sintetizados en función de las relaciones que existan entre estas personas.

Básicamente, los derechos y deberes que se derivan de las relaciones de familia, se circunscriben a los alimentos, que se extienden no sólo entre los cónyuges, sino hacia los parientes consanguíneos en línea recta y a los hermanos; además de los derechos de orden sucesorio, en los niveles y grados que la ley peruana establece.

En otras palabras, independientemente del modelo de familia que el caso concreto contemple, los deberes y derechos que impone el derecho de familia, deben necesariamente tener determinados parámetros que, como lo vengo exponiendo, lo tendrán siempre, sea cual fuere la legislación a este respecto que pudiésemos tomar como ejemplo.

Por lo demás, existe un aspecto importante sobre el que pocas veces se repara acerca del tema de la familia en el Perú; y es el relativo a que los códigos y las leyes deben ser necesariamente moralizadores.

Nuestras constituciones políticas tradicionalmente han establecido, y así lo hace la Constitución de 1993, la protección de la familia y la promoción del matrimonio. Nuestra carta política (artículo 4) reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Por tanto, esa sociedad y ese Estado se estructuran sobre la familia.

Ello significa que toda la estructura social y política de la nación tiene como fundamento a la familia.

Y no olvidemos que el todo es igual a la suma de las partes. En ese sentido, aquí conviene reparar un instante, preguntándonos si a la sociedad, al Estado y al derecho les conviene propiciar la existencia de familias disfuncionales o si, por el contrario, deben apuntar a propen-

der a un modelo determinado de familia, como prototipo ideal de base formativa de la nación y del Estado.

Creo firmemente en esto último, lo que no implica —en modo alguno— que el Estado no atienda o proteja los derechos de los integrantes de aquellas familias que no se ajustan al modelo tradicional.

Pero, no estoy de acuerdo en que las leyes, que deben tener un alto contenido moralizador y ordenador de la sociedad y del Estado, fomenten por igual todos esos modelos de familia, que en muchos aspectos pueden ser altamente disfuncionales.

Tampoco me cabe duda de que esa estructura nuclear sobre la que se quiere basar la nación y el Estado, pasa necesariamente por la idea de que toda familia tenga un padre y una madre, y que en la medida de lo posible, ese padre y esa madre hayan contraído matrimonio entre sí, a efectos de que los hijos puedan desarrollarse dentro de una situación ordenada y pacífica —al menos jurídicamente hablando—; en donde sus derechos y deberes y los de los padres con respecto a ellos, no sean discutidos por terceros; en donde la familia sea vista en singular y no en plural; en donde los niños tengan, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, el derecho de crecer en paz y en unidad familiar.

Se me podrá criticar diciendo que éste es sólo un modelo ideal, y que el mismo no representa la generalidad de los casos.

Y, por supuesto que se tendría razón en la crítica, pero cuánto nos gustaría que el modelo del que estoy hablando represente la generalidad de los casos.

Ello haría que si, al constituirse las familias, primaran los criterios de orden y legalidad, su formación, evolución y desarrollo pudieran ofrecer menos inconvenientes futuros para la sociedad y para el Estado.

Lo digo en otras palabras: si los individuos que constituyen una familia, actuaran de manera responsable, los hijos, la sociedad y el Estado en su conjunto, afrontarían menos problemas.

Los niños, por razones obvias; y la sociedad y el Estado, pues tendrían en su seno muchos menos conflictos de aquéllos que afrontan el día de hoy, tanto en el terreno extrajudicial como en el propio y penoso ámbito de los tribunales de justicia.

Las situaciones de conflicto, los abandonos, los reclamos, la falta de atención, etc., si bien no son sólo consecuencia del alejamiento de la forma tradicional de familia, se ven acrecentados cada vez que la informalidad gana terreno en este ámbito importantísimo de la vida familiar; y, así, tenemos padres y madres cuyos hijos están divididos en dos o más familias; y una multiplicidad de niños que no conocen ni quiénes son sus hermanos y, mucho menos, cuántos son.

La existencia de este tipo de problemas tiene que merecer, como en realidad merece por parte de la ley en la actualidad, soluciones que protejan a los más débiles, y que remedien injusticias, pero a la par, la ley debe establecer un modelo ideal de familia.

Esta tesis puede ser cuestionada por arbitraria, en el sentido de preferir una forma de familia por sobre otras, dado que ellas son infinitamente variopintas.

Sí, pero volvamos, entonces, a los contratos atípicos y, haciendo un símil con las diversas formas de familia, tendríamos que ingresar a regular infinito número de ellas, incluso buscándoles nombres que no existen, o inventándolos.

Lo mismo habría que hacer con los diversos tipos de familia, ya que el tratamiento orgánico no se agotaría con legislar cinco o cuatro de ellos, sino —tratando de hacer una justicia demagógica— intentar

regularlos a todos, lo que resultaría, no sólo imposible, sino impropio de cualquier Código Civil.

Todo ello nos conduce al razonamiento siguiente: si la ley regulara todas las formas de familia existentes en la realidad, ello implicaría que el concepto de familia podría terminar siendo cualquier cosa, lo que significaría que, dentro del marco constitucional peruano, el núcleo básico de la sociedad y del Estado, podría ser —también— cualquier cosa, razón por la cual esto no podría, ni debería, tener amparo legal ni constitucional.

Tales situaciones, como he señalado, serían contrarias tanto al propósito constitucional, como a los objetivos moralizadores que debe tener todo cuerpo normativo, en general, y la legislación civil, en especial.

Nada de lo que estoy diciendo colisiona, en lo absoluto, con la idea de la libertad, ni con los derechos constitucionales que asisten a cada uno de los individuos en lo que respecta a las decisiones que pueden tomar con respecto a sí mismos y sus relaciones con los demás, siempre que ellas no colisionen con el orden público.

Y ni siquiera he cometido el atrevimiento de referirme en el párrafo anterior a las buenas costumbres, pues el solo hecho de tratar acerca de ellas junto al concepto de orden público, haría que entrásemos en una zona lo suficientemente caótica como para no derivar en resultado positivo alguno.

Dentro de tal orden de ideas, para hablar de la responsabilidad civil en el derecho de familia, es obvio que debemos tomar como punto de partida, algún concepto de familia; y, si asumiésemos legislativamente la tesis de la absoluta libertad y multiplicidad de formas familiares, llegaríamos a la conclusión de que la responsabilidad civil en el derecho de familia, sería un laberinto.

La familia parte necesariamente de una concepción legal, con determinadas consecuencias y regulaciones que la propia ley asigna a sus miembros.

De ello se deriva que el solo hecho de vivir juntos no hace que un grupo de personas se convierta en familia, más allá de que entre ellas pueda existir tal grado de afecto que se consideren como tal.

Al respecto, los efectos de la responsabilidad civil tienen que partir necesariamente de parámetros de orden objetivo; y en el derecho de familia sólo podemos hablar de consecuencias en esta materia, si es que los involucrados tienen entre sí algún grado de parentesco; excepción hecha de la responsabilidad por ruptura de esponsales y de la responsabilidad derivada de la disolución unilateral de las uniones de hecho.

En ese sentido, estimo que el criterio de análisis del autor de la obra es acertado, pues si no hubiese tomado como válidos los contornos que establecen el derecho y la razón, el libro se habría visto desbordado y hubiera constituido un esfuerzo poco útil para el lector. Por el contrario, él adquiere su fortaleza y virtud en base a las definiciones concretas sobre las que construye el discurso narrativo.

Siempre he considerado, como profesor universitario y abogado en ejercicio, que los conceptos claros en derecho, son la mayor ventaja que se pueda tener en el conocimiento de los temas y problemas.

Coincido —en lo fundamental— con el autor cuando señala que la responsabilidad civil en el derecho de familia no constituye un área en la cual las consecuencias de los hechos dañosos tengan por qué ser vistas con una mirada necesariamente distinta, en virtud de que debe regir en esta área del derecho, el principio general propio del artículo 1969 del Código Civil, en el sentido de que todos estamos obligados a no causar daño a otro, y que, si lo hacemos, tenemos el deber de indemnizar.

Pero, a pesar de ser claro que el derecho de familia y los daños son parte de un todo mayor, no cabe duda de que el análisis de los casos específicos de los mismos, constituye materia digna de estudio particular.

El primer acercamiento que tuve en la investigación de estos temas, se produjo en 1996, cuando empecé a escribir la obra *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*, la misma que publique en junio de 1998.

Debo confesar que la parte que más me gustó de *Tentaciones académicas* fue la relativa a los artículos del libro de derecho de familia, materia que hasta ese entonces no había sido objeto de mis trabajos académicos; en cuyo análisis descubría el sabor de aquello que por primera vez se trata jurídicamente; y, luego, la infinidad de ideas y criterios que se pueden establecer sobre esta área del derecho, en razón de que la sociedad cambia constantemente y de que los problemas suscitados en ella, no sólo son numerosos, sino muy, pero muy complejos.

Si bien esto podría ser aplicable también a otras materias del derecho y la cátedra, creo que el mejor profesor de derecho de familia debe ser aquél que ya lo vivió y vio todo.

Siempre he creído que si bien en materia de responsabilidad civil nuestra legislación establece un régimen dual en el sentido de distinguir, por un lado la responsabilidad por inejecución de obligaciones, fundamental, pero no exclusiva del ámbito contractual (artículos 1314 y siguientes); y, por otro, el de la responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes), tal distinción no soluciona todos los problemas propios de la responsabilidad.

De allí que a principios de la década pasada, el doctor Felipe Osterling y yo, iniciáramos, con la valiosísima participación de mi querida y brillante discípula, Verónica Rosas Berastain, el estudio de alrededor de cuarenta su-

puestos específicos de responsabilidad civil, que merecían un tratamiento particular en doctrina.

Debo precisar, en honor a la verdad, que uno de ellos, el de la responsabilidad médica, Felipe y yo lo hicimos junto a otra muy querida exalumna mía de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y hoy, además de abogada, también médico ejerciente en España, Erika Céspedes Suzuki.

¿Y qué es lo que proponíamos en el año 2004, cuando publicamos la última parte de la primera edición del *Tratado de las obligaciones*?

Pues, lo que proponíamos era, fundamentalmente, la siguiente tesis: la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, si bien es clara en nuestra legislación, no soluciona necesariamente los problemas que se derivan de diversas situaciones en las cuales se causan daños en diferentes aspectos de la vida de relación entre los seres humanos.

Ello, no sólo por el hecho de que en algunos casos concretos no resulta muy clara esa distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad; como en la propia responsabilidad médica, en donde, sin duda, habrá situaciones en las cuales podremos encuadrar el problema dentro de responsabilidad contractual y en algunos casos dentro de la responsabilidad extracontractual, pero habrá muchos otros supuestos en los cuales será imposible para un hombre de derecho, establecer si se aplica uno u otro tipo de responsabilidad; o incluso, si tratándose de una u otra, las consecuencias deben ser o no, estrictamente, las señaladas por la ley para tales efectos.

Y creo que para el derecho de familia, también cabría reflexionar en el sentido de si en él deberíamos aplicar siempre el régimen legal de la responsabilidad extracontractual. Ello, pues en estricto, como señalé hace un momento, la responsabilidad establecida en los artículos

1314 y siguientes no es necesariamente contractual, sino, en estricto, por inejecución de obligaciones.

Y las obligaciones, si bien nacen de los contratos, también nacen de una serie de otros actos complejos, como es el caso del matrimonio.

De allí una primera pregunta que dejo en el auditorio, en el sentido de si, a lo mejor, este régimen de inejecución de obligaciones, podría ser más propio para su aplicación, en el caso de los deberes jurídicos y de las obligaciones incumplidas en el matrimonio.

No me cabe duda, sin embargo, de que en otros aspectos de las relaciones de familia, cuando no exista vínculo familiar violentado, o cuando estemos hablando de relaciones paterno-filiales o cuando nos encontremos entre conflictos surgidos entre parientes (obviamente, los cónyuges, no lo son), en esos casos, sí será de aplicación indiscutible la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual.

Y un segundo tema del que siempre he dado fe y que se traduce en el Tratado del año 2004 al que hago referencia, se basa en el hecho de que en el mundo moderno han surgido tantos tipos distintos de responsabilidad, y la vida contemporánea tiene tantos aspectos peculiares, que el derecho desde hace algunas décadas ha empezado a estudiar estas parcelas de responsabilidad, que no son otra cosa que áreas de la vida cotidiana de los seres humanos, en las que se produce el incumplimiento de obligaciones, y también del deber genérico de no dañar a otro, pero que revisten características particulares en donde el derecho tiene que poner atención, a efectos de analizar si esos conceptos, que como toda normativa general se establecen en el Código Civil, resultan aplicables sin dificultad a los mismos.

Ya en aquella oportunidad abordamos algunos temas relativos al derecho de familia, como es el caso de la responsabilidad derivada del divorcio, el de la responsabilidad de los padres por los daños causa-

dos por sus hijos, el de la responsabilidad del padre derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial y el de la responsabilidad derivada de la transmisión de enfermedades sexuales, específicamente, el VIH-Sida.

Sobre esta multiplicidad de responsabilidades, también escribí con Verónica Rosas, *Cuatro temas de hoy*, libro que Marco ha tenido la amabilidad de citar en su libro.

En el año 2011 fui invitado a participar en la ciudad colombiana de Montería en el VI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (de la cual hoy soy vicepresidente), en el cual expuse una ponencia titulada «El riesgo implícito del desamor. La responsabilidad civil derivada del divorcio».

Debo expresar que siempre he tenido con respecto a la responsabilidad civil derivada del derecho de familia, una sensación ambivalente, y en ella, siempre he concluido, al igual que el autor de la obra que hoy presentamos, en la necesaria aplicación de los principios generales establecidos en el Código Civil, que no exoneran, en lo absoluto, al causante del daño en el derecho de familia, de los deberes indemnizatorios correspondientes a cualquier actividad humana.

Sin embargo, siempre tuve la sensación de que la responsabilidad en el derecho de familia es un área muy complicada, en donde deberíamos conducirnos con extrema prudencia, la misma que —claro está— se aprecia en el libro de Marco Torres, pero que no necesariamente se trasluce en toda la doctrina y jurisprudencia que aborda estas materias en la tradición jurídica romano-germánica.

Marco hace un tratamiento pormenorizado acerca de diversos supuestos muy concretos de responsabilidad en el derecho de familia.

Voy a referirme a ellos, a través de mis opiniones personales.

El primero es el relativo a la ruptura de los esponsales, sin duda, el punto de ingreso al tratamiento de la materia, dado que el autor —como no podría ser de otra manera—, comienza el tratamiento de estos casos de responsabilidad, desde la perspectiva tradicional de familia. Y, nada más tradicional que la antesala del matrimonio a través de los esponsales o promesa pública de matrimonio.

No dudo de que hay casos en donde la ruptura de esponsales puede aparejar una indemnización, pero siempre habrá que agradecer a quien rompió los esponsales, por más dolo o culpa que haya tenido en su actuar, pues es mil veces preferible romper antes de casarse, que después de haberse casado.

En el caso de los esponsales, a mi criterio, nos encontramos dentro de un terreno bastante pantanoso; y, como profesor de obligaciones y contratos, me recuerda mucho el famoso tema de la responsabilidad precontractual; es decir, de aquélla derivada de la ruptura unilateral e injustificada de las tratativas contractuales.

La responsabilidad precontractual, en conceptos aplicables *mutatis mutandis* a los esponsales, parten de la idea de que en las negociaciones previas a la celebración del contrato, nadie se encuentra obligado a finalizarlas celebrándolo, pero no debe existir su quebrantamiento de mala fe.

En la responsabilidad precontractual, básicamente, el elemento determinante que toma la doctrina para estos efectos, es el dolo o mala fe, antes que la culpa inexcusable o negligencia grave.

Esto podría ser muy semejante a la ruptura de esponsales, básicamente con una diferencia, y es que en el caso de la responsabilidad precontractual, no existe el quebrantamiento de una promesa de contratar, es decir, no estamos en presencia de obligaciones nacidas de un contrato preparatorio; en cambio, en el caso de la responsabilidad civil derivada de la ruptura de los esponsales, sí existe un elemento, un acto formal

que marca la diferencia entre el enamoramiento (que en el caso de los contratos serían las negociaciones precontractuales anteriores a la oferta) y la promesa pública de matrimonio.

Es más, la importancia de la ruptura de los esponsales, en nuestros días cobra mayor importancia debido a un factor que muchas veces pasa desapercibido, el mismo que consiste en la existencia del Internet y de las redes sociales.

Antes, una ruptura de esponsales era conocida por una decena de personas, tal vez los familiares y amigos más cercanos de la frustrada pareja. Hoy una ruptura de esponsales será fácilmente conocida, no sólo por cientos sino por miles de personas, consistentes en todos los contactos que, dependiendo de su nivel de sociabilidad, tengan quienes iban a contraer matrimonio, además —claro está— de los contactos de tales contactos y así, sucesivamente.

En ese sentido, habrá que apreciar en los temas de ruptura de esponsales, si existe el quebrantamiento del deber de buena fe.

Me refiero a ello, en razón de que mientras la pareja comprometida haya actuado siempre de buena fe y la ruptura de los esponsales hecha por alguno de ellos de manera unilateral, obedezca a un arrepentimiento genuino en la voluntad de casarse, ello no debería acarrear consecuencia indemnizatoria alguna.

Yo no sé si un actuar derivado de culpa inexcusable deba generar consecuencias indemnizatorias en la ruptura de esponsales, pues al fin y al cabo, no estamos en presencia de contratantes a quienes la ley exige inflexiblemente un actuar ordenado y serio en su proceder patrimonial.

Aquí nos encontramos frente a personas que no están comprometiendo aspectos puntuales de sus patrimonios en contratos particulares, sino sus propios proyectos de vida en una idea de matrimonio futuro.

En ese sentido, creo que la irresponsabilidad de aquél que contrajo indebidamente esponsales y luego rompió la promesa de matrimonio, no debería ser sancionada por el derecho, sino más bien premiada por él, debido a dos razones.

La primera, porque tardíamente tomó conciencia de la responsabilidad y enmendó camino.

La segunda, porque con esa enmienda salvó a otra persona de una mayor infelicidad futura.

Ahora bien, no considero que en materia de esponsales pueda aplicarse la tesis de daño al proyecto de vida, pues no se está condenando a la víctima a permanecer soltera el resto de sus días, y nada garantiza que el proyecto de vida que iba a seguir con alguien que, finalmente, no la quería lo suficiente, iba a ser mejor que aquél que emprendiera con otra persona que sí reunía las características para convertirse en su cónyuge.

Otro caso que contempla la doctrina y que también aborda Marco en su libro, es el de la responsabilidad derivada de la ruptura unilateral de las uniones de hecho.

Tema discutible, en la medida de que, jurídicamente hablando, hasta podría resultar una contradicción hablar de la *ruptura* de una unión de hecho, pues las uniones de hecho —precisamente— son de hecho y no de derecho.

No se piense, ni por un momento, que la estructura que con respecto a las uniones de hecho, arman la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984 implica que se esté dando a la unión de hecho una categoría formal y vinculante, en el sentido de vínculo jurídico entre aquéllos que la conforman.

Hace algún tiempo, incluso, tuve la oportunidad de leer y criticar un proyecto de ley que planteaba establecer requisitos para la disolución de la unión de hecho, en el sentido de impedir —si no se seguían esos requisitos—, el concretar un futuro matrimonio entre la persona que dejaba de integrar esa unión de hecho y un tercero.

Es decir, se quería establecer como requisito el formalizar la liquidación de la sociedad de gananciales como paso necesario y previo para que esa persona pudiera casarse con un tercero.

En ese sentido, quienes constituyen parte de uniones de hecho pueden hoy día mismo contraer matrimonio no sólo entre sí (porque son solteros, viudos o divorciados), sino con cualquier tercera persona ajena a la unión de hecho.

Algo que siempre debe quedar muy claro para la población en su conjunto, es que la unión de hecho tiene la precariedad de la informalidad y ésta es una precariedad insalvable por el tiempo.

Digo esto, pues, a veces, el tiempo se encarga de juridizar determinadas situaciones que carecían de reconocimiento jurídico, como es el caso de la prescripción adquisitiva.

Esto no ocurre con las uniones de hecho, en donde por más de que éstas tengan más de dos años de antigüedad, ello no acarreará como consecuencia que adquieran condición jurídica similar a la del matrimonio.

En ese sentido, el legislador peruano de 1984 ha sido muy cauto y justo, pues ha establecido en el artículo 326 que cuando la unión de hecho se disuelva, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan, de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Es evidente que se ha querido proteger a la persona abandonada, partiendo única y exclusivamente, de situaciones de orden objetivo, pues el Código Civil no ingresa a valorar, como no podría ser de otra manera, si la decisión de quien abandona la unión de hecho fue justificada o no, dado que tal separación siempre tendrá como justificación la libertad de quien no está casado.

Ahora bien, en este tipo de situaciones también tendrá que analizarse varios factores, como es el relativo a si el abandono de la unión de hecho, obedeció o no a una situación promovida por la pareja abandonada.

Estimo que, en caso esta persona le haya hecho la vida imposible al que se fue, es evidente que no cabría retribución patrimonial alguna. Es más, la sociedad y la ley deberían premiar a aquél que toma la decisión oportuna de retirarse de una situación que —en los hechos— pudo haber devenido en un infierno futuro, de modo tal que de esta forma se evitan futuras contingencias de violencia familiar, sea ésta física o psicológica.

En ese sentido, al no tratarse —el abandono— de un evento de orden antijurídico, la consecuencia de una eventual indemnización escapa de los cánones habituales de las reglas generales sobre la materia.

A mi entender, sólo cabe la opción entre indemnización y pensión alimenticia, en favor de quien no sólo no ha propiciado la ruptura de la unión de hecho, sino que además, necesita —patrimonialmente hablando— de tales prestaciones. Los tribunales de justicia no concuerdan con este criterio.

Lo propio, obviamente, se aplica con respecto al enriquecimiento sin causa, recogido en el siguiente párrafo del artículo 326 del Código Civil como *enriquecimiento indebido*, para cuyo caso no sólo deben concurrir los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa regulados en el

artículo 1954, sino su carácter subsidiario, establecido expresamente en el artículo 1955 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, no siempre la separación unilateral en las uniones de hecho debería acarrear resultados indemnizatorios.

Luego de abordar estos temas, Marco trata acerca de los daños derivados de la separación de hecho y otros casos de divorcio o separación de cuerpos.

Interesante y acertado el tratamiento que hace sobre el particular.

En lo personal, yo apreciaría el tema desde otra perspectiva, la misma que no resulta contraria sino complementaria a la que emplea el autor, y es que, básicamente, cuando hablamos de divorcio y separación de cuerpos, entramos de manera necesaria a cuatro situaciones marcadamente diversas.

La primera, es la *separación convencional*, antes llamada *mutuo disenso* y cuyo nombre original —y de larga data—, se modificó hace algunos años sin mayor fundamento.

En este caso, ambos cónyuges están de acuerdo en que el matrimonio debe cesar en sus efectos, hasta donde ello sea física y jurídicamente posible.

De esta manera, el encontrarse dentro de una separación convencional implica que, más allá de las circunstancias que hayan motivado en la relación interna de la pareja esta consecuencia de orden jurídico, queda claro que ninguna de las partes está imputando actos ilícitos a la contraria, es decir, en la separación convencional no se halla presente el rasgo de antijuridicidad, como causal que pudiera ulteriormente dar lugar a reclamo indemnizatorio entre los cónyuges.

Con ello no estoy diciendo que no pueda existir reclamo indemnizatorio de otro orden, pero lo que sí me queda claro es que no se podrán reclamar entre sí daños y perjuicios de cualquier tipo, derivados del acuerdo mismo de separación convencional.

Por otro lado y en segundo lugar, tenemos el caso de las tradicionales causas de separación que pueden implicar o implican actos ilícitos por parte del cónyuge culpable de la misma, lo que se traduce en el caso de los incisos del artículo 333 del Código Civil que hacen referencia al adulterio, a la violencia física o psicológica que el juez apreciará según las circunstancias; al atentado contra la vida del cónyuge; a la injuria grave, que haga insoportable la vida en común; al abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos, o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo; y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

Queda claro que en estos casos (incisos 1 a 6 del artículo 333), nos encontramos en presencia de un cónyuge que ha incurrido en actos antijurídicos realizados de manera dolosa; es decir, absolutamente consciente y premeditada.

Es así que no hay duda alguna de que en estos supuestos, el cónyuge culpable deberá indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione la separación o ulterior divorcio causado, precisamente, por él mismo.

Sin embargo, no puedo olvidar la antigua tesis que sostuve en el artículo que pronuncié en la ponencia del congreso realizado en Montería, en el sentido de que es necesario explorar que todo matrimonio guarda en sí el riesgo implícito del desamor, lo que no implica, necesariamente, que nos encontremos ante una situación de adulterio.

Un tercer grupo de causas de separación de cuerpos, está conformado por los siguientes incisos del artículo 333.

Así, el inciso 7 hace referencia al uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan originar toxicomanía.

En este caso, lo más probable es que nos encontremos frente a un supuesto en el cual el cónyuge que se halle en esta situación, haya ingresado a ella de manera inadvertida, por malos convencionalismos o usos sociales, y haya terminado preso de estas indeseables circunstancias.

Es claro que el envilecimiento de esta persona puede acarrear el divorcio, pero no necesariamente consecuencias indemnizatorias, en la medida de que los actos que —irresponsable o conscientemente— lo han sumergido en esta situación, han sido desplegados contra sí mismo y no contra el otro cónyuge.

De ahí que no sean claras las consecuencias indemnizatorias derivadas de un caso como éste.

Lo propio podemos decir de lo establecido en el inciso 8, cuando hace referencia a la causal relativa a la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

Este supuesto bien podría generar efectos indemnizatorios contra el otro cónyuge, si es que tal enfermedad hubiese sido contraída por actos voluntariamente realizados por el cónyuge enfermo; pero también podríamos encontrarnos ante casos en los cuales tales enfermedades puedan haber sido fruto de violencia ejercida contra esa persona, como sería el caso en que hubiese sido víctima de una violación.

También dentro de este tercer grupo tenemos a la homosexualidad sobreviniente al matrimonio (inciso 9).

Este supuesto nos lleva a meditar acerca de si, en realidad, cabe pensar respecto a una homosexualidad sobreviniente o si es que la homosexualidad es algo innato a quien tiene esa condición.

Tal estudio se encuentra fuera de los alcances de este trabajo y, básicamente, lo que corresponde no es analizar cuándo devino en homosexual, sino cuándo empezó a tener conducta homosexual.

Existen muchos casos de homosexuales que, por consideraciones de orden social, nunca llevan a la práctica una conducta de esta naturaleza, supuestos en los cuales la homosexualidad poco importaría —jurídicamente hablando— y no constituiría causal alguna de divorcio.

Sólo es causal de divorcio la homosexualidad llevada a la práctica y estimo que ella debiera ser objeto indemnizatorio únicamente en el caso en que el cónyuge homosexual lo hubiese manifestado con posterioridad a la celebración del matrimonio, ocultando con negligencia o dolo, tal condición.

Aquí, vamos con todas las indemnizaciones, especialmente, por daño moral, el mismo que objetiviza, dentro de muchos otros conceptos, el relativo al daño al proyecto de vida, plenamente aplicable en este caso.

También integra el tercer grupo la condena por delito doloso a pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

En materia indemnizatoria, este caso nos presenta algunas singularidades, dado que el código prevé como supuesto el que la condena sea posterior al matrimonio, pero no exige que el delito se haya cometido con posterioridad al matrimonio.

En ese sentido, creo que no debería aplicarse esta norma como causal de separación de cuerpos y ulterior divorcio, con caracteres meramente objetivos, dado que bien podría haber ocurrido que al momento de contraer matrimonio, el otro cónyuge supiera que el novio está siendo procesado, imputándosele un delito que merezca una pena privativa

de la libertad de esta naturaleza, razón por la cual sólo cabría solicitar la separación de cuerpos en caso hubiese desconocido la existencia del proceso; y, por tanto, el riesgo ulterior de privación de libertad, mas no en el caso contrario.

Ahora bien, yo siempre he tenido mis dudas acerca de que, incluso en el primer supuesto —único indemnizable—, corresponda —en justicia— que esta persona que se ve privada de su libertad por un lapso superior a dos años, tenga que verse, incluso, expuesta a consecuencias de orden indemnizatorio.

Como último supuesto del tercer grupo, tenemos el caso contemplado en el inciso 11 del artículo 333, cuando señala la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

No es el caso ingresar al análisis teórico de los supuestos susceptibles de encontrarse contenidos en este inciso, pero la gran pregunta que marcará la línea divisoria entre lo indemnizable y lo no indemnizable, estará dada por el hecho de que haya habido en la situación descrita por la norma citada, dolo o culpa del cónyuge que haya motivado esa imposibilidad de hacer vida en común.

Si hubiesen concurrido tales factores de atribución, podríamos hablar de una eventual indemnización de daños y perjuicios. Caso contrario, no.

Éstos serían todos los supuestos del tercer grupo a que he hecho referencia.

El cuarto grupo está constituido por el inciso 12 del Código Civil, norma introducida recién en el año 2001.

El inciso 12 se refiere a la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años, estableciendo que dicho plazo será de cuatro años, si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad.

La norma agrega que en estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del propio Código, lo que significa que en ellos el cónyuge sí puede fundar su demanda en hecho propio.

No cabe duda de que este supuesto es uno de aquéllos en los cuales se aprecia con mayor nitidez la necesidad de indemnizar, cuando esa separación de hecho —voluntaria y extendida en el tiempo— haya perjudicado a la víctima.

Si bien es cierto que en este caso, para demandar la separación de cuerpos no hay cónyuge víctima y cónyuge victimario, lo seguirá habiendo con respecto al tema indemnizatorio.

Marco Torres trata además acerca de los daños derivados de la invalidez del matrimonio, en donde también quedará claro que sólo cabrá indemnizar, en la medida en que nos encontremos ante un supuesto de dolo o culpa.

Ya en lo que respecta a los hijos, el autor aborda el tema de los daños derivados de la falta de reconocimiento o reconocimiento tardío de hijo, en donde queda claro que el hijo en cuestión podrá reclamar a su padre o madre no reconociente, los daños y perjuicios que le haya derivado tal circunstancia.

Situaciones de esta naturaleza afectan sobremanera a las personas, en cuanto a sus aspectos no sólo materiales, sino morales; y, por supuesto que será posible un reclamo de esta naturaleza, independientemente de lo doloroso de la situación.

Supuesto más complejo es el analizado en el capítulo siguiente, cuando el autor trata acerca de los daños derivados de la procreación del hijo, casos en los cuales —*prima facie*— nos causa escozor cualquier idea en torno a la posibilidad de reclamar indemnizaciones.

Éste es un tema muy complicado, pues tenemos por un lado, los posibles defectos congénitos con los que podría nacer el hijo, fruto de actividades negligentes o dolosas de los padres en sus conductas personales (por ejemplo, encontrarse inmersos en el mundo del alcohol o de las drogas, o haber consumido sustancias ilícitas al tiempo de la procreación del menor), a la par que otras circunstancias en las cuales podríamos encontrarnos frente al desconocimiento de defectos genéticos que puedan haber sido transmitidos a los hijos de manera involuntaria.

En verdad, yo no sé si el derecho deba llegar a tanto.

Esto, pues ya el solo hecho de que se le diga a alguien que puede demandar a sus padres por circunstancias de esta naturaleza, implica en sí mismo una contradicción, dado que si sus padres hubieran optado por no procrearlo, al no existir, obviamente, no cabría indemnización alguna a su favor.

Esta tesis, además —y por razones obvias—, fomenta el aborto.

Ella podría tener algún sentido en aquellos países en donde rige en materia sucesoria el principio de libertad de herencia; es decir, donde no existiera legislado el concepto de herederos forzosos, pero no en países como el Perú, en donde sí existe este concepto, siendo los hijos herederos forzosos por excelencia, de manera tal que constituye vocación de nuestro propio ordenamiento jurídico, que en un curso natural de acontecimientos, el patrimonio de los padres pase, a su muerte, pacíficamente a los hijos, quienes son herederos de primer orden.

Así, este tipo de acciones obligaría a que los padres se defiendan judicialmente de sus propios hijos, incentivarían la desunión de la familia y la solidaridad que debería reinar en casos en los que un Estado de derecho, que auspicia a la familia como núcleo de la sociedad y del propio Estado, debería promover que los padres apoyen permanentemente a un hijo en tales circunstancias y no a que dicho hijo termine

litigando contra sus progenitores y hasta siendo eventual presa de abogados inescrupulosos.

Por lo demás, si los tribunales de justicia amparasen situaciones como éstas, podríamos llegar a absurdos en los cuales, alguno de los padres, enemistado con el otro, represente los intereses del menor con problemas de salud o del incapaz mayor de edad, y accione contra el otro padre.

En verdad, para esto no existe el derecho.

En otro capítulo, Marco Torres trata acerca de los daños derivados de la obstaculización del derecho a una adecuada comunicación, supuesto fundamentalmente derivado de aquellos casos en los cuales los menores terminen siendo víctimas de los problemas de sus propios padres y, dentro de tales circunstancias, algunos de ellos los manipulan en perjuicio del otro cónyuge y en beneficio de sus propios intereses, impidiendo, obstaculizando, tergiversando o mermando la comunicación que debe existir entre los hijos y el otro progenitor.

Es claro que en estos casos cabría reclamar alguna indemnización y que el accionante podría ser el progenitor víctima de la situación o, incluso el hijo, si es que tales circunstancias le hubiesen causado algún daño.

El siguiente supuesto analizado en el libro, es el de los daños derivados de la violencia familiar, caso en el cual resulta pacífica la conclusión de que toda violencia ilícita que cause un daño a un miembro de la familia, podrá ser objeto de reclamo indemnizatorio.

Ello, independientemente de quién haya sido el victimario y quién haya sido la víctima.

Si bien la ley no establece consecuencias indemnizatorias diversas para el caso en el cual quien causa un daño sea un familiar, y para aquel otro supuesto en que quien lo cause no tenga relación de parentesco, no cabe duda de que las relaciones familiares imponen ciertos deberes de conducta que obligan a determinadas reglas de comportamiento especialmente cuidadosas al interior de una relación familiar, cuando nos encontramos en presencia de personas más débiles, como puede ser el caso de mujeres, ancianos y, especialmente, niños, para quienes los daños sufridos, fruto de la violencia familiar, puedan devenir en huellas indelebles que los acompañen el resto de sus vidas.

En el siguiente capítulo el autor trata acerca de los daños derivados de la mala administración del patrimonio social.

En principio, esta tipología sería aplicable para el caso en que la pareja haya contraído matrimonio por el régimen general de sociedad de gananciales, y no cuando lo haya hecho por separación de patrimonios, o cuando haya variado el régimen a esta última modalidad.

También sería aplicable al caso de las uniones de hecho que cumplan con los requisitos establecidos por el artículo 326, y que generan como primigenio efecto el de la sociedad de gananciales.

La administración de la sociedad está teóricamente a cargo de ambos cónyuges o concubinos, pero ello en la práctica no es necesariamente así, ya que en algunos casos, tal administración descansa en uno solo, sea por voluntad común de ambos o por falta de interés de uno de ellos en administrar la sociedad.

Si la administración correspondiese a ambos, podrían producirse reclamos indemnizatorios, en la medida en que la conducta de uno de los cónyuges hubiera generado daños y perjuicios a la sociedad, a pesar de las adecuadas medidas adoptadas por el otro.

En caso la administración de la sociedad no sea compartida, el tema no necesariamente será claro.

Digo esto, en razón de lo siguiente.

Si uno de los cónyuges administrara la sociedad imponiéndose para tal efecto, pese a la negativa del otro, y dentro de esta situación generara daños y perjuicios a la sociedad por actos negligentes o dolosos, es claro que deberá indemnizar al otro cónyuge.

Distinto sería el caso en el cual la administración de la sociedad esté a cargo de uno de los cónyuges por desidia del otro, o a pesar de haber sido requerido por su cónyuge para que coadyuve a dicha administración.

En estos casos, en lo personal me resisto a pensar que el cónyuge que termine administrando mal la sociedad, tenga siempre que indemnizar, supuesto que en lo personal restringiría a aquellos actos ilícitos en donde el dolo haya constituido el factor de atribución; lo que conlleva a que fluiría la irresponsabilidad por culpa leve, dudando de si ella debiera extenderse o no a los casos de culpa inexcusable.

Adicionalmente, más allá de estas situaciones, deberíamos preguntarnos si es que también cabría reclamar indemnización en los casos en que exista el régimen de separación de patrimonios.

La afirmación anterior podría resultar extraña, si se partiera de la idea de que quien perjudica su patrimonio sólo se perjudica a sí mismo, pero en verdad en un matrimonio, quien perjudica su patrimonio, no sólo se perjudica personalmente, sino también extiende los daños a toda su familia.

Sin embargo, está claro que una situación de esta naturaleza y los eventuales efectos indemnizatorios, podrían ser, fundamentalmente, un

tema de orden teórico, en la medida de que en la práctica, cómo se va a reclamar indemnización a quien ha diluido su propio patrimonio de manera dolosa o culposa, ya que si algún dinero se le reclama, simplemente, no tendría con qué pagarlo.

El último capítulo del libro de Marco, es el relativo a los daños derivados de la oposición infundada por impedimento matrimonial o denuncia maliciosa; supuestos en que sigue la rigurosa línea de análisis de los casos anteriores, y en donde llega a la conclusión de que será factible que correspondan las indemnizaciones, en los casos en que se hubiese actuado con dolo o culpa.

Muchas gracias.

Lectio Inauguralis[*]

El derecho y la familia en el Perú del Siglo XXI

Señor doctor Germán Chávez Contreras, Rector de la Universidad Católica San Pablo
Señores Pro Rectores,
Señores Vice-Rectores,
Señores Decanos de Facultades,
Autoridades universitarias,
Señores profesores,
Estimados alumnos,

1. Consideraciones generales

Agradezco el honor que me ha hecho la Universidad Católica San Pablo al haberme nombrado como Decano de su Facultad de Derecho, y haberme pedido pronunciar estas palabras en este acto de inauguración del año académico 2017.

Me hubiera gustado estar con ustedes en Arequipa, pero ayer, por tercera vez consecutiva, el clima impidió que mi vuelo llegara a destino.

El tema sobre el cual disertaré esta mañana es el relativo al derecho de familia y sus perspectivas en el Perú contemporáneo.

---

[*] Discurso pronunciado en la inauguración del año académico 2017 de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, el jueves 16 de marzo de 2017.

Para comenzar estas palabras, no puedo dejar de mencionar que la familia y el matrimonio constituyen institutos naturales y fundamentales de la sociedad, conforme lo establece la Constitución Política del Perú, en su artículo 4, primero del capítulo II, «De los derechos sociales económicos», del título I, «De la persona y de la sociedad».

Obviamente, la Constitución Política no define qué debe entenderse por matrimonio. Es la ley civil, específicamente, el Código de esta materia, el que se encarga de regular el derecho familiar en el Perú.

Nuestras constituciones políticas tradicionalmente han establecido, y así lo hace la Constitución de 1993, la protección de la familia y la promoción del matrimonio. Como hemos señalado, la carta política reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Por tanto, esa sociedad y ese Estado se construyen sobre la familia.

Ello significa que toda la estructura social y política de la nación tiene como fundamento a la familia.

Y no olvidemos que el todo es igual a la suma de las partes. En ese sentido, aquí conviene reparar un instante, preguntándonos si a la sociedad, al Estado y al derecho, les conviene propiciar la existencia de familias disfuncionales o si, por el contrario, deben apuntar a propender a un modelo determinado de familia, como prototipo ideal de base formativa de la nación y del Estado.

Creo firmemente en esto último, lo que no implica —en modo alguno— que el Estado no atienda o proteja los derechos de los integrantes de aquellas familias que no se ajustan al modelo tradicional.

Pero, no estoy de acuerdo en que las leyes que deben tener un alto contenido moralizador y ordenador de la sociedad y del Estado, fomenten por igual todos esos modelos de familia, que en muchos aspectos pueden ser altamente disfuncionales.

Tampoco me cabe duda de que esa estructura nuclear sobre la que se quiere basar la nación y el Estado, pasa necesariamente por la idea de que toda familia tenga un padre y una madre, y que —en la medida de lo posible— ese padre y esa madre hayan contraído matrimonio entre sí, a efectos de que los hijos puedan desarrollarse dentro de una situación ordenada y pacífica —al menos jurídicamente hablando—; en donde sus derechos y deberes y los de los padres con respecto a ellos, no sean discutidos por terceros; en donde la familia sea vista en singular y no en plural; en donde los niños tengan, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el derecho de crecer en paz y en unidad familiar.

Se me podrá criticar diciendo que éste es sólo un modelo ideal, y que el mismo no representa la generalidad de los casos.

Y, por supuesto que se tendría razón en la crítica, pero cuánto nos gustaría que el modelo del que estoy hablando represente esa generalidad.

Ello haría que si, al constituirse las familias, primaran los criterios de orden y legalidad, su formación, evolución y desarrollo pudieran ofrecer menos inconvenientes futuros para la sociedad y para el Estado.

Lo digo en otras palabras: si los individuos que constituyen una familia, actuaran de manera responsable, los hijos, la sociedad y el Estado en su conjunto, afrontarían menos problemas.

Los niños, por razones obvias; y la sociedad y el Estado, pues tendrían en su seno muchos menos conflictos que aquéllos que afrontan el día de hoy, tanto en el terreno extrajudicial como en el propio y penoso ámbito de los tribunales de justicia.

Las situaciones de conflicto, los abandonos, los reclamos, la falta de atención, etc., si bien no son sólo consecuencia del alejamiento de la forma tradicional de familia, se ven acrecentados cada vez que la infor-

malidad gana terreno en este ámbito importantísimo de la vida familiar; y así tenemos padres y madres cuyos hijos están divididos en dos o más familias; y una multiplicidad de niños que no conocen ni quiénes son sus hermanos y, mucho menos, cuántos son.

La existencia de este tipo de problemas tiene que merecer, como en realidad merece por parte de la ley en la actualidad, soluciones que protejan a los más débiles, y que remedien injusticias, pero a la par, la ley debe establecer un modelo ideal de familia.

Esta tesis puede ser cuestionada por arbitraria, en el sentido de preferir una forma de familia por sobre otras, dado que ellas son infinitamente variopintas.

Sí, pero pensemos, entonces, en los contratos atípicos y, haciendo un símil con las diversas formas de familia, tendríamos que ingresar a regular infinito número de ellos, incluso buscándoles nombres que no existen, o inventándolos.

Lo mismo habría que hacer con los diversos tipos de familia, ya que el tratamiento orgánico no se agotaría con legislar cuatro o cinco de ellos, sino —tratando de hacer una justicia demagógica— intentar regularlos a todos, lo que resultaría, no sólo imposible, sino impropio de cualquier Código Civil.

Todo esto nos conduce al razonamiento siguiente: si la ley regula todas las formas de familia existentes en la realidad, ello implicaría que el concepto de familia podría terminar siendo cualquier cosa, lo que significaría que, dentro del marco constitucional peruano, el núcleo básico de la sociedad y del Estado, podría ser —también— cualquier cosa, razón por la cual esto no podría, ni debería, tener auspicio legal ni constitucional.

Tales situaciones, como he señalado, serían contrarias tanto al propósito constitucional, como a los objetivos moralizadores que debe tener todo cuerpo normativo, en general, y la legislación civil, en especial.

Nada de lo que estoy diciendo colisiona, en lo absoluto, con la idea de la libertad, ni con los derechos constitucionales que asisten a cada uno de los individuos, en lo que respecta a las decisiones que pueden tomar con respecto a sí mismos y sus relaciones con los demás, siempre que ellas no colisionen con el orden público.

Y ni siquiera he cometido el atrevimiento de referirme en el párrafo anterior a las buenas costumbres, pues el solo hecho de tratar acerca de ellas junto al concepto de orden público, haría que entrásemos en una zona lo suficientemente caótica como para no derivar en resultado positivo alguno.

Dentro de tal orden de ideas, es natural que el desarrollo de una materia específica, en este caso, el matrimonio y la familia, se encuentre a nivel de legislación ordinaria y no a nivel constitucional, habida cuenta de que no podemos aspirar a que las constituciones políticas entren a desarrollarlo todo.

En ese sentido, lo que corresponde estudiar es cómo deberíamos entender a esa base de la sociedad y el Estado, que es la familia.

2. Amor, subjetividad y familia

Para nosotros resulta evidente que las leyes sólo regulan situaciones de carácter objetivo, mas no cuestiones de naturaleza subjetiva.

En otras palabras, el plano sentimental o netamente afectivo no forma parte de la regulación específica de los códigos civiles en el mundo.

La regulación del derecho de familia, obviamente se basará en los lineamientos generales que la Constitución Política establezca al respecto.

Dicho de otro modo, ni en el Perú ni en ningún país, las relaciones de familia o lo que se deba entender por ellas, se determinan en función de la exclusiva voluntad de los ciudadanos, dado que ello equivaldría a sostener que la configuración de la familia sería algo tan abierto y poco definido, que habría tantos conceptos de familia como personas existen.

Este escenario determinaría la destrucción del propio concepto de familia y una concepción anárquica del mismo, lo que haría que no sólo en la práctica sino en términos estrictamente jurídicos, cualquier agrupación de personas (es decir, de una o más de una) pueda calzar dentro del concepto de familia.

De allí que la primera disyuntiva sobre la que tenemos que marcar posición, es si el derecho puede o no establecer parámetros acerca de lo que debe entenderse por familia o si no está en capacidad de hacerlo.

Constituye valor entendido en todas las legislaciones del mundo que el derecho sí está en capacidad de delimitar el concepto de familia dentro de la sociedad en la que rige, sea cual fuere este concepto.

Ello significa que el concepto legislativo de familia pasará necesariamente por una decisión arbitraria del legislador, que marcará la línea divisoria entre aquello que se ajusta al modelo adoptado por ese ordenamiento jurídico y aquello que se encuentra fuera del concepto antes mencionado.

Se tratará, sin duda, de una decisión no sólo arbitraria, sino adoptada en base a criterios de orden mayoritario, vale decir, en base a aquellas consideraciones que el legislador de ese país haya estimado adecuadas para definir el patrón de familia.

De esta forma, resulta inevitable que determinadas personas, dentro del grupo social, se encuentren disconformes con el concepto de familia recogido en una determinada legislación.

Así, un Código Civil tratará acerca del matrimonio, pero no podrá ingresar al análisis relativo a si los cónyuges que forman parte de él, se quieren entre sí o no. Tampoco podrá considerar como matrimonio o familia cualquier unión de personas que se amen entre sí. Ello debería ajustarse a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Lo objetivo será el matrimonio; lo subjetivo será si hay o no amor en el matrimonio o en cualquier otra relación.

Digo esto, en razón de que es imposible construir parámetros objetivos en materia de derecho de familia, en función de relaciones meramente afectivas, habida cuenta de que esas relaciones requieren objetivación formal a efectos de tener relevancia jurídica.

Tal disconformidad, no obstante, no implicará necesariamente la violación de la libertad personal de aquellos individuos que no se encuentren de acuerdo con el modelo legislativo de una sociedad.

Con esto queremos señalar que sólo en aquellos Estados totalitarios en donde se persiga a las minorías por no ajustarse a determinados patrones mayoritarios, podríamos hablar de una vulneración de derechos personales de estos grupos.

Por el contrario, en las sociedades democráticas, existe la más absoluta tolerancia con respecto a la manera de interrelacionarse de las personas, aunque tales formas de interrelación no se ajusten al modelo de matrimonio o de familia oficialmente recogido por la legislación, naturalmente, con la salvedad de que tales situaciones no sean atentatorias contra el orden público.

3. LOS VALORES ENTENDIDOS SOBRE LA FAMILIA EN LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, existen determinadas situaciones que siempre han constituido valores entendidos con relación a la familia.

3.1. La familia se basa en el matrimonio

El primero de ellos consiste en que la familia se basa, fundamentalmente en el matrimonio.

La tradición jurídica peruana, tanto a nivel constitucional[1] como a nivel de los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, estructura el derecho de familia en base al matrimonio, es decir, en función a la unión formal de dos personas, con la finalidad de hacer vida en común.

---

[1] Código Civil de 1852
«Artículo 132.- Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, concurriendo a la conservación de la especie humana».
Código Civil de 1936
«Artículo 158.- Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos».
«Artículo 164.- El marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación».
Código Civil de 1984
«Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.
«Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.
El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

3.2. Quienes integren el matrimonio deben ser personas de diferente sexo

La Constitución de 1993 no especificó que tal unión debía ser de hombre y mujer (artículo 4),[2] pero sí lo hizo al tratar acerca del concubinato o unión de hecho y de la sociedad de gananciales que surge cuando tal unión supera los dos años de vigencia (artículo 5).[3]

No tengo duda alguna de que la ausencia de mención al sexo de los contrayentes del matrimonio en el artículo 4, no refleja un propósito deliberado del constituyente de 1993, en el sentido de haber considerado que el matrimonio podía ser contraído por personas del mismo sexo. Sólo se trata de un valor entendido, dado que a juicio del constituyente de 1993 no resultaba necesario especificar el sexo de los contrayentes, pues era inimaginable la existencia de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por lo demás, en el «Diario de Debates de la Asamblea Constituyente» no se aprecia elemento alguno que pueda abonar a favor de la tesis de que dicha asamblea siquiera consideró o debatió la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo.[4]

Además, la mención expresa de que «La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar

---

2 «Artículo 4.- Protección a la familia. Protección del matrimonio.
La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley».

3 «Artículo 5.- Concubinato
La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

4 Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, Comisión de Constitución y Reglamento, tomo v, pp. 2625-2639.

de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable», no puede ser entendida sino como una manifestación de protección de aquella pareja (hombre y mujer, naturalmente), que no estando casada, merece protección patrimonial por parte del ordenamiento jurídico, al cumplirse dos años de constituida la unión de hecho.

Es evidente que si el concepto de matrimonio abarcara a las parejas formadas por personas del mismo sexo, carecería de sentido que la protección patrimonial de las uniones de hecho se restrinja únicamente a las uniones compuestas por personas de diferente sexo.

Esta interpretación sistemática de la Constitución Política de 1993, a juicio nuestro, resulta irrebatible para concluir que nuestra carta política sólo contempla el matrimonio entre hombre y mujer.

Es recién en la presente década que diversos grupos han impulsado la idea de uniones de parejas del mismo sexo, ya sea a través de la figura denominada «unión civil» o del llamado «matrimonio igualitario», conceptos absolutamente ajenos al marco constitucional de 1993 y que escapan al concepto de familia recogido por dicha carta política y, obviamente, por el Código Civil de 1984.[5]

[5] En la actualidad, diecinueve países permiten casarse a las parejas del mismo sexo en todo su territorio y otros dos (México y Reino Unido) lo permiten en una parte del mismo. Finlandia, las Islas Faroe, así como Guernsey y Jersey (estos dos bajo soberanía británica) han aprobado en sus respectivos parlamentos, leyes que permitirán el matrimonio entre personas del mismo sexo, previstas para entrar en vigor en 2017. La lista es la siguiente: Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Uruguay, Nueva Zelanda, Francia, Irlanda, Brasil, Luxemburgo, Colombia, México, Estados Unidos de América, Puerto Rico, Reino Unido.

3.3. Sólo se puede estar casado con una persona, a la vez

El tercer concepto que no ha merecido discusión alguna en cuanto a la familia en el Perú, es que el matrimonio se celebra solamente entre dos personas y quienes lo han contraído, no pueden volver a casarse mientras conserven ese estado civil.

Incluso quienes fomentan el matrimonio entre personas del mismo sexo parten de un concepto monogámico del matrimonio, es decir, de una pareja que se debe fidelidad excluyente entre sí y que, mientras esté casada, no permite que sus integrantes se casen con terceros. No ha formado parte de la discusión del derecho de familia peruano la existencia de matrimonios poligámicos.

La figura del matrimonio poligámico no es propia de nuestra tradición jurídica ni de la cultura occidental, pero prolifera dentro de los países árabes, al grado de que hoy en día cuarentisiete países del mundo permiten el matrimonio con más de una mujer, es decir, que un hombre se case más de una vez sin disolver su anterior o anteriores vínculos matrimoniales.[6]

La poligamia es tan ajena a la tradición peruana como la de matrimonios entre personas del mismo sexo; no obstante, nadie ha propuesto su regulación en el Perú.

---

[6] La institución de seguridad social en Francia (CNAV-Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse), revela que en el mundo hay cuarentisiete países en los que la poligamia es permitida por la ley: Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia, son los países donde es legal la poligamia. Aunque no está reconocida legalmente, en algunas regiones de los Estados Unidos de América y Canadá, principalmente habitadas por mormones, se permite la poligamia.

Sin embargo, si el tema se abriera a debate en nuestro país, los argumentos que lo podrían sostener, serían muy similares a los que sostienen la idea del matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que sin duda, se trataría de una minoría de personas que creería en la poligamia, como modelo alternativo al matrimonio monógamo (sea éste, heterosexual u homosexual).

No tengo la menor duda de que todos los sectores sociales se opondrían a la aprobación del matrimonio poligámico en el Perú, incluso los que fomentan la aprobación del matrimonio homosexual.

¿Y cuál sería la razón para oponerse?

Pregunto esto, pues, en esa hipótesis, estaríamos en presencia de una minoría de personas que reclame el reconocimiento de derechos y tal minoría sostendría que su modelo de familia es distinto del de la mayoría de personas en el Perú (sean heterosexuales u homosexuales); además, se podría alegar que el no reconocimiento del matrimonio poligámico atentaría contra la libertad de estas personas, contra su proyecto de vida y contra el derecho a ser felices, que tienen todos los ciudadanos, por el hecho de ser personas.

Difícil situación, pues los argumentos por los que se desestimaría el matrimonio poligámico serían —más o menos— los mismos por los que hoy se rechaza el matrimonio homosexual, con la diferencia de que en esta ocasión, el rechazo vendría tanto por parte de quienes creen exclusivamente en el matrimonio heterosexual, como por parte de quienes creen también en el matrimonio homosexual.

Entonces, la razón última de la negativa de la sociedad peruana para aprobar el matrimonio poligámico, sería aquélla por la cual dicha institución es ajena a la tradición social y jurídica de nuestro país, a su cultura; y, por último, que ella merece la desaprobación y rechazo de la mayoría de la población.

¿Y acaso se trataría de un supuesto de discriminación?

Podría sostenerse que esta figura es distinta al matrimonio homosexual, en la medida de que este último sólo está integrado por dos personas (al igual que el típico matrimonio heterosexual), y que, por tanto, no se estaría discriminando a nadie, ya que el supuesto del matrimonio poligámico es distinto, al estar formado por más de dos personas.

Sin embargo, el derecho a la no discriminación[7] no puede ser apreciado en razón de lo que quiera una pareja conformada por dos personas, ya que si el modelo de familia que desea otro grupo de personas, no pasa por la existencia de una unión matrimonial de dos, sino de más de dos personas, debería analizarse los derechos de la persona como individuo y no como pareja.

En otras palabras, si yo soy feliz estando unido en matrimonio con dos personas y ustedes sólo con una, ustedes no tendrían por qué imponerme su modelo de familia por sobre el mío, razón por la cual, si se apreciara el tema desde esta perspectiva, la solución sería discriminatoria.

Pero, en realidad no lo es, porque toda sociedad tiene derecho de regular el modelo de familia que considere más conveniente.

3.4. El matrimonio se celebra sólo entre personas

Dentro de este mismo punto, relativo al número de personas que integran el matrimonio, es evidente que tampoco ha merecido discusión en el de-

---

7 «Artículo 2.- Derechos fundamentales
Toda persona tiene derecho:
[…]
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

recho peruano la idea de que la unión matrimonial pueda darse entre una sola persona y una cosa.

Como sabemos, existen personas que desarrollan sentimientos afectivos, de amor y hasta pasión, hacia las cosas, trátese de animales, vegetales o incluso objetos inanimados.[8]

En ese sentido, no debería extrañarnos que estas personas que desarrollan ese tipo de sentimientos hacia las cosas, se sientan mucho mejor al lado de tales bienes, que con personas.

Dentro de tal orden de ideas, hay personas en nuestra sociedad que preferirían construir su vida junto a un perro, un maniquí o un pedazo de ladrillo, en vez de hacerlo junto a un ser humano.

Estos amores extraños son más frecuentes de lo que uno imagina y nada ni nadie hará cambiar de opinión a estas personas, en el sentido de preferir a los objetos y no a los seres humanos.

De modo tal que, al momento de analizar sus preferencias para formar una familia, estos individuos, sin dudar, desecharán el matrimonio con personas y optarán por la convivencia con las cosas; pero no en una típica relación de derechos reales; es decir, como propietarios de tales bienes, sino en una relación de carácter netamente subjetivo, ya que perciben al objeto, no como un ser inanimado, sino como alguien como ellos, cuya compañía les brinda afecto, seguridad y placer. En otras palabras, el objeto es el ser amado.

Si estas personas desearan constituir una familia con tales objetos, no me cabe duda de que la respuesta de la sociedad a este pedido sería

---

[8] Se tratará de zoofilia, en el caso de los animales; de dendrofilia, en el caso de los vegetales y agalmatofilia en el caso del muñecos, estatuas, maniquíes u otros objetos figurativos similares.

rotundamente negativa y, prácticamente, todos diríamos que el matrimonio sólo se celebra entre personas y no entre personas y cosas.

A esta afirmación mayoritaria, este grupo de personas podría replicar diciendo que se sienten discriminadas, en la medida de que la mayoría de la población quiere imponerles un modelo de vida y de matrimonio ajeno a sus preferencias, el mismo que los haría profundamente infelices, desviándolos de sus respectivos proyectos de vida y condenándolos a tener que vivir fuera de la ley.

¿En estos casos, habría realmente una situación de orden discriminatorio?

¿El derecho debería regular formalmente todas las formas de unión sentimental que propongan los seres humanos?

La respuesta negativa se impone, a pesar de que nos encontramos en presencia de personas que tendrán en su vida particular plena libertad de actuar conforme lo consideren conveniente.

En ese sentido, si alguien quiere «formar pareja» con su mascota o con un maniquí, la sociedad no se lo prohibirá, pero esa persona no podrá exigir a la sociedad un reconocimiento de derechos para esa unión tan especial.

Y volvemos al tema de las mayorías y minorías, siendo claro que el ordenamiento legal de una sociedad, básicamente, estará determinado por lo que decida la mayoría, adoptando determinado modelo de familia y descartando otros, por no considerarlos institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

3.5. Los niños no pueden contraer matrimonio

Otra de las situaciones que no han merecido mayor cuestionamiento a lo largo de la historia del derecho familiar peruano es la uniforme reprobación

al matrimonio con niños. Excepcionalmente, la ley peruana permite que menores de edad contraigan matrimonio con autorización de sus padres o del juez, siempre que superen los catorce años.[9] Sin embargo, se trata de un supuesto excepcional no deseado por el derecho, el mismo que, simplemente, reconoce una situación de hecho determinada que, por lo general, deriva de un embarazo, que pasará por el tamiz de aprobación de los progenitores o de la autoridad judicial.

---

[9] «Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio:

1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.
   […]».

«Artículo 244.- Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento.

A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro.

A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento.

A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial.

Los hijos extramatrimoniales sólo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y a los abuelos en línea materna».

«Artículo 277.- Es anulable el matrimonio:

1. Del impúber. La pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos. […]».

Pero, debemos convenir en que esta situación excepcional se circunscribe a personas adolescentes, y no a niños.

Es más, la legislación penal en el Perú sanciona drásticamente las relaciones sexuales tenidas con menores de edad.[10]

---

[10] «Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad
El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. [*] Rectificado por fe de erratas.

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza».
«Artículo 173-A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave
Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua».
«Artículo 175.- Seducción
El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años».
«Artículo 176-A.- Actos contra el pudor en menores
El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:
1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter degradante o produce grave

No obstante, debemos recordar que existen diversos países en el mundo que permiten el matrimonio de adultos con niñas y algunos pocos de esos países no establecen límites mínimos para la edad de las niñas al momento de contraer matrimonio.[11]

¿Acaso alguien podría sostener en el Perú, que se le está discriminando por no poderse casar con una niña de nueve años, alegando que existe amor entre ellos? ¿Acaso alguien podría decir que se le está privando de su derecho a ser feliz; que se está frustrando su proyecto de vida o que se le está tratando distinto que a los demás porque a él no le gustan las mujeres mayores sino sólo las niñas?

Está claro que no y esa negativa, además, estará respaldada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y todo un andamiaje jurídico que legisla la materia; pero, al fin y al cabo, se trata de una opción legislativa, de la cual se apartan unos muy pocos países y que en el resto del mundo —felizmente—

---

daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad».
«Artículo 177.- Formas agravadas
En los casos de los artículos 170, 171, 174, 175, 176 y 176-A, si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años. De presentarse las mencionadas circunstancias agravantes en el caso del artículo 172, la pena privativa de la libertad será respectivamente no menor de treinta años, ni menor de veinticinco ni mayor de treinta años para el supuesto contemplado en su primer párrafo; y de cadena perpetua y no menor de treinta años, para el supuesto contemplado en su segundo párrafo.
En los casos de los delitos previstos en los artículos 173, 173-A y 176-A, cuando el agente sea el padre o la madre, tutor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el numeral 5) del artículo 36».

[11] Concretamente nos referimos a Rajastán, India, Pakistán y El Salvador (http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Matrimonios%20prematuros.pdf).

es impuesta por las mayorías que creen que —como corresponde— los niños deben ser protegidos de situaciones, peligros y abusos de esta naturaleza.

4. Efectos del matrimonio

Por lo general, cuando se trata acerca de la posibilidad de ampliar los alcances del matrimonio en el Perú a figuras distintas de la habitual, no se aborda el tema de sus efectos, los cuales no se circunscriben, obviamente, al acto de su propia celebración.

En ese sentido, es necesario estudiar una serie de elementos que contribuirán a reafirmar nuestra idea, en el sentido de que tal institución debe seguirse manteniendo tal como está configurada en la actualidad.

4.1. El matrimonio como acto

Tal vez uno de los puntos que genera menos polémica con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, es el relativo al matrimonio como acto, ya que las figuras referidas a los esponsales, los impedimentos, la celebración, la prueba del matrimonio o su invalidez, podrían ser aplicadas sin mayor objeción.

4.2. Relaciones personales entre los cónyuges

Con respecto a este tema, es necesario puntualizar cuáles son los deberes y derechos que nacen del matrimonio.

4.2.1. Alimentar y educar a sus hijos

Comenzamos con el aspecto más problemático que puede ofrecer el tema, habida cuenta de que una pareja del mismo sexo no puede tener —entre sí— hijos de manera natural.

Sí los podría tener con la participación de terceras personas o con fecundación asistida, o a través de la adopción.

De esta forma, si se aceptara el matrimonio entre personas del mismo sexo, no habría objeción legal alguna para considerar que tales parejas podrían ser padres.

El matrimonio igualitario plantea que esa «igualdad» se dé en todos los aspectos o ámbitos del propio matrimonio, con lo cual una vez aprobada la figura, no se podría levantar objeciones en relación a la eventual paternidad o maternidad de los contrayentes.

Eso significa que, de ahí en adelante, un niño podrá nacer tanto en el hogar de una pareja homosexual como en el de una pareja heterosexual; ello terminaría siendo indistinto y jurídicamente irrelevante.

Dado que nos encontramos frente al aspecto medular del problema, tenemos que preguntarnos qué respuesta debe dar el derecho en relación a este tema; es decir, si a la sociedad le da lo mismo que la crianza de los niños se dé en el seno de hogares formados por parejas formadas por personas del mismo sexo.

La respuesta que usualmente dan los partidarios del matrimonio homosexual frente a este tema, es que el hecho de tratarse de una pareja heterosexual no garantiza que la misma estará compuesta por buenas personas, ni que se tratará de una pareja que cuide y eduque adecuadamente a sus hijos; o que, incluso, podríamos estar frente a una pareja que se lleve muy mal y que tenga a la violencia como conducta habitual.

A ese escenario se opone la idea de que el niño podría crecer al amparo de una pareja formada por personas del mismo sexo que reúnan todas las mejores características que uno pueda imaginar.

Pero, las comparaciones no pueden hacerse de manera interesada y tomando como ejemplo las antípodas.

De esta forma, estaríamos obligados a comparar a una buena pareja heterosexual con una buena pareja homosexual; pues si se tratara de parejas perversas, nadie desearía que un niño crezca en sus manos y la sociedad debería quitarles la patria potestad, sean homosexuales o heterosexuales. Eso no está en discusión.

Paso, entonces, al análisis de las «buenas parejas».

En el caso de los niños criados por parejas heterosexuales, ellos serán beneficiarios, desde el inicio de sus vidas, de lo mejor que pueda brindarles un hombre y de lo mejor que pueda brindarles una mujer.

En materia de psicología y educación infantil, es muy claro que la formación del niño debe estar acompañada tanto de la figura materna como de la figura paterna, las mismas que van a contribuir al desarrollo de determinadas aptitudes y conocimientos del menor que, entre sí, van a resultar insustituibles.

Los educadores y psicólogos infantiles coinciden en la necesaria presencia del padre y de la madre para un adecuado desarrollo del menor, contribución mutua que dará resultados no sólo apreciables en la infancia, sino en etapas posteriores de la vida de esa persona.

No es que el padre o la madre entren en competencia para ver cuál aporta más en la formación del niño, sino que la labor de ambos resulta absolutamente complementaria, a la par que insustituible.

Incluso, se reconoce, que dependiendo de si se trata de un niño o de una niña, la labor y participación del padre y de la madre será fundamental en determinadas etapas de la infancia.

Éstas son situaciones que derivan de la naturaleza y no de algún mandato legal o de alguna normativa que iguale a los padres con las madres; o, dicho de otro modo, que iguale a los hombres con las mujeres.

Si bien el derecho contemporáneo no establece distinción entre hombres y mujeres en materia de derechos, ello no significa que los hombres sean, en la práctica, iguales a las mujeres.

No constituye objeto de este estudio ingresar al análisis de las diferencias físicas y psicológicas entre los hombres y las mujeres y, tampoco me correspondería ni sería necesario hacerlo, pues se trata de cuestiones absolutamente obvias y conocidas por todos.

La vida de la familia se enriquece, precisamente, en razón del hecho de que la pareja está compuesta por un hombre y una mujer. Esas diferencias son las que hacen que la formación de los niños pueda verse enriquecida, como usualmente debería ocurrir.

Dentro de tal orden de ideas, tendríamos que preguntarnos si una pareja formada por personas del mismo sexo podría brindar esa misma formación a un niño.

Pensamos que no, pues habrá un elemento que ninguna ley podrá sustituir; y es el hecho de que tener dos padres o tener dos madres no es igual que tener un padre y una madre.

Esta situación, que constituye una objeción fundamental dentro de los deberes y derechos que nacen del matrimonio, nos conduce a ser opuestos al matrimonio entre personas del mismo sexo. Se trata, pues, de una valla insalvable.

Ello podría criticarse, señalando que las parejas homosexuales no formadas por personas del mismo sexo no necesariamente desean casarse

para tener o criar hijos; y que, por tanto, quienes no deseen hacerlo no se verían sujetos a los reparos antes expuestos.

Sin embargo, ello no es así, pues cuando se adquiere un derecho, el mismo puede ser ejercido o no, de acuerdo al libre albedrío de quien goza de ese derecho.

En ese orden de ideas, si se aprobara el matrimonio entre personas del mismo sexo, la realidad sería que las parejas casadas podrían optar por tener hijos o no hacerlo.

Para quienes no lo hagan, no se presentará el problema que venimos analizando; pero el mismo sí estará instalado en aquellas parejas que sí hayan transitado por este camino.

Además, la propuesta del matrimonio igualitario no pasa, en lo absoluto, por la renuncia de estas parejas a la crianza de niños, dado que la misma forma parte de sus reivindicaciones tradicionales en todo el mundo.

Entonces, como conclusión relativa a este punto, el derecho tiene que volver a preguntarse si de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se estaría tutelando el interés superior del niño, si la sociedad auspiciara su nacimiento y crianza en el seno de matrimonios compuestos por parejas formadas por personas del mismo sexo.

Estimo que no. Creo que sigue habiendo una irrebatible y notoria diferencia entre la crianza de un menor en un hogar y en otro.

Es, entonces, éste, el principal obstáculo para que la sociedad pueda admitir matrimonios de esta naturaleza, dado que no sólo se trata de la situación sentimental de una pareja que desea unirse en matrimonio, sino también resulta necesario analizar los efectos que esa unión legal podría ocasionar en terceros menores de edad.

4.2.2. Deberes de fidelidad y asistencia

Los deberes de fidelidad y asistencia están contenidos en el artículo 288 del Código Civil.

En cuanto a la asistencia, no tengo nada que decir, pues ella podrá desarrollarse de manera similar en una pareja homosexual que en una pareja heterosexual.

No obstante, tengo mis dudas en lo que respecta al tema del deber de fidelidad.

No hay que olvidar que el deber de fidelidad ha sido construido exclusivamente dentro del concepto clásico de matrimonio y no proviene de situaciones en las cuales los cónyuges sean personas del mismo sexo.

Dentro de tal orden de ideas, habría que estudiar el problema a profundidad, desde la perspectiva sociológica y psicológica.

Tendríamos que constatar si la fidelidad es un deber que desearían instalar en su matrimonio las parejas integradas por personas del mismo sexo. No hagamos traspolaciones arbitrarias.

4.2.3. Deber de hacer vida común en el domicilio conyugal

Sobre este tema no tengo algo especial que decir.

4.2.4. Deber y derecho de participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo

Sobre esto tampoco tengo algo que decir.

4.2.5. Representación conjunta de la sociedad

Sobre este punto no tengo nada que decir.

4.3. Régimen patrimonial

En relación a este rubro no habría mayor objeción con respecto a las parejas integradas por personas del mismo sexo.

4.4. Decaimiento y disolución del vínculo

En relación a este rubro tampoco habría mayor objeción.

4.5. Sociedad paterno-filial

Todo lo dispuesto en la sección tercera del libro III, de «Derecho de familia», tiene que ver con la sociedad paterno-filial.

4.5.1. Hijos matrimoniales

Por razones obvias, una pareja integrada por personas del mismo sexo no podría tener, entre sí hijos matrimoniales, por lo menos, de manera natural.

Sin embargo, podría llegar a entenderse que en este tipo de casos adquieran la calidad de hijos matrimoniales aquéllos que fueren concebidos por técnicas de reproducción asistida, con la necesaria participación de una tercera persona.

En tales supuestos, perfectamente posibles en el matrimonio entre personas del mismo sexo, se plantea un tema teórico importante, dado que el niño será criado por una pareja en donde sólo uno de sus integrantes tendrá vínculo consanguíneo con él, en tanto que con el otro no lo une vínculo consanguíneo alguno.

Si se tratara de un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, el niño tendría, legalmente hablando, dos madres (las cónyuges) o dos padres (los cónyuges), pero tal menor no tendría vínculo jurídico

alguno con su verdadero padre o madre (en el primer y segundo caso, respectivamente).

Tal situación sería manifiestamente injusta para el menor, dado que el derecho le privaría de tener contacto formal con uno de sus verdaderos progenitores, de manera tal que esta última persona se limitaría a tener la condición de donante de esperma o de óvulo, según fuera el caso.

Sin embargo, los problemas para este niño no terminarían allí, dado que siempre tendrá expedita la posibilidad de averiguar quién es su verdadero progenitor o progenitora e intentar tener contacto con esta persona.

Como se observa, el derecho estaría auspiciando, inútilmente, una situación de estas características en perjuicio del menor, quien sería el objeto de un ensayo, tanto jurídico como sociológico.

¿Y hay necesidad de todo esto?

Si se tratara de un tema que se circunscribiera meramente a la esfera de la pareja integrada por personas del mismo sexo, la sociedad no debería tener mayores reparos en aceptarlo, dado que estaríamos hablando de un asunto perteneciente —en exclusiva— a la esfera privada de tales individuos.

Sin embargo, es un asunto que atañe a terceros y, específicamente, a un menor de edad.

En ese sentido, una vez más, la sociedad tendrá que optar entre decidir si acepta o no una situación de estas características.

Finalmente, debemos señalar que es obvio que muchas de las normas relativas a los hijos matrimoniales contenidas en el Código Civil, no serían de aplicación a los casos sobre los que venimos tratando, por la simple razón de la naturaleza de las cosas.

4.5.2. Adopción

Conforme a lo dispuesto por el artículo 377 del Código Civil, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

La adopción de una persona puede ser efectuada por alguien en particular o por un matrimonio. En este último caso, el menor pasaría a tener la condición legal de hijo de la pareja adoptante y se desvincularía por completo, siempre en el plano jurídico, de sus parientes consanguíneos.

No cabe duda de que el mecanismo de la adopción podría ser el más utilizado para que las parejas integradas por personas del mismo sexo, puedan tener hijos.

Hoy en día, a pesar de que no está permitido en el Perú el matrimonio entre personas del mismo sexo, resulta perfectamente factible que de manera individual, alguno de los integrantes de una pareja formada por personas del mismo sexo, pueda adoptar a alguien.

Lo que no resultaría posible es que esta persona pueda ser adoptada, a la vez, por los dos integrantes de esa pareja conformada por personas del mismo sexo, dado que el menor no puede tener, jurídicamente hablando, dos padres o dos madres.

Dentro de tal orden de ideas, lo que corresponde señalar es que, en base a todas las consideraciones antes efectuadas y teniendo en cuenta el interés superior del niño, el derecho no debería preferir la adopción de un menor por parte de una pareja compuesta por personas del mismo sexo, sino por parejas integradas por personas de diferente sexo.

No se trata de un caso de discriminación, sino de la aplicación estricta del interés superior del niño; supuesto que pasa, necesariamente, por con-

siderar qué es lo mejor para este último y, en base a esta respuesta, proceder consecuentemente en cada caso o supuesto en el cual se deba llegar a una conclusión sobre un aspecto de su vida.

4.5.3. Filiación extramatrimonial

Cuando hablamos de hijos extramatrimoniales, lo estamos haciendo en relación a aquéllos que han nacido de una relación heterosexual sostenida entre dos personas que no están casadas entre sí.

Puede que una de estas personas esté casada con un tercero o incluso que las dos estén casadas con otras personas; pero lo que no ocurrirá es que exista relación de matrimonio entre los padres del niño. Es esta última consideración la que lo califica como hijo extramatrimonial.

Si se aprobara el matrimonio entre personas del mismo sexo y la pareja decidiera, de común acuerdo, que uno de ellos tenga un hijo procreado natural o artificialmente con una tercera persona, tal situación nos plantearía el problema de si nos encontraríamos ante un supuesto de hijo matrimonial o de un caso de hijo extramatrimonial.

El derecho tendría que estirarse tanto como para entender que el consentimiento del cónyuge para un proceder de esta naturaleza haría que el futuro hijo se considere nacido dentro del matrimonio, a pesar de que tenga como padre o madre a un tercero; o, simplemente, dentro de la perspectiva tradicional, considerar que al tratarse de un hijo procreado por uno de los cónyuges con un tercero (con quien, obviamente, no existe relación matrimonial alguna), se trataría de un hijo extramatrimonial.

Nótese cómo la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo, prácticamente, podría borrar la línea divisoria que hoy está claramente delimitada, entre los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales.

En buena cuenta, este tipo de matrimonio alteraría de manera notable los conceptos que el derecho de familia ha ido construyendo con el paso de los siglos y crearía «un nuevo modelo de familia», cuyos contornos no estarían claramente delimitados y en los que la necesaria participación de terceras personas para contribuir a la procreación, sea natural, asistida o por adopción, diluiría el concepto de familia cerrada.

El solo hecho de pensar en la posibilidad de que la procreación de un hijo cuente con la relación sexual consentida entre un tercero y uno de los miembros del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, desdibuja la idea de la fidelidad en la relación conyugal y plantea, como punto de partida y como una de las tres posibilidades de tener descendencia, el que ésta sea fruto de una relación extramatrimonial consentida.

Con ello no estoy diciendo que situaciones de este tipo no se presenten de manera excepcional en los matrimonios tradicionales o formados por personas de distinto sexo; naturalmente que ello podría ocurrir y ocurre; pero no se tratará de una situación común sino excepcionalísima, ya que sería muy raro que una pareja opte por esta vía, antes que por la donación de materiales genéticos de terceros (sin que medie relación sexual con algún miembro de la pareja) o, finalmente, por una adopción.

El camino para la legalización de las parejas abiertas estaría, pues, consagrado.

4.5.4. La patria potestad

Según el artículo 418 del Código Civil, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

No cabe duda de que esta figura es muy importante en la relación paterno-filial y determina cuáles son los márgenes de acción que tienen los padres con respecto a sus hijos.

Sobre este tema es bueno reparar en lo dispuesto por el artículo 419, en el sentido de que la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el juez de familia.

Es claro también que existirán muchos casos en los cuales, si bien ambos padres seguirán teniendo la patria potestad de los hijos, la justicia podrá haber privado a alguno de la tenencia de tales hijos; o, en caso de divorcio, es sabido que la jurisprudencia en materia de derecho de familia, otorga prerrogativas para la tenencia al cónyuge no culpable, estableciendo también determinadas prerrogativas a favor de la madre, cuando se trate de niños de muy corta edad.[12]

Las cosas —obviamente— serían distintas si se aceptara matrimonios entre personas del mismo sexo.

5. ¿DEBERÍAMOS FLEXIBILIZAR EL CONCEPTO DE MATRIMONIO?

Más allá de las propuestas existentes en favor de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, se han empezado a escuchar algunas voces en el sentido de flexibilizar, en varios órdenes, el concepto y los alcances del matrimonio.

---

[12] La jurisprudencia peruana ha establecido en diversos momentos, que en caso de divorcio, la tenencia debe quedar a favor de la madre, en aplicación del interés superior del niño, incluso cuando favorezca al cónyuge culpable del divorcio. A modo de ejemplo, ver las sentencias recaídas en el expediente n.° 2992-97 y en la Casación n.° 2263-2004-JUNÍN.

Se argumenta que debería permitirse a las personas, en general, moldear las características de su propio matrimonio, de tal manera que podrían encontrarse ante una figura legal o contractual mucho más adecuada a sus propios intereses y no ante un modelo rígido, como ocurre en la actualidad.

Como sabemos, la legislación peruana, al igual que la mayoría de legislaciones del mundo, no establece modalidades para el matrimonio; y, en el único aspecto que permite a las parejas elegir, es en el relativo al régimen patrimonial, pudiendo ellas optar antes del matrimonio por el régimen de separación de patrimonios, en vez del de sociedad de gananciales, que rige por defecto.

Tal variación también se puede realizar durante la vigencia del matrimonio.

Pero, en todo lo demás, no hay nada que escoger.

El matrimonio constituye una institución definida legalmente, en donde la inmensa mayoría de normas son de carácter imperativo y no dispositivo.

De ahí que lo que corresponda sea preguntarse si es que convendría flexibilizar sus alcances con algún propósito determinado.

Si de lo que se trata es de flexibilizar la institución del matrimonio, a efectos de que más personas puedan acceder a ella voluntariamente, la respuesta podría ser muy simple, dado que no existe norma legal alguna que exija que las personas se casen, de manera tal que la opción de no hacerlo es totalmente válida.

En ese sentido, si lo que se quisiera fuera poder casarse a plazo susceptible de ser renovado, por ejemplo, cada cinco años, tal situación sería contraria a la estabilidad que la sociedad en su conjunto busca con la institución matrimonial.

Decimos esto, habida cuenta de que los hijos no se tienen por plazo determinado, sino a plazo indeterminado.

Creemos que el poder flexibilizar el matrimonio en cuanto a su plazo de duración, desde el inicio, determinaría encontrarnos frente a una institución debilitada.

Por lo demás, hoy en día y desde comienzos del presente siglo, resulta mucho más factible separarse y divorciarse en el Perú, ya que en el año 2001 fueron introducidas modificaciones al texto del Código Civil,[13] a través de las cuales se permite el divorcio invocando hecho propio, por la separación unilateral.

Esta causal —contra la cual nos pronunciamos en 1998 en nuestra obra *Tentaciones académicas*, cuando sólo se trataba de un proyecto de ley—, sin duda, debilita el matrimonio y permite que el cónyuge que no desea continuar en la relación matrimonial, le ponga fin recurriendo a los tribunales de justicia, invocando el propio abandono del hogar conyugal.

En tal sentido, no consideramos que corresponda aplicar el plazo como modalidad del matrimonio.

Por lo demás, creemos que si las parejas se casaran por plazo, ellas vivirían constantemente pensando en la terminación del mismo y en la posibilidad de cambiar de rumbo cada cinco años.

---

[13] El artículo 333 del Código Civil, modificado por el artículo 2 de la Ley n.° 27495, publicada el 7 de julio de 2001. Mediante el referido artículo, se incluyen las siguientes causales de divorcio:
«11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuvieren hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335».

En adición a lo expuesto también se plantea la idea de matrimonios abiertos; es decir, de aquéllos que aceptan la posibilidad de integrar no sólo a marido y mujer, sino también a una tercera persona, sea ésta del sexo que fuere.

Estimamos que todas estas variantes alterarían notoriamente la solidez de la institución y harían que ella sea mucho más precaria de lo que ya es en nuestros tiempos.

Las estadísticas de separaciones de hecho y de divorcios que existen en nuestro país son cada vez más alarmantes y nos configuran un panorama en el cual, si bien la sociedad y, en especial, los jóvenes siguen apostando por el matrimonio, no necesariamente ingresan a él con la debida seriedad y aplomo que merece esta institución.

Si además de todos los embates que se producen en la sociedad moderna, vamos a regular el matrimonio como un experimento con modalidades diferentes, no sólo contribuiremos a su desaparición sino también y, correlativamente, al debilitamiento de la sociedad, la misma que terminará asentándose en base a relaciones familiares precarias, lo que constituiría una victoria del liberalismo, pero una derrota de la sociedad, del Estado y del futuro de la nación.

Muchas gracias.

Coloquio
Reforma del derecho de contratos
perspectiva franco-peruana

Palabras de inauguración*

Señor doctor José Suárez Zanabria,
Decano del Colegio de Abogados de Arequipa,
Distinguidas autoridades del Colegio de Abogados, de la Universidad Católica San Pablo y de las Universidades París 13, 12 y 10,
Estimados profesores,
Señores abogados,
Queridos alumnos,

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, tiene el honor de ser visitada por ocho distinguidos profesores franceses, todos ellos catedráticos de las Universidades París 13, 12 y 10 y reconocidos civilistas.

Hago uso de la palabra en mi condición de Decano de la Facultad y antiguo profesor de derecho civil, con el propósito de expresar al auditorio algunas de las consideraciones que estimo importantes acerca del derecho francés y su influencia en el derecho peruano.

---

* Evento desarrollado por la Universidad Católica San Pablo y el Colegio de Abogados de Arequipa, en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero del Colegio de Abogados de la ciudad de Arequipa, Perú, los días jueves 15 y viernes 16 de junio de 2017. Palabras pronunciadas el 15 de junio.

No cabe duda de que el Código Napoléon es aquél que ha tenido mayor influencia en el derecho civil de la tradición jurídica romano-germánica.

A él le siguieron, en orden cronológico, el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942.

Estos tres cuerpos normativos se caracterizan por ser fruto de esfuerzos nacionales y por desarrollar una legislación propia y acorde con las necesidades de cada país; ello, sin olvidar las grandes influencias que el Código italiano de 1942 asumió del frustrado proceso de reforma legislativa de la Comisión Franco-Italiana que trabajó en los años veinte del siglo pasado, un proyecto común de reforma legislativa en materia de obligaciones y contratos, el mismo que se frustró por varias y dolorosas razones que todos conocemos.

Esto no significa que los cuerpos normativos mencionados sean los únicos que han tenido y tienen una repercusión importante en el mundo jurídico al que pertenecemos, pues es innegable que algunos otros códigos europeos como el español de 1889 o el portugués de 1967, también revisten singular transcendencia.

Y, en América Latina, el recientemente derogado Código Civil argentino de 1871, obra del ilustre jurista cordobés, don Dalmacio Vélez-Sarsfield; el Código Civil brasileño de 1916, también derogado hace quince años; así como el inagotable proyecto de Código Civil del ilustre sabio venezolano, Andrés Bello, que se tradujera en Código Civil en varios países de América Latina que lo adoptaron como modelo, o en cuya redacción tuvo notoria influencia, como es el caso de Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Uruguay.

Pero, todos estos códigos latinoamericanos, han tenido, sin duda, innegable influencia del derecho francés.

Como se sabe, el Perú cuenta con cuatro códigos en su historia, los mismos que no empiezan con la república, pues cuando se produjo la independencia de la corona española, en materia civil nos seguimos rigiendo por lo establecido en las leyes de ese país.

Fue recién en 1835 que se produjo el primer intento codificador en el Perú, cuando surgió la Confederación Perú-Boliviana, que no era otra cosa que el proyecto político del mariscal Andrés de Santa Cruz, para unificar el Perú y su natal Bolivia, el mismo que tuvo efímera duración, como los cuerpos normativos que se promulgaron en ese gobierno.

Es por esta fugaz vigencia, que el derecho nacional suele omitir la mención de ese código y sólo se refiere a tres; empezando por el Código de 1852, proyecto legislativo propio que se basó, fundamentalmente, en el Código francés, pero cuya concepción, estilo y escasas innovaciones, lo condenaron a tener —a pesar de sus ochenta y cuatro años de vigencia— una influencia legislativa prácticamente nula fuera de las fronteras de nuestro país. Basta recordar que sólo Guatemala lo adoptó como modelo legislativo.

El siglo xix, tal vez, pudo concluir con la aprobación de un nuevo Código Civil para el Perú, el del proyecto que elaboró la Comisión presidida por el abogado Juan Luna, cuyos trabajos concluyeron en 1890 y que no mereció sanción legislativa.

Es en los años veinte del siglo pasado que en el Perú se realiza el primer gran esfuerzo de ordenamiento legislativo en materia civil, por parte de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, la misma que estuvo integrada por un grupo de extraordinarios juristas, cuyos trabajos y ponencias pueden apreciarse en las actas de dicha Comisión, publicadas años más tarde.

Esta Comisión estuvo integrada por los abogados Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro, Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea y el médico Hermilio Valdizán.

La elaboración del proyecto de los libros de obligaciones y fuentes de las obligaciones, estuvo a cargo del doctor Olaechea, ilustre sanmarquino, quien, sin duda, de entre los miembros de la Comisión, era el personaje que más destacó a lo largo de su vida jurídica y pública, habiendo sido Ministro de Hacienda y Presidente del Banco Central de Reserva, cuando se sentaron las bases de esta institución.

Pero, es necesario decir dos cosas más sobre Olaechea.

La primera, que dirigía el principal Estudio jurídico del Perú, tanto por la importancia de los asuntos que llegaban a él, como por su relación con las principales empresas peruanas y extranjeras que invertían en nuestro país.

En ese sentido, la experiencia práctica de Olaechea era inigualable.

La segunda, que Olaechea era un asiduo lector de la doctrina francesa.

Apenas terminados sus estudios de abogado, dada su extrema juventud, su padre, el fundador del Estudio, doctor Manuel Pablo Olaechea Guerrero, decide enviarlo a París para que estudie en La Sorbona, con el objetivo de que perfeccione sus conocimientos.

Contaba de manera recurrente, Manuel Augusto Olaechea, cómo asistía en invierno y casi de madrugada, a las clases del profesor Marcel Planiol, una de las figuras más importantes de la primera parte del siglo xx en el derecho civil francés.

Decía Olaechea cómo, a pesar de las adversidades climáticas, el salón estaba repleto de estudiantes ávidos de conocer las enseñanzas del maestro.

Una vez de vuelta en Lima, Olaechea adquiere, permanentemente, de las librerías parisinas, toda cuanta obra se publica sobre derecho civil y comercial.

Por esas cosas de la vida, tuve la oportunidad de trabajar, cuando practicante, en su Estudio de abogados y constatar esa afirmación, por la gran cantidad de libros que acopiaba esa biblioteca, muchos de los cuales se encontraban anotados de puño y letra por el doctor Olaechea.

Estas lecturas, sin duda, influyeron notablemente en el referido jurista para la elaboración de los libros de obligaciones y contratos del Código de 1936, cuerpo normativo que tuvo una notable vigencia en nuestro país. Cuarentiocho años que concluyeron en 1984, con el Código que hoy nos rige.

Es el Código de 1936, sin duda, aquél que determina los albores de la doctrina civil en el Perú, con obras tan recordadas como las del maestro José León Barandiarán y las del profesor Jorge Eugenio Castañeda, catedráticos de derecho durante muchos años en diversas universidades del país.

Pero, no sólo eso, pues además, las dos o tres siguientes generaciones de juristas se formaron bajo los influjos de este cuerpo normativo, y desarrollaron sus doctrinas con apego a él.

No olvidemos que el Código peruano de 1936 también tuvo una enorme influencia del derecho francés, cuyo código era hegemónico dentro de nuestra tradición jurídica, en la medida de que el Código italiano recién sería promulgado seis años más tarde, y el Código alemán nunca llegó a tener en el Perú, la repercusión que ha cobrado en otras latitudes. Ello, fundamentalmente, debido a que responde a una idiosincrasia muy diferente a la que impera en Latinoamérica y a la dificultad de la mayoría de juristas, de acceder a la doctrina de ese país, por la barrera del idioma.

Se puede decir que todos quienes formaron parte de la Comisión que elaboró el Código Civil peruano de 1984 (la misma que inicia sus estudios en 1965), desarrollaron sus trabajos, teniendo como centro fun-

damental a la doctrina francesa, sea de manera directa o indirecta, en este último caso, a través de la consulta de autores latinoamericanos muy influenciados por juristas de ese país, especialmente, de origen argentino.

Estudié en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre 1984 y 1988, y cómo no recordar nuestras lecturas de autores clásicos franceses como Demogue, los Mazeaud, Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, Aubry y Rau, entre otros.

En lo personal, mi estancia en la biblioteca del Estudio Olaechea y el haber estudiado once años en un colegio de padres franceses, me llevó a ser un lector asiduo de autores que nunca fueron traducidos al español, como Baudry-Lacantinerie, Huc, Demolombe, Laurent, Marcadé y Pont, habiendo llegado hasta la lectura de Jacques de Maleville, quien fue uno de los primeros comentaristas del Código francés en 1822 e, incluso, de las propias actas de la Comisión que elaboró el Código entre 1803 y 1804.

Y me volví tan aficionado al derecho francés, que ya luego de abogado, empecé a hacerme de una propia biblioteca, en la que no podían faltar los autores mencionados, los mismos que sigo consultando en mis investigaciones.

Una de las preguntas que se pueden formular con respecto a la importancia de la doctrina francesa en la historia del derecho civil, es la relativa a las razones que condujeron a que estas obras sean imperecederas.

Y creo que la explicación es muy simple, pues el Código de 1804 representó en la historia del derecho, el momento clave de su actualización y reordenamiento, luego de muchos siglos en que el mundo europeo no contara con un cuerpo normativo de esta importancia.

El Código francés representa a este respecto, un antes y un después.

No es que con él se hayan inventado las instituciones y figuras jurídicas en el derecho civil; obviamente, no, pues la inmensa mayoría de ellas tiene honda raigambre en el derecho romano o en los derechos intermedios; pero, lo que sí es innegable, es que este texto apareció en un mundo que ya contaba con imprenta, donde los códigos no se tenían que transcribir a pluma, y en el que la interrelación entre las naciones y sus medios académicos, empezaba a avizorarse de una manera mucho más fluida que en décadas o siglos precedentes.

Dentro de tal orden de ideas, este Código y su doctrina fueron los estandartes de la cultura francesa en el mundo jurídico, y representaron un proceso de ilustración sin parangón previo ni posterior.

Es muy probable que los códigos que le sucedieron hayan hecho —como lo hicieron— aportes importantísimos a la cultura jurídica, pero el Código Napoléon fue el primero; así como Karl Benz hizo funcionar el primer automóvil o los hermanos Wright hicieron volar el primer avión, sin perjuicio de que, a lo largo de los más de cien años en que existen automóviles y aviones, hayan surcado y surquen las pistas y los cielos, carros y aeronaves muchísimo más avanzados que los que dieron inicio a estos medios de transporte; pero no hay que olvidar que todos ellos se desplazan por idénticos principios físicos.

Quienes hemos seguido la evolución del derecho francés, somos conscientes de que el Código de 1804 ha sido objeto de innumerables modificaciones, e incluso de que muchos de sus artículos, a pesar de mantener idéntico texto que en los albores del siglo xix, son entendidos de manera radicalmente distinta a su tenor literal.

Recuerdo cómo cuando era aún estudiante de derecho, elaboraba mi tesis para obtener el grado académico de bachiller, y al analizar la evolución de la doctrina y la jurisprudencia sobre la *Vente de la chose d'autrui*; es decir, la venta de la cosa ajena, se apreciaba cómo la regla de la nulidad,

se había transformado en algunas décadas, en excepción; habiéndose convertido en regla la validez de esta figura.

Desde esos años empecé a sentir admiración por aquellas sociedades que, a lo largo de su historia, han demostrado madurez en el terreno jurídico, tanto por su desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario, como por el hecho de haber sido conscientes de que la evolución del derecho no necesariamente pasa por la modificación de las normas legales y de los códigos.

Esto significa que tales procesos determinan el mutuo enriquecimiento de todas las fuentes del derecho, y la necesaria comprensión de que el avance de la ciencia jurídica se basa, fundamentalmente, en una seria jurisprudencia y en una doctrina madura que hacen avanzar las instituciones jurídicas, y enriquecen y hasta transforman notablemente, el sentido de las leyes en esos países.

Hoy y mañana tendremos el gran honor de escuchar la palabra de los profesores franceses que nos acompañan, quienes expondrán sobre la reforma de su Código Civil, determinada por la Ordenanza n.° 2016-131 del 10 de febrero de 2016, que conlleva la reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones.

He tenido oportunidad de leer con detenimiento los alcances de esta modificación legislativa, la misma que, si bien no conlleva cambios traumáticos dentro de la legislación francesa, sí tiene diversos aspectos muy interesantes que motivarán, sin duda, las intervenciones de los profesores franceses visitantes, además de los catedráticos de Lima y Arequipa que nos acompañan.

Todos ellos son bienvenidos a nuestra Facultad de Derecho, la misma que realiza todos los esfuerzos para seguir trabajando en pro del desarrollo de la juridicidad en nuestro país; en el marco de un coloquio

que se desarrolla dentro de las festividades propias del vigésimo aniversario de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Pido las disculpas del caso a aquellos profesores de nuestra Facultad, que no hayan sido programados para exponer en este evento; pero, por razones de la estrechez de tiempo, hemos tenido que priorizar a los catedráticos más antiguos en esta especialidad, como no hubiera podido ser de otra manera.

Pero, no puedo terminar estas palabras sin rendir homenaje a quien el Perú debe la más grande reforma, actualización y positivación del derecho de contratos.

Me refiero al doctor Manuel de la Puente y Lavalle, maestro de la mayoría de civilistas de mi generación, quien en los años setenta del siglo xx, investigó la mejor doctrina de su tiempo y escribió su obra *Estudios sobre el contrato privado*, magnífico tratado de la parte general de contratos y cuyos conceptos se plasmaron en el Código Civil de 1984; lo que permitió a nuestro país dar un salto tan grande en la materia que, incluso hoy en día, dicha obra y el articulado al que dio origen, tienen plena vigencia.

En ese sentido, me corresponde, como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, declarar inaugurado el presente coloquio.

Muchas gracias.

La celebración del contrato en la reforma civil francesa del año 2016*

Estimados profesores,
Señoras y señores,

Me corresponde hacer uso de la palabra para intervenir sobre el mismo tema acerca del cual ha expuesto la distinguida profesora Nathalie Blanc, es decir, *La celebración del contrato.*

Pero, en primer término, quiero referirme a lo señalado por los profesores que me han antecedido en el uso de la palabra, en el sentido de que la reforma respondió a determinadas necesidades propias del derecho francés, en la medida de que el Código Civil de ese país había dejado de ser un modelo exportable.

Asimismo, se ha señalado que se tiene la aspiración de que el Código vuelva a constituirse en un modelo, especialmente para la Unión Europea.

Primera gran reflexión, de fondo, la que nos planea esta interrogante, pues no estoy seguro de que en tiempos modernos los Códigos Civiles se puedan convertir en los faros legislativos que eran antes y cuya ley no sólo iluminaba el país, sino más allá de las fronteras.

---

* Palabras pronunciadas en el Coloquio Reforma del Derecho de Contratos. Perspectiva Franco-Peruana, el día viernes 16 de julio de 2017 en el Auditorio José Luis Bustamante y Rivero del Colegio de Abogados de la ciudad de Arequipa.

No sé si en el siglo xxi los nuevos Códigos puedan seguir generando la misma fascinación que generaban hasta hace algunas décadas.

Y ello no sólo dependerá de la factura de la obra legislativa, sino, fundamentalmente, de cómo sean percibidos por la doctrina.

Hasta hace algunas pocas décadas, los nuevos Códigos se comentaban en artículos de revistas impresas (no había de las otras) y en libros individuales y colectivos que tardaban meses o años en ser escritos y publicados.

Hoy en día, los comentarios son inmediatos; las críticas se hacen en línea y la posibilidad de comparar fórmulas legislativas y doctrinas es de lo más expeditiva.

Hoy, los abogados, los profesores de derecho y los estudiantes de la especialidad, son mucho más perspicaces que antes, no dejan cabos sueltos; no existe argumento de autoridad alguno que se les pueda imponer.

Hoy, el camino para los nuevos códigos es un camino empedrado; hasta un camino minado, diría yo.

Si tenemos alguna duda al respecto, miremos el caso del Código argentino del 2015, cuerpo normativo que batió todos los récords de críticas de la doctrina y sólo en los meses de su *vacatio legis.* Ni qué decir de lo que ocurrió después. Todo el medio académico fue por él, incluso quienes colaboraron en su elaboración, los que rápidamente salvaron sus vidas, circunscribiendo su paternidad sobre unos pocos artículos y marcando distancia de los demás.

Complicada la situación para los Códigos contemporáneos.

En ese sentido, creo que se ha estrechado mucho el espacio para los nuevos proyectos legislativos y ellos, a diferencia de lo que ocurriría en

las épocas aurorales de la Codificación, ya no gozan del beneficio de la duda. Hoy, simplemente, pasan por las filudas fauces de sus críticos.

No conozco de cerca el proceso de asimilación de la reforma francesa del 2016, ni voy a formular otros comentarios que aquéllos que me llevan a circunscribirme al tema objeto de la exposición de esta noche.

En ese sentido, creo que el método más pertinente para abordar el tema de la celebración de los contratos, es el de comentar la reforma francesa, comparándola con la legislación peruana; ello, a efectos de poder aprovechar de la mejor manera la materia en lo que respecta al medio jurídico nacional.

Dentro de tal orden de ideas, no sólo haré referencia a las normas del capítulo segundo del subtítulo primero del título tercero, «De las fuentes de las obligaciones» del Código francés, relativo a la conclusión del contrato, sino también haré alusión a ciertos preceptos del subcapítulo primero, «Disposiciones liminares», en tanto algunas de estas normas tienen directa relación con el tema, a pesar de su ubicación legislativa.

- *La buena fe*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1104.- Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. *Cette disposition est d'ordre public.*	Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

El artículo 1104 francés hace referencia a la negociación, celebración y ejecución de los contratos de buena fe, precepto que encuentra correlato en el artículo 1362 del Perú, con la diferencia de que el francés subraya la naturaleza de orden público de la citada norma.

En lo personal, estimo que esta última disposición podría constituir una demasía, en la medida de que cualquier estipulación contractual que exceptúe la aplicación de la buena fe, debería ser considerada manifiestamente nula.

- *Contratos consensuales, solemnes y reales*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1109.- Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression. *Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.* *Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose.*	Artículo 143.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto. Artículo 1411.- Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.

Por su parte, el artículo 1109 francés brinda el concepto de los contratos consensuales, solemnes y reales; materia regulada en el Perú en los artículos 143, 144 y 1411, con la salvedad de que con el Código de 1984 se derogó la categoría de los contratos reales, por considerarla innecesaria.

Lo propio ocurrió con las normas del Código de Comercio que se referían al particular.

- *Contratos parasitarios y por adhesión*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1110.- Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.*	Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

De otro lado, el artículo 1110 francés aborda el concepto de los contratos celebrados por negociación previa y el de los contratos celebrados por adhesión.

Si bien es cierto el Código peruano no define a los contratos de negociación previa, se puede decir que su concepto constituye la regla; que todo el articulado de nuestro cuerpo normativo en materia contractual está referido a ellos; en tanto las normas particulares o de excepción están contempladas para los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

- *El contrato marco*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1111.- Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution.	

El artículo 1111 francés versa sobre el contrato marco, señalando que es aquél por el cual las partes convienen las características generales de sus futuras relaciones contractuales; y de los contratos que les son aplicables, precisando sus modalidades de ejecución.

Interesante incorporación legislativa, que no tiene correlato en la legislación civil peruana y que podría ser estudiada.

Los contratos marco revisten gran utilidad en las relaciones comerciales y, sin duda, representan un ahorro de tiempo y recursos en la contratación.

No obstante, su ausencia de regulación positiva en el Perú no significa que tal figura no pueda emplearse. De hecho, se utiliza y mucho.

- *Negociaciones contractuales*

Código Civil francés	Código Civil peruano
Art. *1112*.- *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.* *En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.*	Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Ya en lo que respecta a la sección I, relativa a la «Conclusión del Contrato», tenemos la subsección 1, referida a las «Negociaciones», cuyo artículo 1112 versa acerca de las negociaciones contractuales. Sus etapas son descritas en detalle por la norma francesa, subrayando que deben desarrollarse imperativamente de acuerdo a las exigencias de la buena fe.

El correlato peruano sería el artículo 1362, el mismo que impone —entre otros deberes— el de negociar de buena fe.

La norma francesa va más allá: establece las consecuencias de la culpa o el dolo cometido en las negociaciones, que derivaría en el deber de responder por la pérdida de las ventajas relativas al contrato no celebrado.

Interesante y difícil el contorno de esta posibilidad. Complicado el circunscribirse a estos parámetros y no ir más allá. Pero, coincido con la solución francesa; no obstante lo cual, en la práctica será difícil calcular esos daños y perjuicios circunscritos a un período temporal casi inexistente.

- *El deber de revelación en las negociaciones contractuales*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1112-1.- Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.* *Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.* *Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.* *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.* *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.*	

Por su parte, el artículo 1112-1 francés trata acerca del deber de todo futuro contratante de informar a la otra parte en las negociaciones, acerca de aquellas materias que son ignoradas por esta última, pero que debería conocer antes de contratar.

Sin duda, se trata del desarrollo de un aspecto importante de la buena fe en la negociación de los contratos, deber que no alcanza a la estimación del valor de la prestación; lo que es así, en la medida de que esto ya forma parte de un factor propio de los negocios, ajeno, por cierto, al tema de la lesión en los contratos.

Se subraya, además, que tienen un lugar muy importante las informaciones que se relacionan directa y necesariamente con el contenido del contrato o con la calidad de las partes.

Entendemos que dichas omisiones podrían configurar un vicio en la voluntad del contratante que ignore tales hechos, pudiendo generar la anulación del acto por dolo omisivo.

El citado artículo 1112-1 se encarga de establecer que estas disposiciones son de orden público.

La norma bajo comentario, si bien no tiene desarrollo legislativo en el Código peruano, puede decirse que se enmarca dentro del deber de negociación de buena fe, contemplado por el ya citado artículo 1362.

- *Deber de no revelar información confidencial en las negociaciones contractuales*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1112-2.- Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.	Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

De otro lado, resulta interesante lo que se estipula en el artículo 1112-2 francés, en el sentido de que aquél que utilice o divulgue sin

autorización una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones, es responsable conforme al derecho común; lo que equivale a decir que se trataría de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Comparto la fórmula francesa, en la medida de que al no haber contrato, el tema se soluciona con esta normativa y no con la contractual.

En otras palabras, el Code opta por tomar partido por la responsabilidad extracontractual en un supuesto en el cual por regla los códigos dejan la solución a la doctrina y a la jurisprudencia.

- *El consentimiento*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	**CÓDIGO CIVIL PERUANO**
Art. 1113.- Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.	Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

En lo que atañe a la subsección 2, relativa a la oferta y la aceptación, el artículo 1113 francés versa acerca de la formación del contrato por la unión de la oferta y la aceptación, subrayando que dicha formación puede producirse de manera expresa o tácita.

Este precepto encuentra correlato en el artículo 1362 del Código peruano.

- *Los requisitos de la oferta*

Código Civil francés	Código Civil peruano
*Art. 1114.- L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'*être lié en cas d'*acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.*	

El artículo 1114 francés regula los requisitos de la oferta, señalando que la misma debe reunir los elementos esenciales del contrato que se desea celebrar.

Se precisa que estos requisitos deben estar presentes, tanto para cuando se dirige la oferta a una persona determinada, la que vendría a ser una oferta recepticia propiamente dicha, como cuando ella se dirige a personas indeterminadas.

En este último caso, entiendo, el requisito de tener tales elementos esenciales se circunscribe a los supuestos en que no se trata de una invitación a ofrecer, pues ésta podría carecer de algunos de ellos, en la medida de que no busca lograr la aceptación del destinatario, sino que éste formule una oferta que tendrá como destinatario (y eventual aceptante) a quien formuló la invitación a ofrecer.

El propio artículo 1114 francés señala que si la oferta no reuniese los elementos esenciales del futuro contrato, ella solamente invitará a negociar, lo que no constituye necesariamente una invitación a ofrecer, pero abre el camino a la negociación y eventual celebración de un futuro contrato.

- *La retractación de la oferta*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1115.- Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.	Artículo 1382.- La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso. Artículo 1384.- La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación. Artículo 1385.- La oferta caduca: […] 3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

De otro lado, el artículo 1115 francés permite la retractación de la oferta, en tanto ella no hubiere llegado a su destinatario, precepto que encuentra correlato en lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1385 del Código peruano.

- *Casos en que no cabe la retractación de la oferta*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1116.- Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. *La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.* *Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.*	Artículo 1385.- La oferta caduca: 1. 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. 2. 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. […]

Por su parte, el artículo 1116 francés establece que la oferta no puede ser retractada antes de la expiración del plazo fijado por su autor o, en su defecto, transcurrido un plazo razonable.

Esta solución coincide con el primer supuesto de caducidad de la oferta contemplado por el inciso 1 del artículo 1385 del Código nacional, precepto que establece que la oferta caduca 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; además de lo señalado por el inciso 2 del propio artículo 1385, cuando establece que caduca si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no esté en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la res-

puesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.

- *Caducidad de la oferta*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1117.- L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. *Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur.*	Artículo 1385.- La oferta caduca: 1. 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. 2. 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. 3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

En lo que respecta al segundo párrafo del artículo 1117 francés, debemos decir que esta norma no coincide con la solución de su par peruano.

En Francia, la oferta caduca en caso de incapacidad o muerte de su autor. En el Perú ella mantiene plena vigencia y obliga a sus herederos. La oferta tiene, pues, autonomía por sobre la vida de su autor (artículo

1383 del Código nacional) y podría celebrarse el contrato en caso el destinatario de tal oferta haga llegar su aceptación a los herederos del oferente.

Me inclino por la solución peruana, la misma que me parece guarda mayor sintonía con la naturaleza de la oferta; esto, claro está, a menos que ella tuviera por objeto la futura celebración de un contrato que conlleva la ejecución de prestaciones *intuitu personae* para el oferente, caso en el cual será indudable que ella caducará con la muerte de este último.

- *La aceptación*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
*Art. 1118.- L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'*être lié dans les termes de l'*offre.* *Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.* *L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.*	Artículo 1375.- La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él. Artículo 1376.- La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta. Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

El artículo 1118 francés establece que la aceptación es la manifestación de voluntad de su autor, de estar vinculado en los términos de la oferta.

Esta norma contempla también la posibilidad de retractarse de la aceptación, en tanto tal retractación llegue a destino antes que la aceptación.

El correlato peruano de la primera parte del 1118, sería el artículo 1375.

Pero, el precepto francés prosigue, señalando que la aceptación no conforme a la oferta carece de efectos, salvo para constituir una nueva oferta; solución que el Código nacional brinda de manera más pormenorizada, cuando detalla en su artículo 1376, que la aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta; haciendo la precisión de que; sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal de que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

- *Cláusulas generales de contratación*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	**CÓDIGO CIVIL PERUANO**
*Art. 1119.- Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'*égard de l'*autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.* *En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.* *En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières.*	Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos. Artículo 1397.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

	Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad. Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. Artículo 1399.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

De otro lado, el artículo 1119 francés está referido a las condiciones generales, las cuales sólo tendrían efecto con respecto al contratante que no las ha redactado, si han sido puestas en conocimiento de este último y si él las ha aceptado.

El régimen peruano al respecto es más complejo.

El Código nacional, después de definir a las cláusulas generales de contratación en su artículo 1392, procede a distinguirlas entre aquéllas que no han sido aprobadas administrativamente (artículo 1397), caso en el cual se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria; presumiéndose su conocimiento cuando hubiesen sido expuestas al público mediante adecuada publicidad.

Si ellas no hubiesen sido aprobadas administrativamente (artículo 1398) no resulta aplicable ese régimen. Tampoco lo es para los contratos celebrados por adhesión.

El propio artículo 1398 del Código nacional prohíbe las cláusulas vejatorias; en tanto el artículo siguiente (1399) establece que carecen de eficacia las cláusulas generales no aprobadas administrativamente que sean contrarias a las normas establecidas en la ley para el correspondiente contrato.

- *El silencio*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	**CÓDIGO CIVIL PERUANO**
Art. 1120.- Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.	Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Interesante el tratamiento francés del silencio. En el artículo 1120 se establece que éste no implica aceptación, a menos que lo contrario resulte de la ley, de los usos, de las relaciones comerciales o de circunstancias particulares.

No cabe duda de que los casos en que la ley francesa otorga valor al silencio, son mayores que los de la ley peruana, la que establece la mis-

ma regla de no concederle valor, pero sólo contempla dos excepciones: la ley y el convenio.

Me da la impresión de que el precepto francés, al contemplar esas tres excepciones adicionales (me refiero a los usos, a las relaciones comerciales y a las circunstancias particulares), crea algunos supuestos de estimable ambigüedad, los mismos que serán difíciles de imaginar, a menos que nos encontremos ante hipótesis de ejecución concluyente o aceptación tácita (la misma que es distinta al silencio).

Nótese, además, que la norma francesa omite el otro supuesto en el cual el silencio, por excelencia, tiene valor, que es el convenio de partes.

- *La tesis de la recepción*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
*Art. 1121.- Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'*être au lieu où l'*acceptation est parvenue.*	Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Artículo 1374.- Conocimiento y contratación entre ausentes 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. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Es bueno saber que la reforma francesa del 2016 recoge en su artículo 1121 la tesis en el sentido de que el contrato se celebra con la recepción de la aceptación. El Código peruano de 1984 contempla en sus artículos 1373 y 1374, la tesis de la recepción con presunción de cognición, un peldaño más allá en la seguridad de las relaciones entre los contratantes, haciendo la precisión de que se presume que se conoce cuando se recibe la aceptación, salvo prueba de haberse encontrado en la imposibilidad de conocerla, sin que medie negligencia del destinatario de la declaración.

- *Plazos de reflexión*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1122.- La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'*expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.*	

Tenemos también el artículo 1122 francés, el mismo que contempla la posibilidad de que la ley o el contrato, establezca los plazos de reflexión antes de la expiración de los plazos previstos para la celebración de los contratos.

Estimamos que tales períodos especiales no deberían entorpecer los plazos pactados, si fuese el caso. En otras palabras, si hay plazo fijado para aceptar, la reflexión debería hacerse dentro de ese plazo.

Sólo si no hubiere tal plazo, será concebible que el mismo se adicione. Será el supuesto en el cual la oferta no contuvo plazo y —estando o no las partes en comunicación directa— se tiene que responder de inmediato. En estos supuestos, si bien el Código Civil del Perú no contempla

de manera expresa el plazo de reflexión, la doctrina nacional coincide en que tal plazo implícito de reflexión deberá adicionarse a la respuesta inmediata.

- *El pacto de preferencia*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1123.- Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. *Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.* *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.* *L'*écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.	Artículo 1582.- Puede integrar la compraventa cualquier pacto lícito, con excepción de los siguientes, que son nulos: […] 2. El pacto de preferencia, en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo.

La reforma francesa del 2016 aborda el denominado pacto de preferencia, para los contratos en general, estimándolo válido (artículo 1123).

En el Perú nada se dice sobre él en la parte general de Contratos, lo que significa que sí está permitido.

Sólo se le prohíbe de manera expresa para el caso del contrato de compraventa (artículo 1582, inciso 2).

La norma francesa regula también las consecuencias de la violación del referido pacto de preferencia, caso en el cual el contratante perjudicado puede reclamar la respectiva indemnización.

Si bien esto resulta de evidencia, es interesante que se señale que cuando el tercero conociera la existencia del pacto y la intención del beneficiario de valerse de él, este último puede igualmente accionar en nulidad o demandar ante el juez el sustituir al tercero en el contrato celebrado.

Se trata de una solución interesante, tanto como sanción al tercero que de mala fe contribuye a violar el pacto de preferencia de otros, como para hacer prevalecer los derechos del beneficiario de la preferencia, en una especie de retracto.

El precepto francés concluye con dos párrafos a través de los cuales se le permite al tercero interesado, indagar formalmente acerca de la existencia de un pacto de preferencia y se elimina la posibilidad de que el beneficiario del pacto pueda accionar por retracto en caso guarde silencio ante el requerimiento del tercero.

- *La promesa unilateral*

Código Civil francés	Código Civil peruano
Art. 1124.- La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.*	Artículo 1956.- Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa. Artículo 1960.- Cualquiera que se encuentre en la situación prevista en la promesa o haya ejecutado el acto contemplado en ella, puede exigir la prestación ofrecida. Si varias personas tuvieran derecho a dicha prestación, ésta corresponde a aquélla que primero dé noticia al promitente de encontrarse en la situación o haber ejecutado el acto. Artículo 1963.- Toda promesa al público puede ser revocada por el promitente en cualquier momento. Empero, si fuese con plazo de validez determinado, sólo por justo motivo podrá ser revocada por el promitente dentro del indicado plazo, con cargo de indemnizar los daños y perjuicios que la revocación ha causado a quienes justificadamente depositaron su confianza en la vigencia de la promesa.

	Artículo 1964.- La revocación de que trata el artículo 1963 no tiene validez en los siguientes casos: 1. Si no se ha hecho pública en la misma forma de la promesa o en forma equivalente. 2. Si ya se hubiera verificado la situación prevista en la promesa o se hubiera ejecutado el acto contemplado en ella. Artículo 1419.- Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no. Artículo 1420.- Es válido el pacto en virtud del cual el contrato de opción recíproca puede ser ejercitado indistintamente por cualquiera de las partes. Artículo 1421.- Es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo. Artículo 1422.- El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo.

	Artículo 1423.- Plazo del Contrato de Opción El plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año. Artículo 1424.- Al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente. Artículo 1425.- Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

Ahora ingresamos a la subsección 3.

Bajo el nombre de «promesa unilateral», la reforma francesa del 2016 regula el contrato por el cual una parte, el promitente, concede a la otra, el beneficiario, el derecho de optar por la celebración de un contrato, cuyos elementos esenciales están determinados y para cuya formación sólo falta el consentimiento del beneficiario.

El nombre de esta figura coincide con la de la promesa unilateral regulada por el artículo 1956 del Código peruano; con una notable diferencia, pues en el caso francés se trata de una promesa nacida de un contrato para la celebración de un contrato definitivo, a modo de contrato preparatorio de opción, mientras que la promesa unilateral del Código peruano nace única y exclusivamente de la voluntad unilateral del promitente; y ella no se encamina ni persigue la celebración de un contrato; sino el cumplimiento del contenido de dicha promesa, en tan-

to el mismo sea exigido por cualquiera que se encuentre en la situación prevista en la promesa o haya ejecutado el acto contemplado en ella (argumento de artículo 1960).

Para que el destinatario sea acreedor de tal prestación, se necesita su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa (artículo 1956); no obstante lo cual la promesa unilateral no tiene en el Perú naturaleza contractual. Su validez se basa en la voluntad unilateral, en tanto que para su eficacia sí requiere del asentimiento del eventual beneficiario de la misma.

- *El contrato celebrado por medios electrónicos*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	**CÓDIGO CIVIL PERUANO**
Art. 1125.- La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services.	Artículo 141-A.- Formalidad En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

La subsección 4 del Código francés, reformado, regula las disposiciones propias del contrato celebrado por vía electrónica.

En el artículo 1125 se permite expresamente la contratación por estos medios.

Esta nueva manera de contratar fue incorporada en el año 2000 en el Código peruano, a través del artículo 141-A.

En lo personal, no soy partidario de que los códigos civiles incorporen estos medios para contratar.

Digo esto, en la medida de que estimo que un cuerpo normativo con vocación de permanencia no debería regular los vehículos empleados para la contratación, en la medida de que, se emplee el medio que se emplee para contratar, lo importante serán los principios teóricos que la rijan y no los medios que se utilicen para tales efectos.

- *Aceptación previa del uso del medio electrónico*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1126.- Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.	

En esa línea, el artículo 1126 señala que se puede emplear la transmisión de datos por medios electrónicos, siempre y cuando el destinatario de las comunicaciones hubiere aceptado el uso de este medio.

Disentimos del sentido amplio de esta norma, dado que esa autorización previa sólo debería estar restringida para declaraciones de voluntad que no sean la primera de aquéllas que se remiten las partes.

Decimos esto, pues la primera de tales declaraciones puede haber sido remitida a un e-mail no autorizado, pero si ella es respondida desde esa dirección electrónica, con el ánimo de proseguir las tratativas, es

obvio que tal dirección ya fue habilitada por quien contestó desde ahí, sea aceptando una oferta (con lo que el contrato ya se habría celebrado) o prosiguiendo con las tratativas precontractuales.

- *Las informaciones dirigidas a un profesional*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1127.- Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. *Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.*	

El artículo siguiente (el 1127) señala que las informaciones destinadas a un profesional pueden serle dirigidas por correo electrónico desde que él haya comunicado su dirección electrónica.

La idea nos parece lógica, pero tal vez sea innecesaria su regulación legislativa. Es obvio que si no hubiese tal autorización previa, no cabría enviar dicha documentación.

- *Oferta de bienes o servicios por un profesional*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1127-1.- Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. *L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.* *L'offre énonce en outre:* *1 Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique;* *2 Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'*éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger; *3 Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française;* *4 Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé;* *5 Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.*	

Por su parte, el artículo 1127-1 francés establece que quien propone a título profesional, por vía electrónica el suministro de bienes o la prestación de servicios, pone a disposición las estipulaciones contractuales aplicables de una manera que permita su conservación y su reproducción.

Esta norma es interesante, en la medida de que si la oferta de tales bienes y servicios se realiza por medios electrónicos, guarda plena lógica el que por esa misma vía se establezcan las condiciones de la oferta.

En ese sentido, el artículo agrega que el autor de una oferta permanece obligado por ella, mientras ella sea accesible por vía electrónica, por acción suya.

Agrega el artículo 1127-1 diversos aspectos que debe anunciar esa oferta, como es el caso de las diferentes etapas a seguir para celebrar el contrato por vía electrónica, lo que representa una ayuda para quienes desean entablar esas relaciones contractuales.

Además, se menciona a los medios técnicos que permitan al destinatario de la oferta, antes de la celebración del contrato, el identificar eventuales errores cometidos en el ingreso de datos y el corregirlos.

Así también, se señala que las lenguas propuestas para la celebración del contrato, dentro de las cuales debe figurar la lengua francesa.

Se indica, asimismo, que llegado el caso, se deben establecer las modalidades de archivo del contrato por el autor de la oferta y las condiciones de acceso al contrato archivado.

Finalmente, deben señalarse los medios para consultar por vía electrónica las reglas profesionales y comerciales a las cuales el autor de la oferta entiende, llegado el caso, someterse.

Como sabemos, no existe en la legislación civil peruana un correlato normativo del artículo 1127-1, francés, en tanto la contratación electrónica sólo ha sido regulada tangencialmente por una pequeña modificación legislativa ocurrida el año 2000, como fue expuesto en su oportunidad.

- *Verificación del detalle del pedido*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
*Art. 1127-2.- Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'*éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive. *L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée.* *La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.*	

De otro lado, el artículo 1127-2 de la reforma francesa del 2016 establece que el contrato no es válidamente celebrado, a menos que el destinatario de la oferta haya tenido la posibilidad de verificar el detalle de su pedido u orden y su precio total, y de corregir eventuales errores antes de confirmarla para expresar su aceptación definitiva.

Agrega el precepto que el autor de la oferta debe acusar recibo sin demora injustificada, por vía electrónica, del pedido que le ha sido remitido.

Se señala también que el pedido, la confirmación de la aceptación de la oferta y el acuse de recibo son considerados como recibidos cuando las partes a las cuales están remitidos, pueden haber tenido acceso.

El artículo 1127-2 tampoco posee correlato en la legislación civil peruana.

- *Excepciones*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
Art. 1127-3.- Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1127-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1127-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques. *Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 1° à 5° de l'article 1127-1 et de l'article 1127-2 dans les contrats conclus entre professionnels.*	

La reforma francesa del 2016 prosigue con el artículo 1127-3, norma que establece que se hace excepción de las obligaciones establecidas en los numerales 1 al 5 del artículo 1127-1 y en los dos primeros parágrafos del artículo 1127-2, para los contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios que son celebrados exclusivamente por intercambio de correos electrónicos.

Agrega el precepto que se puede, además, pactar en contrario de las disposiciones de los numerales 1 al 5 del artículo 1127-1 y del artículo 1127-2 en los contratos celebrados entre profesionales.

El artículo 1127-3 tampoco halla correlato en el Código Civil peruano de 1984.

- *Carta simple dirigida a celebrar o ejecutar un contrato*

Código Civil francés	Código Civil peruano
Art. 1127-4.- Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique. *L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'*à preuve contraire, lorsqu*'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat.*	

Por su parte, el artículo 1127-4 de la reforma francesa del 2016, establece que una carta simple relativa a la celebración o a la ejecución de un contrato puede ser enviada por correo electrónico.

La colocación de la fecha de expedición resulta de un proceso electrónico cuya fiabilidad se presume, salvo prueba en contrario, cuando ello satisfaga las exigencias establecidas por decreto en el Consejo de Estado.

Este precepto tampoco tiene correlato en el Código nacional.

- *Carta certificada dirigida a celebrar o ejecutar un contrato*

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	CÓDIGO CIVIL PERUANO
*Art. 1127-5.- Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'*établir si la lettre a été remise ou non au destinataire. *Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'*échanges antérieurs. *Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'*à preuve contraire, s*'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat.* *Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.* *Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.*	

El artículo 1127-5 de la reforma francesa del 2016 señala que una carta certificada relativa a la celebración o a la ejecución de un contrato,

puede ser enviada por correo electrónico, a condición de que este correo sea examinado por un tercero, según un procedimiento que permita identificar al tercero, de designar al remitente, de garantizar la identidad del destinatario y de establecer si la carta ha sido remitida o no al destinatario.

Se señala también que el contenido de esta carta, a elección de quien la expide, puede ser impreso por el tercero sobre papel para ser distribuida al destinatario o puede ser remitida a este último por vía electrónica. En este último caso, si el destinatario no es un profesional, él debe haber solicitado el envío por este medio o haber aceptado el uso en el curso de intercambios anteriores.

Se indica también que cuando el señalamiento de la fecha de expedición o de recepción resulte de un proceso electrónico, la fiabilidad de este último se presume, salvo prueba en contrario, si ello satisface las exigencias fijadas por un decreto del Consejo de Estado.

La norma francesa concluye señalando que un aviso de recepción puede ser dirigido al remitente por vía electrónica o por cualquier otro dispositivo que le permita conservarlo.

El artículo 1127-5 francés, tampoco tiene correlato en el Código Civil peruano de 1984.

- *Acuse de recibo*

Código Civil francés	**Código Civil peruano**
Art. 1127-6.- Hors les cas prévus aux articles 1125 et 1126, la remise d'un écrit électronique est effective lorsque le destinataire, après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception.	

*Si une disposition prévoit que l'*écrit doit être lu au destinataire, la remise d*'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture.*	

La última de las normas relativas a la celebración de los contratos, que comprende la reforma francesa del 2016, es el artículo 1127-6, el mismo que establece que fuera de los casos previstos en los artículos 1125 y 1126, la remisión de un escrito electrónico es efectiva cuando el destinatario, después de haber podido tomar conocimiento del mismo, ha acusado recibo.

Agrega el precepto que si una disposición prevé que el escrito debe ser leído al destinatario, resulta necesario leer la remisión de un escrito electrónico al interesado en las condiciones previstas conforme a lo dispuesto en el primer párrafo.

Este precepto tampoco tiene norma correspondiente en el Código peruano.

Como vemos, los artículos de la Reforma francesa, del 1127 al 1127-6, son normas de carácter procedimental en materia de contratación electrónica, las mismas que no tienen correlato en el articulado del Código Civil peruano de 1984.

Ruego a ustedes disculpar la extensión de mis palabras, pero he querido hacer esta exposición comparativa entre los dos Códigos, como un primer acercamiento sobre el particular.

Muchas gracias.

La reforma del Código Civil y un homenaje al profesor Luis Moisset de Espanés*

Muy buenas noches. Esta vez me dirijo a ustedes a través del video, ya que, lamentablemente y, muy a mi pesar, no he podido asistir en persona al Congreso que se está realizando en la ciudad de Piura, a la que tantas veces he ido y con tanto cariño siempre me ha acogido.

Este Décimo Tercer Congreso de Derecho Civil, organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil, que preside el doctor Roger Vidal Ramos, un gran amigo mío y una de las personas con mayor empuje dentro del derecho civil de nuestros tiempos, es un evento muy importante, que se repite todos los años, y que congrega a una serie de expositores de primer nivel dentro del derecho nacional, y también invitados extranjeros muy prestigiosos, como aquéllos que nos acompañan en esta ocasión.

Pero, valga el comienzo de estas palabras para rendir homenaje, como lo hace el décimo tercer congreso, a alguien a quien todos queríamos de manera muy entrañable. Me refiero al profesor, doctor Luis Moisset de Espanés.

Luis Moisset de Espanés, cordobés, argentino de nacimiento, pero peruano también por afectos, no sólo de él sino de quienes lo conocimos en el Perú, era, prácticamente, un peruano por adopción, si cabe el término.

---

* Discurso pronunciado vía teleconferencia en el marco del Décimo Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil, en la Universidad César Vallejo de la ciudad de Piura, el sábado 24 de junio de 2017.

Nadie ha recorrido el Perú, sus colegios de abogados, sus universidades, su territorio en general, ningún profesor extranjero, como lo hizo Luis Moisset. Era un visitante asiduo de nuestro país; él venía tres o cuatro veces al año, invitado por universidades, colegios de abogados, Registros Públicos, colegios de notarios; en fin, una serie de instituciones, todas ellas vinculadas al derecho, para siempre prodigarnos sus enseñanzas, su palabra, siempre enterada e informada; su criterio ponderado en materia jurídica, y su percepción de las cosas, desde una visión muy certera, como siempre la tuvo el profesor Luis Moisset de Espanés.

Este año, hace algunos meses, él partió hacia el seno del Señor, y nos ha dejado un vacío muy profundo.

El derecho civil de Hispanoamérica ha perdido mucho con la partida de Moisset, quien, obviamente, ha dejado una muy importante obra escrita, pero era un incansable caminante por todos los países de este Continente y por España, en donde no dejaba de transmitir esas valiosas enseñanzas, ese cariño que tenía por el derecho e irradiar sus conocimientos.

De tal manera que, desde esta tribuna, y como amigo personal de don Luis Moisset de Espanés, quiero rendir un sentido homenaje a quien fue asistente permanente a estos congresos organizados por el Instituto Peruano de Derecho Civil, y entusiasta promotor de los mismos.

De tal manera que con la juventud presente en este evento, con los jóvenes estudiantes de derecho, con los jóvenes abogados, quiero aunarme a ellos y rendir un homenaje al maestro don Luis Moisset de Espanés, quien siempre estará entre nosotros, y a su recuerdo, como se hace en este Congreso que le rinde homenaje en el año 2017.

Se me ha pedido que haga uso de la palabra por un breve lapso, refiriéndome a un tema de actualidad y voy a hacer alusión a la reforma del Código Civil.

Como ustedes saben, el año pasado, el Ministerio de Justicia nombró una comisión de profesores destinada a reformar el Código Civil; a actualizarlo. Voy a dar mi punto de vista sobre el particular.

En primer lugar, quienes son jóvenes deben saber —y éste es un tema que de repente les caerá de sorpresa—, que ésta no es una historia nueva; ésta no es una historia que tenga algunos meses de antigüedad; se trata de una historia muy antigua.

La historia de la reforma del Código Civil peruano se inicia en 1989; es decir, cuando el Código todavía no había cumplido cinco años. Allí se organizó en Lima un congreso importantísimo de derecho civil, al cual fueron invitados muchos profesores nacionales y extranjeros, y en donde se advirtió por primera vez en un congreso de esta importancia, que el Código de 1984, que cumplía cinco años, tenía una serie de defectos.

La primera reacción de varios de los redactores del Código, varios de los profesores que conformaron la Comisión Reformadora del Código de 1936, es decir, de aquélla que elaboró el proyecto de Código de 1984, fue la de tratar de fomentar una reforma del Código para actualizar aquellas normas sobre las cuales se había detectado imperfecciones.

Primer gran error.

Yo, en esos tiempos, acababa de terminar mis estudios de derecho, que los concluí en 1988 en la Pontificia Universidad Católica del Perú (ya me gustaba el derecho civil y había hecho mi tesis sobre derecho civil), asistía sorprendido a un primer intento de reforma del Código, cuando recién cumplía cinco años.

O sea, no puede ser que se intente modificar el Código cuando recién cumple cinco años; y además, por varios de quienes recién habían hecho el Código Civil. Y es que lo que se entendía era que el Código de-

bía ser algo así como un cuerpo legal más o menos perfecto. Es decir, si se detectara alguna imperfección en las normas del Código, ésta debería corregirse de inmediato para que el Código no perdiera esa perfección que siempre, teóricamente, debió tener.

Ése es un gran error, porque todo Código tiene errores; tiene defectos en su normativa.

Si nosotros tomamos como modelo cualquier cuerpo normativo en materia civil de la tradición jurídica romano-germánica, y lo sometemos a un análisis riguroso, en cuanto a los errores que pueden contener en materia de forma o de fondo, algunas normas de estos cuerpos legales, vamos a llegar —de seguro— a la conclusión de que todos estos cuerpos legales son defectuosos.

Todos: el italiano, el alemán, el francés, con la reforma del año pasado; el español, el nuevo código argentino de hace dos años. Todos los códigos civiles, antiguos o modernos, tienen defectos.

Entonces, ¿el hecho de que un código tenga defectos implica la necesidad de reformarlo? Yo creo que no, y luego voy a explicar cuál es mi tesis.

Pero, les sigo contando. En 1992, a los pocos años de este primer intento de reforma, se formaron unas comisiones de carácter extraoficial, para tratar de estudiar los diversos libros del Código, y proponer reformas al Congreso de la República a través de una Ley de Enmiendas que pudiera modificar alrededor de medio centenar de artículos.

Como ustedes comprenderán, si se convocó a algunas decenas de profesores para realizar este trabajo, estos profesores, trabajando en los diferentes libros que tiene el Código, no iban a dar como resultado un proyecto de modificación de treinta o cuarenta artículos. No. El tema se desbocaba de una manera impresionante, y ya lo que se quería, lo que

se avizoraba modificar era, sin duda, algunos cientos de normas, lo que representaba un absurdo, sobre todo, cuando el Código tenía ocho años de vigencia.

Cuando el Código cumple diez años, en 1994, se nombra la primera comisión oficial para reformarlo.

Yo siempre dije: magnífica forma de rendir homenaje a alguien, en este caso, al Código Civil, conformando una comisión para modificarlo totalmente o para derogarlo.

Es interesantísimo. En el Perú somos campeones en esto.

Y esa comisión también tuvo por objeto estudiar una reforma del Código Civil a los diez años, y proceder a su modificación.

A esta comisión le sucedieron una serie de comisiones en los años siguientes, que hicieron trabajos tendientes a la modificación del Código.

A raíz de los trabajos de estas comisiones, me permití escribir sobre ellos y publicar algunos libros. Por ejemplo, un libro que se tituló hace algunos años, *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso*. Otro libro, referido a *Por qué no se debe reformar el Código Civil*; y un libro puntual acerca de *La teoría de los actos propios*, tema que se quería incluir en el Código, pero de manera muy defectuosa, comprendiendo la nulidad.

Todo esto, además de artículos que he publicado en revistas, e incluso de un debate que tuve en un canal de televisión, con quien en ese entonces era presidente de la comisión encargada de estudiar la reforma del Código Civil.

Mi posición desde 1989, cuando empecé a escuchar acerca del tema de la reforma, es exactamente la misma que la del día de hoy.

Creo que el proceso de reformar el Código Civil es el peor camino que se puede emprender en el Perú.

Ustedes dirán, bueno, pero el Código ya no tiene cinco años. El Código en noviembre del 2017 va a cumplir treintitrés años.

Sí, pero voy a explicar cuáles son las razones. En principio, la edad de un cuerpo normativo no significa que ese Código sea vetusto u obsoleto.

Puede haber una ley muy nueva que tenga dos o tres años, y que haya sido mal hecha, y que, por lo tanto, su obsolescencia o su prematura vejez se produzca en un lapso tan corto como ése.

Pero, el Código Civil es un código bien hecho. Tiene una excelente factura en la mayoría de sus libros, de tal manera que, incluso (y eso lo he podido comprobar a través de una serie de investigaciones con respecto a derecho comparado), mantiene una actualidad que cuerpos normativos más recientes no la tienen, con respecto a numerosas materias.

En ese sentido, la pregunta que habría que formularse sería, ¿cuál es la razón que ha motivado que cada cierto tiempo las autoridades en el Perú, especialmente el Ministerio de Justicia, con los ministros de turno, decidan nombrar comisiones para reformar el Código Civil?

Debo decir que todas las comisiones anteriores fracasaron en su propósito.

¿Por qué se nombran comisiones para reformar el Código Civil?

¿El Ministerio de Justicia siempre ha tenido la preocupación de la vigencia del Código Civil y de su actualización? ¿Forma parte de las prioridades fundamentales del Ministro de Justicia de turno, el decir: «ah, vamos a reformar el Código Civil», o es que forma parte de las preocupaciones fundamentales del ministro de turno, el ver el día o día del desarrollo del

Poder Ejecutivo, de la asesoría directa del Presidente de la República, o los problemas propios de las funciones del Ministerio?

Yo creo que la reforma del Código Civil no es prioridad de ningún ministro. Es prioridad de algunos profesores de derecho que siempre han tratado de que el Ministerio forme estas comisiones, precisamente, para poder volcar en norma legal, aquello que se tiene como mejor doctrina.

Es aquello que denominé como *Tentaciones académicas,* cuando escribí allá en el año 1998, el libro *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*.

Y es que con el paso de los años, he constatado que todos los intentos de reforma del Código Civil de 1984, han obedecido, fundamentalmente, a las tentaciones académicas de varios profesores de derecho que quieren volcar en ley, como decía hace un momento, todo aquello que creen como mejor doctrina.

Pero, no necesariamente, esa voluntad de volcar en ley aquello que se cree como mejor doctrina, tiene un correlato práctico, en el sentido de que la sociedad y el medio jurídico en su conjunto, estimen necesaria la reforma del Código Civil.

Yo no creo eso. Creo que el medio jurídico no está inconforme con el Código Civil que tiene.

Por el contrario, es un Código que se amolda a las necesidades del Perú; y, por lo demás, hay un vicio muy importante en todos estos procesos de reforma.

Y es que muchas veces en Lima se cree que desde ahí se puede dirigir todos los destinos en materia jurídica, sin ningún problema y sin ninguna necesidad de consultar si en el resto del país, existe o no el mismo parecer.

Yo me preguntaría, estimados amigos, si es que aquí, en Piura, por ejemplo, hay un movimiento jurídico notable, apreciable, de querer que se reforme el Código en un determinado sentido.

Estoy seguro de que no lo hay, como no lo hay en Trujillo; como no lo hay en Arequipa; como no lo hay en Huancayo; como no lo hay en Iquitos; en Tacna, etc.

O sea, el día que yo vea a los abogados en la calle, protestando para que modifiquen el Código Civil, diré: «¡Ah, sí, claro. Se requiere la modificatoria del Código Civil!».

El día que abogados en ejercicio escriban artículos diciendo: «este Código, por fin, tiene que ser derogado». Ese día creeré en la reforma del Código Civil. Pero, mientras escuche a los mismos profesores de siempre, señalar que el Código tiene que ser modificado y sin ninguna línea matriz previa, no creeré en la reforma del Código Civil.

Y éste es otro punto importante.

Cada vez que se ha iniciado un proceso de reforma del Código Civil en el Perú, el Ministerio de Justicia no ha dado la pauta del sentido en que el mismo se tendría que reformar.

La prueba es que, luego de que se nombra cualquiera de las comisiones de esta larga historia de comisiones, la gente se pregunta, qué reformarán en el Código o qué se requerirá reformar.

Claro, cuando ésa debería ser la pregunta previa al nombramiento de cualquier comisión. Porque nombrar una Comisión, sin saber qué es lo que se quiere reformar es, precisamente, como disparar un tiro al aire.

Para qué vamos a nombrar una Comisión, si no sabemos si se tiene algo que reformar y en qué sentido reformarlo.

Ése es un gran peligro que ha corrido en el Perú durante todo este tiempo con la serie de Comisiones nombradas para reformar el Código Civil.

Fíjense ustedes. Las normas legales no son una obra de arte, pero si lo fueran, incluso las obras de arte no son perfectas. Las obras de arte se aprecian por el arte que hay en ellas.

Los artículos de los códigos, no siendo obras de arte, se aprecian por su utilidad en la sociedad.

Una norma es útil o no. Sí es útil, es útil; a pesar de sus eventuales defectos.

Si todo el mundo entiende el sentido de la norma, pero su redacción es, más o menos, defectuosa, ¡qué importa!

Como decía el ilustre profesor argentino, Luis María Boffi Boggero, cuando hay una norma de redacción defectuosa, pero cuyo contenido es conocido por todos, es mejor dejarla así que modificarla, porque con la modificación se corre el riesgo de crear confusión en la población y en las personas que utilizan el Código Civil.

Eso no importa para mucha gente. La idea es tener normas útiles, no técnicamente, perfectas. Y éste es un punto fundamental. No existen las normas perfectas.

Ya estamos en otras épocas de aquéllas en las cuales los códigos civiles o las reformas de los códigos civiles podían deslumbrar al medio jurídico o podían deslumbrar a la población que deseaba un nuevo Código. Eso ya pasó a la historia.

Hoy estamos en un mundo de comunicación inmediata; de telecomunicaciones; en un mundo que me permite tener contacto con ustedes como lo estoy teniendo, a través de una videoconferencia.

Cuando yo era estudiante de derecho, en los años ochenta, en Lima, y estudiaba el Código Civil que recién se había promulgado y entrado en vigencia, y uno descubría un error como estudiante de derecho en el Código, ¿qué tenía que hacer uno para que el resto de la sociedad, el resto del mundo jurídico supiera de nuestra opinión acerca del error advertido?

¿Saben qué teníamos que hacer?

Escribir un artículo, probablemente, a máquina mecánica —o en el mejor de los casos, eléctrica—, porque las computadoras y los procesadores de textos recién ingresaban al mercado; escribir un artículo, enviarlo a la única revista de estudiantes de derecho que había en ese tiempo (porque había otras revistas, pero que no daban cabida a estudiantes, sino sólo a abogados y profesores); y esperar a ver si era evaluado, procesado por el comité editor, y si se aceptaba su futura publicación.

Y, con suerte, en un año, en el número siguiente de la revista, salía nuestro comentario en tres o cuatro páginas.

Aunque para los mayores resulte obvio, debo recordar, para los jóvenes, que en esos tiempos tampoco existía el Internet.

Eso era lo que teníamos que hacer hace treinta años para poder publicar una opinión sobre un artículo del Código que fuera defectuoso.

¿Ustedes saben con qué rapidez se comentaría un proceso de reforma del Código o una reforma del Código que tuviera normas defectuosas en el año 2017 o en el año 2018?

En segundos. A través de las redes sociales, a través de los medios de comunicación que nos unen hoy en día. Esa reforma del Código no duraría dos días. ¿Por qué?

Porque el medio jurídico interrelacionado como está, podría comentarla, prácticamente, en línea.

¿Qué deslumbramiento habría, si ya los códigos nuevos no causan ningún deslumbramiento en sus respectivos medios jurídicos?

Y acá hay que tener mucho cuidado. Y es que no causan ningún deslumbramiento porque qué cosa nueva se va a poner en blanco y negro; qué cosa nueva se va a poner en un Código Civil; ¿me voy a deslumbrar porque el Código Civil, en lugar de adoptar en una norma, una teoría objetiva, va a adoptar una teoría subjetiva o viceversa?

¿Eso va a causar deslumbramiento en el medio jurídico?

Yo creo que no. Nadie se va a entusiasmar por eso. Por esta razón y por muchas otras, creo que cuando nos hablan del proceso de reforma del Código Civil, antes de hablar sobre qué cosa se tiene que reformar, yo planteo una pregunta, con todo derecho, como abogado y como profesor universitario; y es la siguiente: ¿era necesario iniciar este proceso de reforma?

Empecemos a discutir desde allí.

No empecemos a discutir sobre hechos consumados, porque eso no es democrático. No empecemos a discutir diciendo que ya se nombró la Comisión y ahora ¿qué hay que reformar en el Código? No, ¿por qué?

¿Por qué vamos a entrar a ese juego?

Yo tengo todo el derecho de decir: no, señor, el camino que se emprende es el camino equivocado. El peor camino. ¿Por qué? Porque cuando se nombra una comisión es el camino directo a las tentaciones académicas de los profesores de derecho y a la proliferación de inútiles normas modificatorias.

No sería raro que una propuesta modificatoria del Código Civil, incluya doscientos, trescientos o cuatrocientos artículos. Cuando a lo largo de toda la historia del Código Civil, lo que se ha reformado de él, a través de una serie de normas puntuales, es un poco más del 10%.

¿Qué planteo?

Yo no sostengo el inmovilismo de las normas. Yo lo que sostengo es que cuando haya una necesidad puntual de reformar uno o varios artículos del Código Civil, porque represente una necesidad social en un determinado momento, pues se elabore un proyecto de ley en el Congreso, se discuta, se apruebe, como se han aprobado muchas modificaciones del Código Civil que hoy están en vigencia; y, por lo tanto, se reforme ese aspecto puntual.

Pero, de ninguna manera, se abra una puerta dando la posibilidad de que a través de ella se haga una modificación integral del Código que nadie ha pedido, y que ni el Código ni el país necesitan.

En ese sentido, he querido transmitir a ustedes, queridos amigos de Piura, y a los amigos que vienen de todo el Perú a este Congreso de Derecho Civil, estas ideas que las vengo pensando y divulgando desde 1989, hace veintiocho años, y en las que me mantengo de manera invariable desde ese momento; y quisiera que ustedes reflexionen acerca de ellas.

Agradezco, una vez más, infinitamente, a los organizadores el haberme vuelto a invitar. Les reitero mis disculpas, pues por razones personales y profesionales no he podido viajar a Piura en esta oportunidad, pero estoy con ustedes con todo mi cariño, y ya nos veremos en una próxima ocasión.

Muchísimas gracias, amigos.

Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge

1. Historia y antecedentes de este artículo

Hace pocos días recibí la llamada telefónica de un ilustre hombre de derecho, ya retirado de la profesión por voluntad propia, quien de seguro es uno de los abogados que más éxito profesional tuvo en los tribunales civiles del Perú en la segunda mitad del siglo xx y principios del xxi. Yo no lo conocía, ya que en los años en que estudié en la Pontificia Universidad Católica del Perú, él, precisamente, se ausentó de la cátedra por algunos semestres.

Resulta que había leído un trabajo escrito por mí en el año 2013, a raíz de la promulgación de la Ley n.° 30007,[1] publicada el 17 de abril de ese año, a través de la cual se estableció la modificación de una serie de artículos del Código Civil, que introducían como reforma, fundamentalmente, la condición de heredero forzoso para el integrante supérstite de la unión de hecho.

Conversamos alrededor de cuarenta minutos y me transmitió una serie de preocupaciones de mucha relevancia sobre la materia acerca de la cual versa este artículo, manifestándome que confiaba en que las procesaría adecuadamente. Le prometí que escribiría un artículo al respecto.

---

[1] Castillo Freyre, Mario. «La sucesión en las uniones de hecho». En *Persona y familia.* Revista del Instituto de la Familia-Facultad de Derecho. Lima: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2013, n.° 2 (1), pp. 21-41.

Lo hago con todo gusto y en homenaje a ese ilustrísimo abogado litigante, quien me pidió absoluto anonimato.

Por otra parte, debo decir que en el año 2004 escribí, conjuntamente con el brillante periodista y también notable hombre de derecho, Ricardo Vásquez Kunze, la obra titulada *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil.* Dentro de los capítulos de dicho libro se encuentra uno titulado «Amor de gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de bienes sociales»,[2] en el cual mi coautor y yo analizamos algunos aspectos de la regulación actual de la separación de patrimonios.

En ese sentido, debo advertir que el presente artículo recoge también algunas de esas ideas, cuya autoría, obviamente, no me pertenecen en exclusiva.

2. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Constituye idea tradicional la de que cuando dos personas contraen matrimonio, no sólo deben unir sus vidas en los aspectos extrapatrimoniales, sino también en aquéllos de orden patrimonial.

Así, representa valor entendido que lo normal en una situación de esta naturaleza, es que tal pareja constituya a partir del inicio de su matrimonio, lo que se conoce con el nombre de una sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales tiene como objetivo central el que el grueso de los bienes que se adquieran en el futuro, salvo determinadas

---

[2] CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Amor de gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales». En *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006.

excepciones, sean considerados como bienes comunes. En ese sentido, implica que, a partir del momento de la celebración del matrimonio, la generalidad de bienes que adquieran los cónyuges, en estricto, no serán de propiedad de cada uno de ellos, sino de la sociedad de gananciales.

De esta forma, por más de que uno en solitario adquiera un bien, tal bien no le pertenecerá a él, sino a una entelequia denominada sociedad de gananciales, y tendrá la calidad de bien común, lo que no es sino una ficción que representa el patrimonio común de la sociedad conyugal, jurídicamente distinto al patrimonio de cada uno de ellos; tanto así, que los bienes que se adquieren para la sociedad conyugal, no se adquieren en condición de copropiedad, pues no pertenecen a ambos cónyuges en cuotas indivisas, sino a un patrimonio jurídico distinto, que es, precisamente, la sociedad de gananciales.

Esa situación constituye la regla, de manera tal que si los futuros cónyuges no establecen un régimen diferente antes de contraer matrimonio, será el de la sociedad de gananciales, aquél que rija su futura vida patrimonial.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 301[3] del Código Civil, en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad; encargándose el artículo 302[4]

---

[3] «Artículo 301.- En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad».

[4] «Artículo 302.- Son bienes propios de cada cónyuge:
1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
2. Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla.
3. Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
5. Los derechos de autor e inventor.
6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

de establecer cuáles son los bienes propios, en tanto todos los demás se denominarán bienes sociales.

La idea de que el régimen patrimonial del matrimonio funcione de esta manera, se basa en la consideración de que es justo que los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenezcan a ambos cónyuges, dado que el derecho siempre ha asumido que en una relación tradicional, era el hombre el que realizaba un trabajo remunerado, mientras la mujer, antiguamente, no lo hacía y, más bien, se dedicaba al cuidado de la familia y las labores del hogar.

Sin embargo, debemos admitir que esto ha variado considerablemente en nuestros días, no sólo en el Perú sino en gran parte del mundo, ya que en tiempos modernos las mujeres también desarrollan actividades laborales fuera del hogar y además cumplen con la valiosísima tarea de ser el centro de organización de sus respectivos hogares.

Dentro de tal orden de ideas, el rol de la mujer en la sociedad ha variado notablemente, convirtiéndose en elemento activo de la producción de bienes y servicios, y en agente económico importante para los ingresos del matrimonio.

Hoy es frecuente, incluso, ver parejas en las cuales es la mujer la que tiene ingresos mayores que el varón, y no resultan exóticos aquellos casos en los cuales, es la mujer la que trabaja fuera del hogar, y el hombre el que no lo hace y se dedica a las labores de la casa.

---

7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.
8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.
9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia».

Todo esto, sin embargo, no nos permite decir que la mujer tiene una situación de igualdad laboral con respecto al hombre, pues existen determinadas situaciones, derivadas, fundamentalmente, de la maternidad, que dificultan la inserción de las mujeres en el mercado laboral.

Sin embargo, éste es un tema que se ha ido superando con el paso de los años, y que encuentra a las mujeres, en la segunda década del siglo xxi, en una posición laboral mucho mejor que en cualquier momento de la historia de la humanidad.

No obstante, si nos ponemos a pensar en la lógica del régimen de sociedad de gananciales, ella resultará siempre vigente y aplicable, incluso para cuando ambos cónyuges trabajen, y para aquellos casos en los cuales sea sólo la mujer la que lo haga fuera del hogar.

La idea de proteger los intereses de la familia y, especialmente, los del cónyuge que no labore fuera de casa y no genere ingresos, siempre estará presente para sostener los argumentos que aborda la doctrina en favor de la existencia de la sociedad de gananciales.

No obstante lo señalado, nosotros consideramos que la sociedad de gananciales no constituye necesariamente la figura ideal para normar el régimen patrimonial de un matrimonio, y desde el año 2004, hemos propugnado la tesis de que la separación de patrimonios representa un mejor camino para los futuros cónyuges.

Este régimen patrimonial está regulado en los artículos 327 a 331 del Código Civil.

El artículo 327 establece que «en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud, la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros, y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes».

En tanto, el artículo 328 señala que: «cada cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes».

El momento ideal para pactar el régimen de separación de patrimonios es antes de la celebración del matrimonio, recurriendo, como lo establece el artículo 295[5] del propio Código, a constituirlo por escritura pública, y el mismo comenzará a regir al celebrarse el matrimonio.

El requisito de escritura pública se establece bajo sanción de nulidad y tal régimen no surtirá efectos contra terceros, hasta que no se inscriba en el registro personal.

A nuestro juicio, queda claro que el régimen de separación de patrimonios, es más eficiente que el régimen de sociedad de gananciales; ello, por las siguientes razones:

a) *Claridad*. No cabe duda de que dentro de un régimen de separación de patrimonios, la división de los bienes en materia de propiedad, es sumamente clara, pues tales bienes, o pertenecerán en propiedad al marido o pertenecerán en propiedad a la mujer, no existiendo una tercera posibilidad.

   Ello, a diferencia del régimen de sociedad de gananciales, en donde en muchos casos no resultará clara la ubicación de tales bienes, sea en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges (en caso fuesen bienes propios), o en la condición de bienes comunes.

---

[5] «Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales».

La calificación jurídica de los bienes resulta en extremo importante, sobre todo a efectos de la contratación con terceros, y de las seguridades que esos terceros pueden tener con respecto al patrimonio que respaldará el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los cónyuges.

Las obligaciones contraídas por cada uno de los cónyuges estarán respaldadas por el patrimonio del cónyuge que contraiga la obligación, pero también por el patrimonio de la sociedad de gananciales, específicamente en lo que respecta a los bienes comunes.

En ese sentido, si los bienes propios del cónyuge que ha asumido esa obligación a título personal, no fueran suficientes para responder por su cumplimiento, el acreedor podrá dirigirse contra la sociedad, pero no para cobrarse el íntegro de ella, ya que existirá el problema de que para cobrar las deudas contraídas por ese cónyuge, tendría que liquidarse la sociedad, y recién poder hacer efectivo el crédito con respecto a aquella porción patrimonial que resulte de dicha división y partición en favor del cónyuge deudor.

Como puede apreciarse, resulta mucho más fácil y expeditivo el cobro de una deuda contraída por uno de los cónyuges, en caso estemos en presencia de un régimen de separación de patrimonios, dado que al no existir la entelequia sociedad de gananciales y de los bienes comunes, el acreedor podrá dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor, quien, obviamente, carecerá de bienes comunes en el matrimonio.

b) *Incentivos*. Cuando en el año 2004 Ricardo Vásquez y yo propusimos este punto, el mismo llamó la atención del medio jurídico por innovador, pero consideramos que en el régimen de separación de patrimonios, las reglas de juego se encuentran mucho más claras y definidas que en el de sociedad de gananciales, de modo tal que, desde antes del matrimonio, los futuros cónyuges sabrán que todo

lo que adquiera en propiedad cada uno de ellos, será exclusivamente de él, y todos los ingresos que adquiera fruto de su trabajo o negocios, también le pertenecerán en exclusiva a él.

Esta realidad representa, sin duda, un incentivo para que, desde el principio, ambos cónyuges trabajen fuera del hogar y busquen obtener los mayores ingresos en beneficio propio y de la familia.

Estimamos que si la regla fuera la separación de patrimonios, las mujeres harían respetar mucho más su derecho a trabajar, y el que los roles en el hogar sean compartidos, pues en caso de no serlo, tal situación redundaría en el perjuicio económico presente y futuro de la mujer.

Con esto no estamos diciendo que el matrimonio se convierta en una suma de egoísmos.

Creo, más bien, que el régimen patrimonial del matrimonio se convertiría en una suma de previsiones, en donde si bien ambos cónyuges llevarían adelante con entusiasmo la empresa matrimonial, irían constituyendo una especie de «seguro», en caso llegue a fracasar el matrimonio, de modo tal que si esta situación indeseable se presentara en el futuro, cada uno de ellos habría hecho un patrimonio propio interesante, el mismo que resultaría, valga la redundancia, exclusivamente propio.

Ya bastantes problemas suscita la disolución de un matrimonio, y los mismos tienen, por lo general, como uno de sus ingredientes más importantes, el de la discusión relativa al patrimonio común, el que muchas veces se convierte en instrumento de chantaje y negociación, para lograr objetivos en torno a la tenencia de los hijos menores de edad.

Todo esto se evitaría o, al menos, se atenuaría considerablemente, si la regla no fuese la sociedad de gananciales, sino la separación de matrimonios.

El lector podrá preguntarse cuál sería la necesidad de invertir la regla, si es que los futuros contrayentes, pueden pactar antes del matrimonio, un régimen de separación de patrimonios.

La razón es muy sencilla.

Cuando las parejas se casan por el régimen de separación de patrimonios, ello implica que, al menos uno de los futuros cónyuges, o incluso ambos, ya cuentan con un patrimonio propio que desean proteger y mantenerlo en su dominio exclusivo; de tal manera que en los casos en que hoy se acuerda la separación de patrimonios, probablemente nos encontremos frente a parejas que carezcan de interés por iniciar una sana competencia en el desarrollo de patrimonios autónomos, ya que o ambos ya cuentan con patrimonio, o alguno de ellos, simplemente, carecerá de interés alguno al respecto.

Pero, incluso en este último caso, ambos cónyuges tendrán perfecto conocimiento de que esa división de bienes, que constituye punto de partida en su relación matrimonial, se prolongaría no sólo durante el matrimonio, sino incluso una vez que éste concluya, eventualmente, por divorcio.

En este último caso, la división de patrimonios se mantendrá incólume, más allá de alguna eventual obligación indemnizatoria que pudiera asignarse en beneficio de alguno de los cónyuges, si es que nos encontráramos ante el supuesto en el que la relación matrimonial se hubiese destruido por culpa de uno de ellos.

Es evidente que si nos halláramos frente al supuesto de separación convencional, no habrá lugar a indemnización alguna.

3. Los efectos hereditarios entre los cónyuges y su relación con el régimen patrimonial escogido

Conforme a lo establecido por el artículo 723 del Código Civil, «la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador, cuando tiene herederos forzosos».

El artículo 724 del referido cuerpo legal, se encarga de precisar que «son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho».

Es necesario precisar que el texto actual del artículo 724 responde a la modificación dispuesta por el artículo 5 de la ya mencionada Ley n.° 30007.

Siempre ha constituido tema pacífico el relativo al derecho sucesorio del cónyuge.

Es más, no recuerdo haber leído artículo académico alguno en el Perú, que cuestione el derecho a heredar entre cónyuges.

Sin embargo, existe un aspecto sobre el que no se ha meditado en absoluto y es el referido a la relación que puede hacerse entre el derecho a heredar y el régimen patrimonial escogido por los cónyuges.

En otras palabras, lo que quiero decir es si debería o no influir en la discusión acerca de la sucesión del cónyuge, el régimen patrimonial que los esposos hayan definido antes de la celebración del matrimonio o durante la vigencia del mismo.

La pregunta concreta gira en torno a si el régimen de separación de patrimonios podría o no plantear la hipótesis de la exclusión del cónyuge de la sucesión en calidad de heredero forzoso.

Tal como está regulado en la actualidad el régimen sucesorio, al respecto no cabe la existencia de variante alguna, dado que todos los preceptos sucesorios en torno a la legítima y a los herederos forzosos, son normas de carácter imperativo, sobre las cuales no cabe pacto en contrario.

Dentro de tal orden de ideas, no hay duda de que los cónyuges son herederos forzosos entre sí, independientemente del régimen patrimonial que existía en su matrimonio.

Eso significa que serán tan herederos forzosos los cónyuges cuyo régimen patrimonial era el de sociedad de gananciales, como aquéllos cuyo régimen patrimonial era el de separación de patrimonios.

Dentro de este razonamiento, cabría plantear la pregunta de si la existencia de un régimen de separación de patrimonios, no podría conllevar la voluntad implícita de los cónyuges para que sus patrimonios no se mezclen ni en vida ni después de ella.

Es claro que los conceptos tradicionales relativos a la separación de patrimonios, sólo plantean la autonomía de tales patrimonios mientras dure la vida del cónyuge titular de los mismos.

Así, cuando fallezca uno de los cónyuges, el otro lo heredará.

Todo ello, naturalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 816 del Código Civil, relativo a los órdenes sucesorios.

Dicha norma establece que: «son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.— El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente

de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo».

Suena lógico que el cónyuge sea considerado como heredero del tercer orden.

Ello equivaldría a decir que el cónyuge supérstite se convertiría en heredero universal, única y exclusivamente en caso el cónyuge causante no tuviere ni hijos (o demás descendientes) o padres (o demás ascendientes).

No formulamos objeción alguna a que, independientemente del régimen patrimonial en el que hubieren vivido, las consecuencias hereditarias deban ser las descritas y que el cónyuge supérstite pase a constituirse en heredero universal.

Decimos esto, pues no existen patrimonios familiares en conflicto; y, por tanto, resulta lógico que el cónyuge supérstite unifique en el suyo el patrimonio que le pertenecía al cónyuge causante.

Lo mismo podríamos decir cuando el cónyuge supérstite concurra con herederos del primer orden; es decir, con hijos o nietos del causante; naturalmente, asumiendo que tales descendientes también son descendientes comunes del cónyuge supérstite.

Hacemos esta salvedad, pues podríamos pensar en la lógica que tendría que quienes se casen con el régimen de separación de patrimonios, lo hagan, precisamente, con el objetivo de no causar problemas a sus descendientes, personas que bien podrían ya existir antes de la celebración de ese matrimonio.

Éste sería el típico caso de un hombre y una mujer de más de cincuenta años, que contraigan entre sí, las que para ambos serían segundas nupcias; y que ambos ya tengan hijos fruto de sus primeros matrimonios, uniones de hecho u otras relaciones extramatrimoniales.

En este caso, podría ser voluntad de ambos el casarse con separación de patrimonios, precisamente, para evitar problemas con respecto a lo adquirido en buena parte de la vida útil de esas personas; pero no podemos negar que cuando fallezca uno de los cónyuges, se planteará el problema, pues del patrimonio de este último, serán herederos forzosos tanto sus propios hijos como su cónyuge, quien concurrirá heredando una hijuela.

Entonces, el patrimonio que se quiso mantener separado del otro cónyuge en el matrimonio, ya no se seguirá manteniendo separado a la muerte del cónyuge causante, pues al concurrir el cónyuge supérstite con los hijos como herederos forzosos, hará que el cónyuge supérstite adquiera parte de la sociedad y los bienes que le pertenecían a la primera familia del cónyuge causante.

Esta situación hereditaria, regida por normas que —como hemos dicho— son de orden público, genera en la práctica muchos problemas, los mismos que no comienzan con la muerte, sino en la propia relación matrimonial, a pesar de la existencia de separación de patrimonios, pues resultará muy difícil para los cónyuges, el establecer algún mecanismo jurídico válido para lograr que los bienes adquiridos antes de la vigencia del segundo matrimonio, sean transferidos, finalmente, a manos exclusivas de los hijos procreados en el primer matrimonio.

Nótese, incluso, que la figura del anticipo de legítima no resultaría suficiente para solucionar el problema, ya que si se pensara en anticipar todos los bienes a los hijos, tal anticipo sólo se podría hacer válidamente, antes de contraer las segundas nupcias, pues luego de contraídas éstas, no se podría preterir los futuros derechos hereditarios del otro cónyuge, despojándolo de cualquier expectativa hereditaria futura, con respecto al patrimonio ya adquirido por el otro cónyuge antes de la celebración del segundo matrimonio.

Además, todo lo que adquieran los cónyuges como bienes propios, durante la vigencia del segundo matrimonio, podrá generar legítimas expectativas hereditarias, no sólo en los hijos de cada una de esas personas, sino también en el segundo cónyuge.

Esta situación se ha agravado con la dación de la Ley n.° 30007, la misma que ha ampliado los efectos sucesorios del cónyuge, a los concubinos o miembros de uniones de hecho, que hubieren cumplido con los requisitos establecido en el artículo 326 del Código Civil.[6]

Por lo demás, el Código no se pronuncia con respecto al pacto de separación de patrimonios en casos distintos al matrimonio, concretamente en lo que respecta a las uniones de hecho.

Nos explicamos.

Si de acuerdo al artículo 326, la unión de hecho genera a partir del segundo año de convivencia, los efectos de la sociedad de gananciales,

---

[6] «Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente Artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge».

la pregunta que corresponde formular es si resultaría válido que los concubinos antes de cumplir esos dos años de convivencia, otorguen una escritura pública de separación de patrimonios, a efectos de que una vez cumplidos esos dos años, su régimen patrimonial no sea el de sociedad de gananciales, sino el de separación de patrimonios.

A pesar del silencio de la norma, ello es perfectamente posible, ya que la disposición del artículo 326 en torno al régimen patrimonial, no constituye un precepto de orden público, siendo impensable que se sostenga que los concubinos carezcan del derecho a escoger el régimen patrimonial que prefieran.

Por lo demás, también nos queda claro que, en ausencia de norma legal al respecto, resultan aplicables al caso de las uniones de hecho, *mutatis mutandis*, las disposiciones del Código Civil relativas a la posibilidad de cambiar de régimen patrimonial, en caso se hubiere iniciado la unión de hecho, una vez cumplidos los dos primeros años de convivencia, con un régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Lo que estamos diciendo es que, en este caso, sería posible que los concubinos liquiden la sociedad de gananciales y celebren una escritura pública de separación de patrimonios, sustituyendo un régimen por otro en su unión de hecho.

Entonces, hemos dejado sentado que la elección del régimen patrimonial, básicamente, es la misma, tanto en el matrimonio como en las uniones de hecho. Si bien es cierto que en ambas se parte de la presunción de una sociedad de gananciales, tanto los esposos como los miembros de las uniones de hecho, podrían preferir regirse por la separación de patrimonios.

Como hemos señalado, la Ley n.° 30007, extiende a los concubinos los derechos sucesorios de los cónyuges, en calidad de herederos forzosos.

Estos efectos sucesorios, en la actualidad se presentan, sin admitir prueba en contrario, dada la naturaleza de orden público de las normas que rigen la sucesión, tanto de las parejas que tienen régimen de sociedad de gananciales como régimen de separación de patrimonios.

4. NUESTRA PROPUESTA

¿Y qué es lo que queremos plantear, finalmente, luego de todas estas consideraciones?

Lo que queremos proponer es que el régimen de separación de patrimonios pueda sufrir una modificación legislativa, que implique agregar una opción al mismo, que consistiría en que la separación de patrimonios se siga manteniendo después de la muerte del titular de dicho patrimonio. Ello significa que, de optarse por este camino, los cónyuges podrían convenir casarse bajo separación de patrimonios y también renunciar a suceder entre sí.

Ello equivaldría a la existencia legal de tres regímenes, tanto patrimoniales como sucesorios en relación al cónyuge o concubino:

a) Régimen patrimonial de sociedad de gananciales y derecho a sucesión recíproca de los cónyuges o concubinos como herederos forzosos del tercer orden. El aspecto sucesorio de este régimen no admitiría pacto en contrario.

b) Régimen patrimonial de separación de patrimonios y derecho a sucesión recíproca de los cónyuges y concubinos. Si no hubiese pacto en contrario, los cónyuges seguirían siendo herederos forzosos del tercer orden.

c) Régimen patrimonial de separación de patrimonios y pacto de renuncia a sucesión recíproca de los cónyuges y concubinos. De

esta forma, si hubiese pacto en contrario, los cónyuges dejarían de ser herederos forzosos del tercer orden.

Consideramos que resultaría conveniente establecer esta modificación legislativa, ya que ella podría preservar la separación de patrimonios, cuando los cónyuges o concubinos así lo deseen, evitando —con un pacto de esta naturaleza— conflictos entre los descendientes de anterior o anteriores familias o relaciones y el cónyuge o concubino supérstite.

Está claro, por lo demás, que podríamos no sólo estar en presencia de descendientes fruto de una relación previa al matrimonio, sino de varias de ellas.

Las relaciones de familia pueden terminar siendo muy complicadas y las expectativas hereditarias en donde confluyan, incluso, los intereses del cónyuge supérstite, ocasionan, en muchos casos, problemas tan serios, que preferiríamos que en estos supuestos —y por excepción— el carácter de heredero forzoso del cónyuge se relativice.

En buena cuenta, el cónyuge supérstite sólo tendría carácter de heredero forzoso en los supuestos a) y b) precedentes, pero no en el supuesto c).

Esto no impide, por cierto, que el cónyuge causante pueda ulteriormente instituirlo como heredero voluntario, a pesar de haber acordado el régimen de separación de patrimonios, con pacto de exclusión de heredero forzoso del cónyuge supérstite.

Admitiendo que tal situación sería algo contradictoria, ella revestiría plena validez.

En la eventualidad de que se quiera cuestionar nuestro planteamiento señalando que con este pacto se estaría dejando desamparado

en materia hereditaria al cónyuge o concubino supérstite, no debemos olvidar que ellos pactaron separación de patrimonios.

Esta tercera modalidad de régimen patrimonial y hereditario, estaría otorgando a la separación de patrimonios, un alcance adicional del que habitualmente tiene.

Decimos esto, pues la separación de patrimonios se extiende solamente a los patrimonios de los cónyuges mientras éstos vivan. En cambio, con la modalidad c), antes propuesta, la separación de patrimonios se extendería, incluso, después de la muerte.

Ello no nos preocupa, en la medida de que si se hubiese pactado el régimen de separación de patrimonios, los cónyuges tendrían bienes propios que proteger, y lo que estamos haciendo con esta propuesta, es prolongar tal protección, más allá del término de sus respectivas vidas.

Creo firmemente en la legítima hereditaria; creo también en que ella evita la desprotección de los intereses y los derechos de los más débiles, y por eso siempre he defendido la permanencia de la legítima dentro del derecho sucesorio peruano.

Sin embargo, nos encontramos ante un supuesto muy especial, con características particularmente definidas, y en donde no estaríamos desprotegiendo los intereses de nadie.

Lima, agosto del 2017

Segunda Parte

Arbitraje

Presentación del volumen 35 de la *Biblioteca de Arbitraje*, en conmemoración de su décimo aniversario[*]

Señor doctor Fernando Vidal Ramírez
Ex decano del Colegio de Abogados de Lima,
Señor doctor Gonzalo García-Calderón Moreyra,
Querida Laurita,
Queridos amigos,

Esta noche es muy importante para nosotros, en la medida de que celebramos el décimo aniversario de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Hace exactamente diez años, en este mismo auditorio, presentamos el volumen uno de esta colección, el mismo que llevó por título *Arbitraje*: *El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia.*

Dicha presentación estuvo a cargo de don Fernando de Trazegnies, de Laura y de los autores de la obra, que éramos Ricardo Vásquez Kunze y yo.

En aquella oportunidad estábamos muy ilusionados, a la par que temerosos, habida cuenta de que emprendíamos la tarea de crear una colección bibliográfica institucional, vale decir, de nuestro Estudio de Abogados, la misma que, obviamente, tenía vocación de permanencia en el tiempo.

---

[*] Palabras pronunciadas en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el día jueves 15 de diciembre de 2016.

Recuerdo que en esa ocasión anunciamos que en febrero del 2007 aparecería el volumen dos de la *Biblioteca*, que llevó por título *Arbitraje y debido proceso*, el cual, como ocurrió con el primero, fue escrito por miembros del Estudio.

La idea de la creación de la *Biblioteca de Arbitraje*, consistió en abrir un espacio académico para que tanto quienes integramos nuestro Estudio de Abogados, como otros profesores y abogados dedicados al arbitraje, pudiésemos escribir con absoluta libertad sobre los más diversos temas que atañen a esta área del conocimiento jurídico.

Y así ha sido, en la medida de que los 35 volúmenes publicados hasta el día de hoy congregan a los más diversos colaboradores, tanto del Perú como del extranjero, todos ellos profesionales y académicos del más alto nivel, razón por la cual nos sentimos muy orgullosos de haberlos convocado y del contenido de todas estas obras.

Aquí han escrito abogados peruanos y de otros países de América Latina, además de los más reputados arbitralistas europeos, con especial acento en España, país con el que compartimos tantas cosas comunes en muchas materias, de las que el arbitraje no constituye excepción. En suma, hemos tenido 372 colaboradores de cuarentitrés países.

Ha escrito gente consagrada y gente muy joven, que, estamos seguros, alcanzará también —y pronto— la consagración profesional y académica, todos ellos con trabajos de excelente factura.

Algunos de nuestros libros han sido elaborados en coautoría, por dos y hasta cuatro personas; otros, han constituido obras colectivas, escritas por varios autores y hasta por más de un centenar de especialistas, como es el caso del *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, publicado en el 2014, que fue escrito por 92 especialistas del Perú y de Europa.

En un inicio, pensamos que la *Biblioteca* podría ser un esfuerzo colectivo, de varios abogados o estudios de Lima, pero desistimos de la idea, dados los problemas que hubiese acarreado este esquema, en lo que respecta a conflictos de interés en futuros procesos arbitrales, pues, quiérase o no, hubiésemos sido socios en un proyecto común.

Y lo mismo hubiese ocurrido si nuestra publicación se financiase con auspicios de estudios, o empresas particulares o entidades estatales.

Es así que decidimos se tratara de una publicación autónoma, del Estudio, en la que quienes participaran lo hicieran convocados por sus méritos profesionales o académicos y no como contraprestación por alguna colaboración patrimonial, directa o indirecta.

La *Biblioteca de Arbitraje* es una publicación que no guarda periodicidad regular. Así, hay años en que hemos publicado dos o tres volúmenes; otros, como el 2014, en que publicamos ocho; otros, como el 2015, en que publicamos cuatro y otros años, como éste, en que sólo aparecerá uno.

Pero, las publicaciones de la colección han sido constantes, ya que si recurrimos a los números, tenemos un promedio de 3.5 volúmenes por año, es decir, si se tratara de una revista, estaríamos hablando de una publicación entre trimestral y cuatrimestral, lo que es bastante.

Y, si seguimos con los números, en total, hemos publicado 17,162 páginas, lo que equivale a 1,716.20 páginas anuales, 429.05 trimestrales, 143.01 mensuales, y 4.76 diarias.

Pero, lo fundamental para nosotros no son las estadísticas, sino el espíritu que anima a la *Biblioteca de Arbitraje* desde hace diez años, el mismo que no es otro que difundir el arbitraje en el Perú, a través de las ideas, el debate académico serio, ordenado y de altura.

En estos diez años muchos han sido los problemas que ha afrontado el arbitraje y nuestra colección ha estado siempre al servicio del arbitraje y de la sociedad.

Para tales efectos, también creamos la serie *Panorama actual del arbitraje*, en cuyos libros, año tras año, diversos especialistas han expuesto los temas de mayor actualidad en el Perú. En los últimos tiempos hemos emprendido esta serie de la mano con *Thémis*, revista pionera de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo entusiasmo y empuje generacional han dado nuevos bríos a este *Panorama*.

Además, la *Biblioteca de Arbitraje* auspicia y seguirá auspiciando congresos de derecho que tengan por objeto la difusión de las ideas sobre el arbitraje, organizados por entidades académicas serias, como es el caso del Congreso Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyas ponencias y actas de congresos publicamos en su integridad, y el Congreso internacional organizado por la Asociación Zambrano del Cusco, cuyos libros de congresos estaremos presentando en la Ciudad Imperial, Dios mediante, a fines de marzo del 2017.

Nuestra *Biblioteca*, además, tiene la mayoría de sus obras publicadas en la página web del Estudio, con acceso plenamente libre y gratuito y con la posibilidad de bajar los textos de los libros para uso personal.

Hay otro grupo de ellas que sigue siendo comercializado de manera virtual, pero que en dos años estarán a pleno alcance del público en general.

Entre el derecho civil y el arbitraje será puesto a disposición del público de manera virtual los primeros días de enero del 2017.

Tenemos, prácticamente, lista la publicación de los siguientes nueve volúmenes, los mismos que incluyen las actas de los Congresos de

Arbitraje de la Universidad Católica, en tres tomos, las actas de los Congresos del Cusco, en dos volúmenes, y una magnífica obra denominada *Enciclopedia del arbitraje*, la misma que constituye la versión avanzada del *Diccionario de arbitraje* que publicamos hace algunos años.

Este último libro ha sido coordinado por nuestro compatriota, el abogado Jorge Luis Collantes González, uno de los pilares fundamentales en el desarrollo de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

Jorge Luis ha coordinado desde Europa la elaboración de siete libros de la colección, y ha servido de muy valioso puente académico entre el mundo arbitral europeo y el peruano.

Aprovecho la presencia de Jorge Luis en este auditorio, para reiterarle nuestra más profunda gratitud.

También publicaremos la obra *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo*, escrita por nuestra gran amiga y brillante profesora de la Universidad Católica, la magíster María Antonieta Delgado Menéndez.

De igual modo, aparecerá la obra *Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión*, cuya autoría corresponde al abogado Giancarlo Peralta Miranda, quien tiene gran experiencia en materia arbitral, desde los años en que lo conocí, cuando era secretario arbitral en la Cámara de Comercio de Lima.

En adición a estas publicaciones, aparecerá *El arbitraje en Brasil*, obra colectiva escrita mayoritariamente por abogados y académicos de ese país, al que muchas veces no prestamos debida atención, a pesar de su gran importancia y vecindad. Este libro ha sido coordinado por nuestro gran amigo, el profesor peruano Roger Vidal Ramos, Presidente

del muy activo y prestigioso Instituto Peruano de Derecho Civil, quien también nos ha ayudado a coordinar otros volúmenes de la *Biblioteca*.

Finalmente, Dios mediante, aparecerá en el segundo semestre del 2017 la obra *Panorama actual del arbitraje 2017*, la misma que es coeditada por la Revista *Thémis* y nuestro Estudio.

En fin, esos son nuestros proyectos editoriales, los mismos que alimentarán notablemente la *Biblioteca de Arbitraje* en los próximos meses.

Luego de referirme al significado de estos diez años de la *Biblioteca*, quiero decir, brevemente, algunas palabras sobre la obra que hoy han tenido la gentileza de presentar nuestros queridos profesores y amigos, aquí presentes.

Es curioso, pero esta obra fue publicada antes en Paraguay, donde fue editada por unos profesores y magistrados que estuvieron muy interesados en su contenido. La presentamos en Asunción el 19 de octubre de este año.

Entre el derecho civil y el arbitraje es un libro al que le tengo un gran cariño, porque refleja los dos ámbitos en los que desempeño mayoritaria y cotidianamente la profesión de abogado.

Es verdad que en el Estudio también atiendo asuntos de otras áreas, pero son el derecho civil y el arbitraje los que congregan el grueso de mi tiempo.

Soy un civilista de corazón y lo seguiré siendo. Es más, empecé a escribir sobre derecho civil, hace exactamente treinta años, en 1986, cuando elaboraba mi tesis para optar el grado de bachiller en derecho, la misma que llevó por título *Los contratos sobre bienes ajenos*, que fuera sustentada en 1989 y publicada el año siguiente con el auspicio del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Concytec). Soy, además, profesor de derecho civil desde 1990.

Pero, también estoy en el arbitraje desde 1998, como abogado defensor y desde el 2001, como árbitro.

En ese sentido, en los últimos años he escrito diversos trabajos sobre estas materias, sea para revistas, diarios, ponencias en congresos de derecho, presentaciones de libros, prólogos y en otras circunstancias. Algunos de esos trabajos fueron publicados, pero otros no. Y los que vieron antes la luz, estuvieron publicados de manera dispersa. De esta forma, para que tales textos no se pierdan, los he recopilado cronológicamente y ahora los presentamos a manera de libro.

Debo precisar que uno de esos trabajos fue escrito en coautoría con Jhoel Chipana Catalán, nuestro maestro de ceremonias y abogado de mi Estudio, quien trabaja conmigo hace casi diez años; y otro en coautoría con Marco Torres Maldonado, joven abogado que hace algunos años practicó en mi Estudio.

Ambos son jóvenes profesores del derecho, muy buenos profesionales y fervientes entusiastas del derecho civil.

La metodología adoptada en este libro permite preservar en el conocimiento público tales obras que, en su momento, me representaron un gran esfuerzo en su concepción y redacción. Debo decir que desde que cerramos la edición de este libro, ya he elaborado tres trabajos más, los mismos que, espero, algún día integren el tomo dos de *Entre el derecho civil y el arbitraje*.

Conforme releía esta obra, me convencía de que quien la leyera conocería muy bien cómo pienso o actúo en el plano jurídico.

Creo que civil es el área más importante del derecho y que ella irradia cotidianamente todos los demás ámbitos del derecho.

No hay espacio del derecho donde no esté presente el derecho civil. Todas las áreas tienen mucho de él. Todas las áreas se nutren de él.

Se ha venido escribiendo, por ejemplo, acerca de la constitucionalización del derecho civil, queriendo demostrar que en las últimas décadas éste se ha visto envuelto por las doctrinas propias del derecho constitucional.

Ello, en alguna medida puede ser cierto, pero en otra el fenómeno se presenta al revés, puesto que son los ámbitos propios del derecho civil los que han ido abriéndose paso en las diversas constituciones del mundo.

El derecho civil es el padre del derecho comercial y pariente muy cercano de una serie de subespecialidades del derecho que han ido apareciendo con el desarrollo y evolución de las sociedades.

Es muy curioso apreciar cómo muchos de los problemas más neurálgicos que se instalan en las diversas actividades económicas, terminan por tener solución dentro del derecho civil.

Qué común es ver cómo la ley o el reglamento de un determinado sector, siempre darán lugar a que en el problema surgido, aparezca el Código Civil, representando a esa vieja área del derecho, que es como ese abuelo bueno, que siempre trae un buen consejo o un buen remedio a los nietos, cuando éstos no saben qué hacer.

Pero, se trata de un abuelo que maneja Internet y conduce con astucia. El derecho civil, de abuelo, sólo tiene los años, pero ninguna debilidad.

Se trata de un derecho con experiencia y juventud.

Para ejemplos, miremos todo lo que se escribe y se sigue escribiendo en derecho civil. Son muchos más estudios y de naturaleza más profun-

da que aquéllos que se escriben en otras jóvenes áreas del derecho. Y, por lo demás, en consonancia con lo que hemos expresado, todas estas investigaciones tendrán repercusión en las nuevas subespecialidades del derecho.

Así, el desarrollo y la investigación en derecho civil, no sólo nutren al propio derecho civil, sino que prácticamente irradian estos conocimientos al derecho en su conjunto.

Otro de los aspectos que siempre ha llamado mi atención en el derecho civil, es el de la infinita cantidad de temas y aspectos dignos de creación y permanente recreación. Esto hace que uno pueda seguir el hilo conductor de una inmensa cantidad de materias a lo largo de los años, siglos y hasta milenios.

En lo que a mí respecta, dicha situación despierta una permanente vocación por la investigación, la misma que hoy llevo adelante, a veces en solitario y otras con la colaboración de antiguos alumnos, con quienes comparto el ejercicio de la profesión.

Por ejemplo, aparecerá este mes, por Gaceta Jurídica, un libro que trabajé durante dos años con Jhoel Chipana Catalán, titulado *El Código Civil a través de sus modificaciones. Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación*, en el que analizamos en detalle todas las modificaciones que se han producido en el articulado de este cuerpo normativo en sus más de treinta y dos años de vigencia.

Asimismo, en enero, deberá aparecer, esta vez con el sello editorial del Instituto Pacífico, una segunda edición, puesta al día, de *La teoría de los actos propios*, obra que publicara hace casi una década en coautoría con Rita Sabroso Minaya. Ella se ve enriquecida con las experiencias académicas y profesionales de estos años y con un nuevo capítulo en el que analizamos la vigencia de esta teoría en otras áreas del derecho distintas al derecho civil.

Y, por esta misma editorial, debe aparecer en febrero del próximo año la segunda edición de la obra *Análisis de la ley de la garantía mobiliaria*, cuya coautoría corresponde a Verónica Rosas Berastain. La primera edición salió a la luz hace diez años y ahora aparecerá enriquecida con la experiencia que implica la aplicación de la referida ley en el Perú y con la jurisprudencia que los tribunales han emitido sobre el particular.

Y en lo que respecta al arbitraje, la obra que hoy presentamos recoge buena parte de mis trabajos sobre la materia, algunos de los cuales fueron publicados en el diario oficial *El Peruano*, así como otros que escribí, pero nunca publiqué.

En ellos, sin duda, abordo algunos de los temas que han llamado mi atención en el ejercicio profesional, y acentuado mis preocupaciones para el correcto desarrollo de esta institución en el Perú. Sobre todo, en cuanto a sus aspectos éticos y a la transparencia que siempre deben preservarse y protegerse, para que este medio de solución de conflictos se afiance como la mejor alternativa que, día a día, contribuya a que se descongestionen los tribunales ordinarios y que la gente vuelva a creer en la justicia.

Pero, el libro tiene una tercera parte, en la que incluyo otros trabajos que considero importantes. Uno, sobre *Cine y derecho (argumentación y deliberación: ficción y realidad)*, en el que analizo la administración de justicia desde el sistema de jurados, a propósito de la famosa película *Doce hombres en pugna*, del director John Ford, y en el que mis preocupaciones se centran en la capacidad de valorar las pruebas y en la aleatoriedad de la justicia cuando no prima el razonamiento jurídico, sino los prejuicios, fobias y temores de quienes la administran.

En esta parte también incluyo un trabajo sobre el socialcristianismo en el Perú, que elaboré para presentar el libro *Siembra, convicción y peripecia. El Socialcristianismo en el Perú (1532-2010)*, de mi ya fallecido amigo y maestro de muchas generaciones políticas, don Antonino

Espinosa Laña y que fuera publicado pocos meses antes de su muerte, en un acto solemne en el Hemiciclo Raúl Porras Barrenechea del Congreso de la República.

Y también está el prólogo que escribí para el libro póstumo de mi querido tío Herbert Freyre Villavicencio, titulado *Escalando la vida*, que se presentara hace dos años en este Centro Cultural.

No voy a continuar detallando el contenido de la obra, pues esto ya corresponderá conocer directamente a cada uno de ustedes, estimados amigos, cuando tengan la oportunidad de leerla.

Quiero agradecerles por haber hecho el esfuerzo de venir esta noche y por acompañarnos en esta ceremonia tan importante para quienes integran mi Estudio de Abogados y para nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, lo que nos compromete muchísimo a seguir en este esfuerzo profesional y académico.

Muchas gracias.

El arbitraje después del arbitraje

1. ¿Cuándo termina un arbitraje?

Es una pregunta difícil de responder cuándo termina un arbitraje, ya que las respuestas podrían ser diversas.

Analizaremos el tema de manera detallada.

1.1. Con la notificación del laudo

Cabe la posibilidad de que el arbitraje concluya con la notificación del laudo que se haga a las partes.

Ello, en la medida de que si bien tienen la posibilidad de interponer los recursos que les franquea la ley a estos efectos, en el artículo 58 del Decreto Legislativo n.° 1071, vale decir, los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, bien puede ocurrir que ninguna de las partes recurra a la interposición de tales recursos, con lo que el proceso arbitral habrá concluido en la fecha en que el laudo fue notificado a ambas partes.

Sin embargo, no será posible saber que el proceso concluyó en ese momento, hasta que haya transcurrido el plazo que la ley contempla para la interposición de los referidos recursos (quince días siguientes a la notificación del laudo).

En el ínterin se presentará una situación muy peculiar, pues, si bien el proceso habrá concluido, eso sólo lo sabremos con efecto retroactivo;

y tan retroactivo será el efecto de la conclusión del proceso, que en caso no se hubiese interpuesto contra el laudo cualquiera de estos cuatro recursos, el plazo para demandar la anulación del laudo comenzará a computarse desde el momento en que la parte que quiera recurrir al Poder Judicial haya sido notificada con el laudo arbitral.

En ese sentido se pronuncia la propia ley de arbitraje, en su artículo 64, cuando señala que el recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte días siguientes a la notificación del laudo.

Esta norma también contempla el supuesto en que se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, en cuyo caso, el plazo de veinte días se computará desde que hubiese sido notificada la última decisión sobre estas cuestiones, o de transcurrido el plazo para resolverlas, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

1.2. Si el tribunal arbitral hubiese rectificado, interpretado o integrado el laudo de oficio

Como sabemos, cabe la posibilidad de que el tribunal arbitral, de oficio y dentro de los diez días de notificado el laudo, lo hubiere rectificado, interpretado o integrado, de oficio.

En este caso, si es que alguna de las partes no interpusiese ulteriormente recursos contra el laudo, se entenderá que el proceso habrá concluido en la fecha en que hubiese sido notificada la resolución emitida de oficio.

Ello, no obstante, también haría que en el presente caso, tal fecha deba conocerse de manera retroactiva, habida cuenta de que, luego de emitida y notificada la resolución de oficio, todavía quedarán algunos días pendientes, como para que las partes puedan interponer los recursos

de rectificación, interpretación, integración y exclusión que les franquea la ley.

1.3. Si alguna de las partes o ambas hubiesen interpuesto recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo

En estos casos, obviamente, el proceso no concluye con la interposición de tales recursos, de los cuales habrá que correr traslado a la contraparte por un plazo de quince días, conforme lo establece el artículo 58, inciso 1, literal e) de la ley de arbitraje.

Una vez absuelto el traslado, dentro del plazo que confiera el tribunal, o sin que haya habido tal absolución, el tribunal arbitral dispondrá, a su vez, de un plazo de quince días, prorrogable por un plazo similar, a efectos de poder resolver tales recursos.

Dentro de tal orden de ideas, no estableciéndose algún otro recurso susceptible de ser interpuesto contra el laudo en sede arbitral, será claro que el proceso habrá concluido con la notificación a ambas partes de la resolución que rectifique, interprete, integre y/o excluya el laudo; o en caso transcurra el plazo sin pronunciamiento del tribunal, se considerará que la solicitud ha sido denegada (artículo 58, inciso 3).

Debemos señalar también que es usual que en algunos casos, no sólo una parte interponga alguno o algunos de estos recursos, sino que sean ambas partes quienes recurran a su interposición.

Por lo demás, la ley de arbitraje y los reglamentos arbitrales no suelen pronunciarse acerca de si tales recursos deben ser interpuestos de manera conjunta por la parte recurrente (es decir, en un solo escrito) o si ella puede fraccionar sus pedidos hasta en cuatro escritos distintos, según la naturaleza de los recursos a interponer.

Por lo demás, es obvio que tal situación se extiende a ambas partes, de manera que, en estricto, podríamos imaginar la existencia de ocho recursos distintos (cuatro por cada parte litigante) que ellas interpongan contra el laudo.

La ley y los reglamentos arbitrales también guardan silencio en relación a si el tribunal arbitral debe resolver en resolución única todos estos recursos, o si cabe la posibilidad de que emita tantas resoluciones como recursos se haya interpuesto en contra del laudo.

En lo personal, no he tenido la oportunidad de apreciar, ni como árbitro ni como abogado litigante, algún supuesto en el cual el tribunal arbitral se pronuncie sobre tales recursos en más de una resolución.

En todos los casos en que he podido intervenir, los tribunales han resuelto esos recursos en una sola resolución.

Dado que la ley y los reglamentos nada dicen sobre el particular, en estricto no sería ilegal que un tribunal arbitral se pronuncie sobre tales recursos en más de una resolución, pero ello no sería aconsejable por una razón de orden práctico, consistente en que tal situación ocasionaría confusión, pues no debemos olvidar que tales resoluciones complementan el laudo arbitral, de manera que sería bastante impráctico que el documento que contiene el laudo arbitral, sea complementado por más de un documento físico.

Más allá de esta razón de orden práctico, consideramos que tal proceder no resultaría ordenado, ni tampoco acorde al espíritu de la ley; y es así como lo han venido entendiendo y entienden la generalidad de tribunales arbitrales.

1.4. Si se hubiese interpuesto recurso de anulación contra el laudo

Como sabemos, cabe la posibilidad de que una vez concluido el proceso

arbitral, la o las partes que lo estimen conveniente, interpongan recurso de anulación contra el laudo ante el Poder Judicial.[1]

---

[1] «Artículo 62.- *Recurso de anulación*.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

«Artículo 63.- *Causales de anulación*.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
   a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
   b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
   c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
   d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
   e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
   f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
   g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en

Este recurso de anulación podrá conllevar dos situaciones muy concretas.

La primera, que el laudo se anule y que la causa pase a ser conocida por el Poder Judicial, en caso se vuelva a demandar en este fuero.

Sería el típico supuesto de que durante el proceso arbitral no hubiese prosperado una excepción de incompetencia, es decir, el tribunal arbitral se hubiese declarado competente para conocer la controversia; y, una vez concluido el proceso, la parte perdedora (aquélla que dedujo la excepción) pueda recurrir a los tribunales de justicia y logre anular el laudo.

---

caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII».

En ese caso, la causa sólo podrá ser controvertida en el Poder Judicial y no en arbitraje (argumento del inciso 1, literales a, d, e y f del artículo 65 de la ley de arbitraje).

Pero, ello no siempre será así, ya que habrá algunos otros casos en que la anulación del laudo reabra la competencia del tribunal, pues los tribunales ordinarios de justicia, determinen el envío de la causa al propio tribunal (lo que, *per se*, demostraría que el tribunal no era incompetente), a efectos de que sea el tribunal arbitral quien reevalúe la causa y vuelva a resolver sobre la materia (argumento del inciso 1, literales b y c del artículo 65 de la ley de arbitraje).[2]

---

[2] «Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.
1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
   a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
   b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
   c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.
   d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
   e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
   f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció

En estos caos, si bien ya nos habríamos encontrado con un arbitraje fenecido, el mismo podrá ser reabierto en el estado en que dispongan los tribunales ordinarios, lo que, generalmente, coincidirá con el momento en el cual se haya presentado el vicio procesal que motivó la anulación del laudo.

El fin o término de este proceso arbitral reabierto, merecerá por nuestra parte, las mismas consideraciones de orden teórico, que analizamos en los acápites precedentes.

2. COMPETENCIA Y NO COMPETENCIA

Uno de los pilares fundamentales de la institución arbitral, es el de la competencia que las partes otorgan a los árbitros, vía la existencia de un convenio arbitral, a efectos de que puedan conocer acerca de las controversias que, eventualmente, surjan entre ellas en el futuro.

Sin un convenio arbitral, celebrado dentro del amplio marco del artículo 13 de la ley de arbitraje, simple y llanamente no habrá tribunal competente para conocer controversia alguna entre dos o más particulares. Hacemos extensivas estas consideraciones a los casos —excepcionales, por cierto— de las partes no signatarias del artículo 14 de la referida ley.

Sin un convenio arbitral, los contratantes no se habrán apartado de la jurisdicción ordinaria, de por sí, una de las garantías constitucionales correspondientes a la administración de justicia, conforme a lo establecido en el marco de la Carta política de 1993.

---

del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial».

Pero, no se piense que la existencia del convenio arbitral y la ulterior conformación de un tribunal arbitral destinado a conocer una determinada controversia surgida entre quienes celebraron el convenio, determina que dicho tribunal arbitral tenga absoluta o infinita competencia temporal sobre la causa.

Decimos esto, en la medida de que todo arbitraje tiene un comienzo y un final; y, salvo la situación excepcionalísima de la reactivación de la competencia del tribunal arbitral por un supuesto de reenvío (acápite 1.4 del presente trabajo), la labor del tribunal arbitral concluye con la notificación del laudo; con la notificación de la eventual resolución de oficio que rectifique, interprete o integre el laudo; o, finalmente, con la notificación de la resolución que resuelva los pedidos de las partes para rectificar, interpretar, integrar o excluir el laudo.

Consideramos que los tribunales arbitrales deberían dejar de tener competencia en cualquiera de estos supuestos, en el sentido más amplio de la palabra.

No obstante, hay algunas situaciones que plantearán la posibilidad de que el tribunal arbitral extienda sus funciones más allá de estos momentos, las mismas que deberán ser analizadas detenidamente, conforme procederemos a hacer a continuación.

3. La facultad de ejecutar el laudo arbitral

Un supuesto en el que claramente los tribunales arbitrales podrán seguir teniendo competencia más allá de lo establecido en los puntos precedentes, es aquél en el cual las partes hubiesen acordado conceder al tribunal facultades de ejecución del laudo.

Es claro que, en estricto, éste es un primer supuesto de actuaciones arbitrales que se darán después del arbitraje, habida cuenta de que resulta indudable que el proceso arbitral ya habría concluido.

Queda claro que la ejecución de un laudo no es parte del proceso arbitral, sino constituye un proceso de naturaleza diferente, que se deriva de la conclusión del proceso arbitral mismo; y que, dentro de la doctrina tradicional del arbitraje, reviste caracteres muy marcados, y antes estaba reservado a los tribunales de la justicia ordinaria.

Como ha ido avanzando el arbitraje en el mundo y, específicamente, en el Perú, tanto las leyes como los reglamentos arbitrales, han contemplado la posibilidad de que los árbitros puedan ser una especie de árbitros de *ejecución* (esta denominación la empleamos por oposición a la de árbitros de conocimiento, que sería la de los árbitros que ejercen la función tradicional dentro de procesos de esta naturaleza).

Una vez concluido un proceso arbitral, y condenada que sea una parte a ejecutar una o más prestaciones a favor de la otra, lo ideal es que la parte perdedora en el proceso, proceda —honrando su palabra— a ejecutar el laudo arbitral de manera voluntaria.

En estos casos no habría mayor problema, en la medida de que la ejecución del laudo se habrá producido *inter partes* y sin intervención del antiguo tribunal arbitral.

Los problemas, sin embargo, empiezan cuando nos encontramos en presencia de una parte perdedora renuente a ejecutar el laudo, situación, por cierto, lamentablemente mayoritaria.

En estos casos, la parte vencedora no podrá ejecutar directamente el laudo, pues no cabe ejecutar las decisiones de los tribunales de manera unilateral, sino que se necesita recurrir a un órgano de justicia competente para tal efecto.

Dentro de tal orden de ideas, si es que las partes no hubiesen, al momento de establecerse las reglas del proceso, delegado al tribunal arbitral funciones de ejecución de laudo, ello determinará que la parte

que lo desee hacer cumplir, tendrá que recurrir al juez comercial para tales propósitos.

Sobre esto no vamos a incidir por razones obvias. Pero, también cabría la posibilidad de que las partes hayan contemplado y delegado en los árbitros facultades de ejecución de laudo, caso en el cual, quien haya vencido en el arbitraje podrá recurrir al tribunal, solicitándole disponga la ejecución del laudo arbitral.

Existen casos en los cuales tales facultades de ejecución no podrán ser llevadas a cabo por los tribunales arbitrales, dado que, ante la eventual negativa de la parte perdedora, ellos tendrían que recurrir a la fuerza pública para determinar la ejecución del laudo, como sería el caso del desalojo de un inmueble.

Así, el tribunal arbitral al que se recurra para tal ejecución, sólo podrá ordenar la desocupación del inmueble, pero no podrá llevar a cabo tal ejecución, razón por la cual, ante la negativa de la parte perdedora, quien venció en el arbitraje deberá recurrir ante el juez comercial para ejecutar el laudo.

En otros casos, los tribunales arbitrales sí podrán proceder a la ejecución directa del laudo, como es el supuesto en que se debe trabar embargo y ejecutar determinadas cuentas bancarias, cuya titularidad corresponda a la parte perdedora; y ello no siempre será fácil, pues en diversas ocasiones, las entidades del sistema financiero se muestran renuentes a ejecutar las resoluciones de los tribunales arbitrales, requiriendo que tales disposiciones sean ordenadas por los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Entonces, el primer caso en que veremos actuaciones arbitrales producidas después del arbitraje, será aquél en el cual se haya conferido al tribunal arbitral la facultad de ejecutar el laudo.

Por lo demás, estamos hablando de actuaciones relativas a la propia ejecución del laudo, es decir, de la colaboración que pueda prestar el tribunal para que lo resuelto por él, se materialice en la práctica, respondiendo a una expresa solicitud de ejecución por la parte interesada.

Es claro para nosotros que no son equivalentes a esta situación, todos aquellos pedidos en los que se solicite al tribunal proceder a emitir nuevas resoluciones que puedan intentar volver a hacer que el tribunal rectifique, interprete, integre o excluya aquello que ya fue resuelto en el laudo o aquello que ya hubiese sido resuelto ante pedidos de similar naturaleza, en la resolución correspondiente (la misma que, como todos sabemos, también forma parte del laudo arbitral).

En otras palabras, si algo no quedó claro en el proceso ya concluido o si hubo un error no advertido, la única manera (más allá —naturalmente— del acuerdo de partes) en que esta situación se puede salvar, será a través de un nuevo proceso arbitral, en el que la parte que así lo considere conveniente, solicite al tribunal arbitral se pronuncie sobre tales aspectos.

Los extribunales arbitrales, tampoco están autorizados para responder solicitudes que requieran de ellos pronunciamientos adicionales, como suele ocurrir en los casos en que registradores públicos requieren a los exárbitros su pronunciamiento en torno a si determinada medida cautelar que no fue levantada en el laudo, ha quedado sin efecto.

Hay casos increíbles sobre esta materia, como aquéllos en los cuales los registradores solicitan a los exárbitros que les aclaren si una medida cautelar de anotación registral, trabada en contra de la parte que ganó el proceso, sigue teniendo vigencia.

Es evidente que las medidas cautelares trabadas en sede arbitral, en contra de la parte que gana un proceso, quedan automáticamente sin efecto, con el propio laudo arbitral.

Los registradores son autoridades administrativas y hombres de derecho, que gozan de plenas facultades para analizar los títulos que se someten a su estudio y calificación.

Es la autoridad competente (el registrador), quien tendrá que pronunciarse sobre este particular. De ninguna manera lo deberá hacer un conjunto de personas que no tiene ninguna competencia ni autoridad (los exárbitros), ya que quienes integraron el tribunal arbitral, simple y llanamente dejaron de ser árbitros y carecen de cualquier competencia para estos efectos.

Es evidente que los árbitros dejan de ser árbitros cuando termina su competencia; y no por el hecho de seguir vivos, se les podrá continuar exigiendo que emitan sucesivas resoluciones en el tiempo.

Lo antes expuesto no se extiende al deber que tienen las personas que ejercieron el cargo de árbitro, de responder a cualquier requerimiento personal que, eventualmente, les pudieran hacer las autoridades del Ministerio Público o del Poder Judicial en ejercicio de sus funciones, con respecto al proceso arbitral ya fenecido.

El caso típico se presenta cuando el expresidente del tribunal arbitral es notificado por una resolución de la Corte Superior que conoce el recurso de anulación interpuesto contra el laudo, a efectos de ordenarle la remisión de los actuados para los fines respectivos.

En este caso, el expresidente del tribunal o el centro de arbitraje, si fuera el caso, deberán remitir los autos a la corte; pero quedará claro que esta actuación no será realizada como tribunal arbitral, sino a título de persona natural, que ocupó la presidencia de un tribunal arbitral, hoy incompetente, por haber cesado en sus funciones.

En estos casos, las actuaciones de los exárbitros serán a título personal y no como tribunal arbitral.

Es claro también que una vez cesada la competencia del tribunal arbitral, éste no podrá —y tampoco deberá— emitir resoluciones que dejen constancia, a solicitud de alguna de las partes, de que «el laudo arbitral ha quedado firme», o de que «el laudo arbitral ha quedado firme en sede arbitral».

En torno al primero de los pedidos —muy usual, por cierto—, los exmiembros de tribunales arbitrales no tienen competencia para emitir tal constancia, en la medida de que a tales personas no les puede constar que haya alguna parte que hubiese interpuesto recurso de anulación contra el laudo, ya que los recursos de anulación se interponen ante el Poder Judicial y no en la antigua sede del tribunal arbitral.

Es más, a los exmiembros del tribunal arbitral pudiera constarles que sí se ha interpuesto recurso de anulación contra el laudo, ya sea porque así lo haya informado la parte recurrente, o porque la Corte Superior haya oficiado al expresidente del tribunal o al centro de arbitraje respectivo, la remisión de los autos, a efectos de conocer la anulación.

En relación al segundo pedido; es decir, que se declare que «el laudo arbitral ha quedado firme en sede arbitral», debemos decir que se trata de un requerimiento inútil, pues resulta evidente que si hay laudo y, de ser el caso, resolución posterior que lo rectifique, interprete, integre o excluya, el proceso arbitral habrá concluido y el laudo, obviamente, habrá quedado «firme» en sede arbitral; ello, independientemente de si se anula o no en el futuro en sede judicial.

4. Tribunales arbitrales que no cuenten con la facultad de ejecutar el laudo

Tradicionalmente, ha sido regla que los tribunales arbitrales no estén facultados para proceder a la ejecución de los laudos arbitrales.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que la competencia de tales tribunales habrá concluido en cualquiera de los supuestos analizados en el punto 1 del presente trabajo.

En resumen, todo este razonamiento se reduce a una idea bastante simple, en el sentido de que, salvo los casos de excepción señalados en este estudio, no deben producirse actuaciones arbitrales, una vez concluido el proceso arbitral.

5. La conservación de las actuaciones arbitrales

Conforme a lo dispuesto por la ley de arbitraje (artículo 61):

> Artículo 61.- Conservación de las actuaciones.
> 1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes. 2. Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales. 3. Si se interpone recurso de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a su costo. Resuelto el recurso en definitiva, serán de aplicación los numerales 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse éstas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.

El artículo antes transcrito pone de manifiesto el interés de la ley en que se conserven las actuaciones arbitrales, al menos por tres meses desde que se produzca la terminación de las actuaciones (en el sentido que venimos trabajando en este artículo).

Para el caso de los arbitrajes derivados de la contratación con el Estado, el deber de conservación de las actuaciones arbitrales recaerá en la institución arbitral, si hubiese sido administrado, o en el expresidente del tribunal, si hubiese sido *ad-hoc*.

En todos estos casos, la conservación deberá realizarse en físico o en documento electrónico, con la debida certificación y protocolo notarial.

La figura de la conservación de los expedientes arbitrales, tiene por finalidad el resguardar que las partes puedan hacer efectivo su derecho de interponer el recurso de anulación de laudo.

Si bien es cierto que el plazo para interponer la anulación del laudo es muy corto (veinte días hábiles desde la conclusión del proceso), conforme a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 64 de la ley de arbitraje, ello no significa que el tribunal conozca de inmediato de la interposición de tal recurso, lo que generalmente ocurrirá algunos meses después, cuando reciba el oficio respectivo de la Corte Superior, ordenando la remisión de los autos.

En ese sentido, el plazo de tres meses señalado por la ley de arbitraje, podría resultar algo corto, dado que suele ocurrir que el aludido oficio es notificado a la sede del tribunal luego de más de tres meses desde la conclusión del proceso arbitral, con lo que hubiese sido adecuado el establecimiento de un plazo mayor a tres, pero menor a seis meses.

En el caso de la contratación estatal, la Ley de Contrataciones del Estado (artículo 45.11)[3] se va al otro extremo, estableciendo un plazo excesivamente largo (diez años).

Poco o nada se ha reparado con respecto a los costos que implica para una institución arbitral o el expresidente de un tribunal arbitral, la conservación íntegra de tales actuaciones, las mismas que, en muchos casos, suelen ocupar infinidad de archivadores.

Se podrá decir que para tales efectos la institución arbitral o el presidente del tribunal tienen el camino de recurrir a su microfilmado digital con protocolo notarial, pero ello también implicará un gasto que puede llegar a ser muy considerable, dependiendo del volumen de lo que se tenga que microfilmar.

No cabe duda de que el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, impone que las actas de instalación de los tribunales arbitrales deban considerar un rubro específico en materia de gastos del arbitraje, relativo a la conservación de las actuaciones, el mismo que debería ser fijado por resolución anterior al laudo, habida cuenta de que recién en aquel momento se conocerá el volumen total (aproximado, por cierto) de las actuaciones arbitrales.

---

[3] 45.11 Los medios de solución de controversias a que se refiere la presente ley o su reglamento, se desarrollan en cumplimiento del principio de transparencia.
Las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con remitir la información que establezca el reglamento y aquella que solicite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a las controversias derivadas de la aplicación de la presente ley, bajo responsabilidad de su titular o representante legal.
En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo de diez (10) años desde su terminación. Antes del vencimiento de dicho plazo, la custodia puede ser encargada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), bajo los requisitos y condiciones previstos en el reglamento. Tratándose de arbitrajes ad-hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por el plazo señalado. (El subrayado es nuestro).

Tales gastos deberían ser sufragados por las partes, en proporciones iguales, antes de que el tribunal establezca el inicio del plazo para laudar.

En lo que respecta a las partes, es claro que estas normas relativas a la conservación del expediente, tienen por finalidad que aquéllas puedan solicitar copias de piezas de las actuaciones o de ellas en su conjunto, para hacer efectivos sus derechos de la manera en que lo consideren conveniente.

Si bien se trata de una materia no regulada por la Ley de Arbitraje ni por la Ley de Contrataciones del Estado, consideramos que, para estas solicitudes de mero trámite, no es necesaria la intervención de los exmiembros del tribunal arbitral, sino única y exclusivamente, de quien hizo las veces de secretario del mismo, quien podrá brindar dichas copias a costo del solicitante.

Es evidente que si el exsecretario estuviese imposibilitado de proceder en tal sentido (como podría ser el caso en que ya radique en otro país), podrá el expresidente del tribunal, desempeñar esta función (en caso de arbitrajes *ad-hoc*).

El mismo razonamiento podríamos aplicar ante la imposibilidad de actuación del expresidente, siendo factible que tal labor sea desempeñada por cualquiera de los otros exmiembros del tribunal arbitral.

El problema radicará cuando el tiempo pudiera haber determinado la imposibilidad de participar de todos los miembros del tribunal arbitral, dado que éstos podrían encontrarse viviendo en el extranjero realizando otras actividades, hallarse incapacitados, o incluso haber fallecido.

En razón de ello, creemos que en las actas de instalación de los tribunales arbitrales debería optarse paulatinamente por eliminar la conservación física de los expedientes, y que ellos pasen a custodia digital de los centros de arbitraje, no sólo cuando se trate de arbitrajes institucionales, sino por

iniciativa de las partes o de los miembros o exmiembros del tribunal arbitral.

Es evidente que tal custodia también podría delegarse a los notarios públicos.

6. Para concluir

Como vemos, el tema de las actuaciones después del arbitraje, no es simple, ya que el mismo ofrece muchas aristas, que, usualmente, no son abordadas de manera orgánica.

Hemos intentado dar respuesta de conjunto a este problema, siendo conscientes de que éste es sólo un primer acercamiento al arbitraje después del arbitraje.

Lima, enero del 2017.

Presentación de los volúmenes 36, 37 y 38 de la Biblioteca de Arbitraje en la ciudad del Cusco*

Señora doctora Karina Zambrano Blanco, presidenta de la Asociación Zambrano,
Estimadas autoridades regionales y municipales,
Apreciados colegas,

Tiene para mí honda satisfacción el encontrarme aquí con ustedes para presentar los volúmenes 36, 37 y 38 de la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio, los mismos que contienen las Actas de los congresos internacionales de arbitraje correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016, que fueron organizados por la Asociación Zambrano en el Cusco.

Tengo el privilegio de haber sido invitado por la doctora Zambrano a todos los Congresos que se realizaron en el Cusco, y lamenté mucho no asistir, por razones de salud, al del año 2016, que tuvo lugar en el Valle Sagrado.

Recuerdo que una vez finalizado el congreso del año 2014 le comenté a Karina la idea de poder publicar las actas de estos congresos dentro de la Biblioteca de Arbitraje.

Ella me contó que no se había grabado el primer congreso, que tuvo lugar en el año 2013, pero que felizmente sí había registrado las exposiciones del congreso del 2014.

---

* Palabras de presentación de los volúmenes 36, 37 y 38 de la *Biblioteca de Arbitraje*, en el marco del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación de la Asociación Zambrano, desarrollado en el auditorio de la Municipalidad Provincial del Cusco, los días 31 de marzo al 2 de abril de 2017.

En ese momento, nos pusimos de acuerdo, rápidamente, para poder incorporar las transcripciones de los referidos eventos en libros de nuestra colección.

Lo ideal hubiera sido que aparecieran año tras año las actas de estos congresos; sin embargo, debo expresar que la edición de un libro de estas características es una labor bastante complicada, la misma que pasa por una cuidadosa transcripción de los audios; y ulteriores revisiones, a efectos de que el resultado esté bastante pulido.

A todo ello hay que agregar las correcciones de las pruebas en Word y de las ulteriores pruebas de imprenta, luego de todo lo cual recién se podrá imprimir la obra para que llegue a manos de ustedes.

Estas obras han sido objeto de ese cuidadoso proceso de edición, el mismo que ha concluido con los libros que hoy presentamos.

Hemos impreso una voluminosa edición de 500 ejemplares de cada uno de los tres títulos, los mismos que hoy son presentados en su ciudad natal, Cusco y que empezarán a circular en la capital de la República a partir de la próxima semana.

Es bueno precisar también que la *Biblioteca de Arbitraje* puede ser consultada de manera virtual en la página web de mi Estudio de abogados, en donde está la inmensa mayoría de volúmenes de la colección, con pleno acceso libre y gratuito. Los tres libros que presentamos esta noche se encontrarán a disposición del público, también a partir de la próxima semana.

Nuestra colección, que desde diciembre del 2016 viene conmemorando su décimo aniversario, es la publicación periódica más antigua de arbitraje en el Perú sin solución de continuidad, pues no hemos dejado de publicar ejemplares en ninguno de estos años.

El último en aparecer, antes de estos tres volúmenes, fue una obra escrita por quien les habla, de marcadas experiencias personales en la profesión, titulada *Entre el derecho civil y el arbitraje*, la misma que fuera presentada en Lima en diciembre pasado y que salió a la luz justo al cumplirse diez años de la publicación del primer volumen de nuestra *Biblioteca*.

Valoro mucho el trabajo desarrollado por Karina Zambrano y su Asociación en pro del arbitraje del Cusco y del Perú en general, pues, como resulta evidente todos los años, este congreso no sólo reúne profesionales de la Ciudad Imperial, sino de diversas localidades del Perú y del extranjero.

Además, los temas que usualmente se exponen y debaten en estos congresos constituyen materias de gran importancia y mucha actualidad para el arbitraje, de modo tal que hubiese resultado imperdonable que no quedara testimonio escrito de todos estos esfuerzos. Esto queda salvado con los volúmenes que contienen las actas de los mismos, en sus versiones física y virtual.

No quiero extenderme más. Sólo deseo reiterar mi agradecimiento a Karina Zambrano por permitir a la *Biblioteca de Arbitraje* incorporar las actas de sus congresos en estos tres volúmenes que, con toda satisfacción presentamos esta noche.

De más está decir que el compromiso para publicar las actas de los Congresos del Cusco no se circunscribe a los eventos ya desarrollados, sino también a este congreso y a los futuros que, Dios mediante, se puedan desarrollar en esta hermosa ciudad.

Muchas gracias.

Alcances y límites entre la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje[*]

Estimados colegas y amigos,

1. Consideraciones preliminares

Cuando el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica me pidió abordar este tema, acepté con algún temor, dado que los alcances y límites entre la transparencia y confidencialidad representan materia muy delicada y de difícil tratamiento.

Intentaré, en los siguientes minutos, proporcionar un esbozo preliminar del mismo.

No voy a hondar en lo que respecta a la transparencia, sus alcances y al propio deber de declaración de los árbitros, ya que constituyen materias harto exploradas en la doctrina y eventos de arbitraje.

2. ¿Qué información sobre el arbitraje puede ser revelada a terceros?

En el entendido de que nos encontremos en presencia de un arbitraje que se rija por la regla de la confidencialidad, resulta importante analizar qué aspectos del mismo pueden ser revelados a terceras personas,

[*] Palabras pronunciadas en el XI Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el viernes 26 de mayo de 2017.

tanto por los árbitros como por las partes y sus representantes legales y asesores.

Esta materia debería ser tratada con cuidado, ya que, en principio, las partes pueden emplear la información obtenida en el proceso, si es que ella resulta de relevancia para la defensa de sus propios intereses con respecto a la parte contraria, en cualquier procedimiento de orden arbitral, judicial o administrativo, en tanto aquello que se invoque sea lo absolutamente esencial para la defensa del propio derecho y que tal invocación no perturbe el normal desarrollo del proceso arbitral.

Es evidente que la confidencialidad no debería primar sobre la propia defensa de los derechos con respecto a la contraparte, en el marco de un mismo conflicto de intereses.

A mi modo de ver, queda claro que la información obtenida en un proceso arbitral no podrá ser empleada por las partes en asuntos ajenos a ese propio conflicto de interés *inter partes* y a las aristas que, naturalmente, el mismo pueda generar.

Con respecto a terceros, la confidencialidad debe regir de manera casi absoluta, con la mera excepción de la información básica que resulte necesario revelar en determinadas circunstancias.

Se me viene a la mente el caso concreto de los árbitros o abogados que participan en un determinado proceso arbitral, cuando tienen que hacer su declaración en otro proceso en el que participan en calidad de árbitros.

Esta revelación deberá limitarse a informar acerca de la existencia del proceso, con la indicación del punto de conexión, vale decir, de si coincide alguna de las partes o si coincide uno de los abogados o estudios que ejercen la defensa de alguna de ellas o alguno de los árbitros miembros del tribunal.

La situación ideal es aquella en la cual los procesos sobre los cuales hay que hacer alguna revelación están numerados por la institución que los administra.

Así, por ejemplo, se podrá declarar en otro caso que el árbitro nombrado también es árbitro en el proceso arbitral número tal, que se sigue ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y que —aquí viene el punto de conexión— en ambos procesos el árbitro ha sido designado por la misma parte o por el mismo estudio de abogados patrocinante.

En estos supuestos, la información proporcionada será mínima, ya que el número del caso podrá identificar a una de las partes, si correspondiera hacerlo, pero incluso podrá guardar absoluto anonimato sobre ellas, en caso que lo que hubiere que declarar fuere una materia distinta a la identidad de las partes.

El asunto se complica cuando los datos a revelar sean relativos a un proceso arbitral ad-hoc, situación en la cual al revelar la información que se tenga que declarar en otro proceso, el árbitro de ese otro proceso tendrá dos caminos a seguir, los dos a mi juicio válidos.

El primero de ellos, consistirá en hacer simple referencia a «un proceso arbitral *ad-hoc*» y luego detallar el punto de conexión.

El segundo camino consiste en hacer alusión al proceso arbitral ad-hoc, pero también indicar cuáles son las partes en conflicto, para —posteriormente— referirse al punto de conexión.

En este último caso, si bien se están revelando los nombres de las partes en conflicto en el arbitraje, tal información se pone en conocimiento para situar mejor a las partes.

Estimo que, en estos casos, no se viola deber de confidencialidad alguno.

También debemos pronunciarnos sobre el caso en el cual el tribunal arbitral reciba algún requerimiento de otro tribunal arbitral para proporcionar información acerca del proceso en curso.

En estos casos, el tribunal arbitral deberá limitarse a proporcionar información básica, es decir a afirmar o negar la existencia del proceso en curso, a proporcionar la identidad de las partes y, si se le solicita, indicar cuándo se inició el proceso.

Toda información adicional violaría la confidencialidad del arbitraje, además de que la misma podrá ser conocida por el otro tribunal (es decir, por el que requiere la información), ya que las partes se la pueden proporcionar, sea *motu proprio* o a requerimiento del mismo tribunal.

Similar será el caso en el cual el tribunal arbitral reciba un requerimiento de un juzgado o tribunal de naturaleza civil, supuesto en el cual sus deberes de información se limitarán a brindar los datos antes mencionados, debiendo negarse a proporcionar cualquier otra información, si se le hubiere requerido.

Y la razón por la cual un tribunal arbitral puede mantener esta reserva y confidencialidad frente a un tribunal civil ordinario, es porque nos encontramos ante tribunales de la misma naturaleza, pero de jurisdicciones diferentes.

Distinto será el caso en el cual el tribunal arbitral reciba algún requerimiento de información por parte del Ministerio Público o de algún juez penal, en torno a alguna investigación o proceso en curso, respectivamente.

Ahí es evidente que los tribunales arbitrales están en la obligación de proporcionar toda la información solicitada, habida cuenta de que la confidencialidad del arbitraje no puede primar sobre la potestad que tienen los órganos del Estado para investigar y juzgar eventuales delitos.

3. ¿Qué información puede ser aportada al arbitraje?

En lo que se refiere a la información que resulte necesaria para dilucidar el caso, tanto argumental como de medios probatorios, las partes tendrán la más absoluta libertad de acción, mientras ellas mismas no violen la confidencialidad que deben tener con respecto a terceros ajenos al proceso, sea derivada de mandato legal o de sus relaciones contractuales.

En ese sentido, las partes deben tener sumo cuidado en no emplear en el arbitraje, información cuya disposición les esté vedada por las referidas fuentes de las obligaciones.

Éste es un tema, sin duda, muy complejo, sobre todo en lo que respecta a las exhibiciones de documentos ofrecidas como prueba, en aquellos casos en que frente a la solicitud de exhibición la contraparte alega la imposibilidad de hacerlo, derivada de la confidencialidad del documento cuya exhibición se solicita.

En estos casos, polémicos por cierto, el tema tendrá que analizarse en detalle, tanto para constatar la existencia de tal confidencialidad, como también para verificar si procede amparar o no el argumento relativo a que, más allá de la existencia o no de cualquier convenio de confidencialidad, nos encontremos frente a información cuyo contenido no sólo pertenece a la parte a la que se solicita exhibir, sino también a un tercero.

Otro de los aspectos importantes y que tiene que ver mucho con la ética profesional, es el relativo al deber de los abogados de parte de no emplear información proporcionada por los árbitros, que hubieran podido obtener de tales personas en oportunidades anteriores (distintas al proceso) y de manera confidencial.

Fui testigo de un caso en el cual un estudio de abogados extranjero había solicitado y obtenido información personal de un abogado, en

torno a determinados temas que iban a conducir a que ese profesional eventualmente elaborara un informe para un cliente de ese estudio.

Meses después, ese mismo estudio de abogados utilizó dicha información contra ese profesional para recusarlo en el cargo de árbitro que ocupaba en otro proceso arbitral en el que la referida firma defendía a una de las partes.

Práctica indecorosa, sin duda.

Todos estos aspectos de la confidencialidad en los arbitrajes, no pueden ser desligados de la confidencialidad y del secreto profesional que rige para todos los abogados en virtud del código de ética respectivo; no sólo en lo que atañe al vedado cruce de información reservada, sino en lo que se refiere a cualquier otra información que uno conozca en el ejercicio profesional con carácter reservado.

Por el contrario, sí se puede emplear y cruzar cualquier información que sea o pueda ser de conocimiento público o general.

En suma, la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje tienen puntos de contacto muy finos, relacionados con muchos otros aspectos de la vida y de la profesión.

Con estas palabras sólo he pretendido hacer una breve aproximación a tan importante tema. Queda seguirlo explorando.

Muchas gracias.

Palabras de presentación de los volúmenes 39, 40 y 41 de la *Biblioteca de Arbitraje*[*]

Queridos Marlene y Roque,
Estimados amigos,

Vuelvo a hacer uso de la palabra esta noche para participar en la presentación de los tres más recientes volúmenes de la colección *Biblioteca de Arbitraje*, los números 39, 40 y 41, que recogen las actas del octavo, noveno y décimo congresos internacionales de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, uno de cuyos ejemplares estará en vuestras manos esta noche.

No es la primera vez que Roque nos acompaña presentando las actas de estos congresos contenidas en la *Biblioteca de Arbitraje*, pues ya lo hicimos hace tres años, en este mismo auditorio.

Voy a ser muy breve, para expresar que a la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio de abogados, le es inmensamente grato haber publicado desde el principio —y seguir publicando—, las actas de los congresos de arbitraje de la universidad, cuyos libros son testimonio de la evolución del arbitraje en nuestro país y de los problemas, empeños y circunstancias que le ha tocado vivir.

---

[*] Palabras pronunciadas con fecha viernes 26 de mayo de 2017 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú, en el marco del XI Congreso Internacional de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Estas obras, además, dejan constancia escrita (tanto en formato papel como virtual, pues son colgadas en la página web del Estudio) del pensamiento de los más connotados profesores y abogados especialistas en arbitraje del Perú y de otros países.

Es propósito nuestro que la *Biblioteca de Arbitraje,* fomente el desarrollo de la cultura arbitral, tanto en sus aspectos formales, de fondo, como también deontológicos.

Estamos convencidos de que el fortalecimiento del arbitraje en el Perú es también el afianzamiento de un sector muy importante de la administración de justicia.

En ese sentido, quiero agradecer las generosas palabras de nuestro colega y amigo, el reconocido profesor Roque Caivano, las mismas que honran esta presentación; así como la colaboración que continuamos teniendo del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, dirigido desde hace algunos meses por nuestra querida amiga, la doctora Marlene Anchante, quien ha seguido la senda trazada por su primer director, nuestro recordado amigo el doctor César Guzmán-Barrón, con quien fundamos este congreso en septiembre del 2007. Marlene, también, desarrolla un notable esfuerzo en todas las actividades del centro de arbitraje.

Por lo demás, la *Biblioteca de Arbitraje* siempre tendrá las puertas abiertas para publicar nuevas obras sobre la materia, como —lo adelanto— lo estaremos haciendo en los próximos meses con libros cuya autoría corresponde a diversos profesores peruanos y europeos.

Muchas gracias.

El arbitraje y los procesos de la jurisdicción ordinaria*

Apreciados colegas que me acompañan en la mesa,
Estimados profesores,
Queridos estudiantes,

El día de hoy asistimos al desarrollo del Conversatorio titulado *Derecho Procesal Civil y Arbitraje*, el mismo que cuenta con la participación de destacados colegas, como son los doctores Gonzalo García Calderón Moreyra y Giovanni Priori Posada, abogados en ejercicio, árbitros y académicos de renombre, quienes han tenido la gentileza de venir a Arequipa a efectos de disertar en este evento.

Además contamos con la participación de nuestro querido profesor, el doctor César Ibarra Valdivia, muy apreciado catedrático de la Facultad de Derecho; así como con el Director de la Escuela de Derecho y ex Decano de nuestra Facultad, doctor Rafael Santa María D'Angelo.

Para hablar sobre el arbitraje y los procesos que se siguen en la jurisdicción ordinaria, estimo conveniente realizar un análisis en paralelo acerca de cuáles son las semejanzas y diferencias entre uno y otros.

No es mi propósito, obviamente, agotar el tema en estas breves palabras, sino sólo delinear un marco general, para abrir el debate.

---

* Palabras pronunciadas el jueves 20 de julio de 2017 en el Conversatorio «Derecho Procesal Civil y Arbitraje», que tuvo lugar en el Auditorio San Juan Pablo II de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

1. POR SU BASE LEGAL

Tanto la jurisdicción ordinaria como el arbitraje están regulados por el artículo 62 de la Constitución, precepto que les brinda carácter jurisdiccional, conjuntamente con la jurisdicción militar.

No constituye objeto de este trabajo el analizar si la jurisdicción es una sola o si cabe hablar de tres tipos de jurisdicción; en otras palabras, no voy a ingresar al estudio de si la denominación otorgada por la Constitución, es o no correcta, pues resulta claro que independientemente de ello, el constituyente de 1993 quiso otorgar a ambas (la jurisdicción ordinaria y el arbitraje) igual jerarquía normativa, considerándolas —propiamente— jurisdicción.

En ese sentido, en lo que respecta a su base legal, el arbitraje y la jurisdicción ordinaria no se distinguen, más bien se asemejan.

2. POR SU ORIGEN

Para recurrir al arbitraje, es claro que se requiere la existencia de un convenio arbitral, el mismo que podrá estar contenido en un contrato mayor celebrado entre las partes o podría consistir en un contrato especial.

Lo normal, como sabe, es que los convenios arbitrales constituyan una cláusula de un contrato que regule las condiciones entre las partes y que prevean que si ellas tuvieren alguna controversia, ésta se solucionará en el marco de un proceso arbitral.

Pero, incluso, en los supuestos en los cuales el arbitraje se acuerde con posterioridad al nacimiento del conflicto, el mismo tendrá origen contractual, así como lo tendrá en cualquiera de los supuestos contemplados por el artículo 13 de la ley de arbitraje.

En cambio, es distinto el origen de los procesos judiciales, pues no es necesaria la existencia de una cláusula contractual relativa a la competencia de los tribunales ordinarios.

Si existiera tal cláusula, evidentemente su origen será contractual, pero con una salvedad y es que tal cláusula bien podría no existir y, aun así, los tribunales de la justicia ordinaria serían los competentes para conocer la controversia.

En lo que sí pueden disponer las partes, es en el señalamiento de domicilios contractuales especiales, que otorguen competencia a jueces de determinada Corte Superior y eso sea lo que se acuerde en el contrato.

Independientemente de ello, la competencia de los tribunales ordinarios no nace de un contrato. Tiene naturaleza extracontractual.

3. Por el momento de constitución de los tribunales

En la jurisdicción ordinaria, los tribunales de justicia están constituidos con anterioridad al origen de las controversias surgidas entre los particulares.

Como todos sabemos, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Reglamento de Organización y Funciones del propio Poder Judicial (Resolución Administrativa n.° 226-2012-CE-PJ) establecen cuál es la conformación del aparato de justicia oficial del país, además de determinar la manera en que estarán conformados los tribunales y qué órganos serán los encargados de efectuar tales nombramientos. Esto, en adición a las funciones que otorga la Constitución Política del Perú al Consejo Nacional de la Magistratura.

Por lo demás, a menos que se trate de jurisdicciones con un número muy reducido de juzgados, el conocimiento de las causas estará

determinado por la aleatoriedad, de modo tal que, dado que en nuestro tiempo ya no existen los turnos judiciales en materia civil, las partes no podrán escoger cuál es el juez que conocerá su causa, ya que la misma llegará a algún juzgado de manera aleatoria.

En cambio, en el caso del arbitraje, la situación es muy diferente, habida cuenta de que todo tribunal arbitral se constituye de manera particular para conocer la causa que será sometida a su competencia.

Es más, el procedimiento habitual de nombramiento de árbitros apunta en ese sentido, habida cuenta de que cada una de las partes (futuro demandante y futuro demandado), nombrará un árbitro; y, entre los dos, nombrarán a quien será presidente del tribunal arbitral.

Esto significa que los tribunales arbitrales no están preconstituidos a la controversia, ya que el inicio de esa controversia precede a la conformación de tales tribunales.

Ello también implica que los tribunales de la jurisdicción ordinaria existían y seguirán existiendo antes y después de concluida la controversia, a diferencia de los tribunales arbitrales que nacerán y se extinguirán con la misma. Sobre ese tema debemos hacer una salvedad, en lo que respecta a la ejecución del laudo y de la sentencia, ya que es regla general que en la justicia ordinaria los tribunales que resuelven no necesariamente serán los mismos que ejecuten las sentencias.

En el caso del arbitraje, resulta probable que el tribunal arbitral no cuente con facultades de ejecución, caso en el cual las partes tendrán que recurrir a la jurisdicción ordinaria para ejecutar el laudo.[1]

---

[1] Decreto Legislativo n.º 1071
«Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial
[…]
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar

También deberán recurrir a tales juzgados quienes venzan en un arbitraje, a pesar de que el tribunal arbitral tenga facultades de ejecución, si es que para llevarla adelante se requiera ordenar una ejecución forzosa, materia que escapa a las atribuciones de los tribunales arbitrales, los mismos que carecen de *coertio*.

Ello significa que en tanto los tribunales arbitrales cuenten con facultades de ejecución y no requieran ordenar medidas de fuerza, ellos mismos podrán ejecutar los laudos que hayan emitido.

4. Por las normas a aplicar

Los procesos judiciales están normados por el Código Procesal Civil del año 1993,[2] con sus modificatorias.

En cambio, los procesos arbitrales se rigen, en general, por la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071, del año 2008 y sus modificatorias.

Esto no significa que todos los arbitrajes se van a regular por esta ley, porque en algunos casos ella sólo resultará aplicable de manera supletoria, como ocurre en los supuestos de arbitraje y contratación estatal y de arbitraje en materia de expropiación, por citar dos ejemplos muy representativos.

Existe toda una discusión en el sentido de decir que las normas del Código Procesal Civil pueden aplicarse supletoriamente a la ley de arbitraje.

---

donde el laudo debe producir su eficacia».

[2] Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS.

Tal discusión se centra en ver de qué manera las instituciones y figuras propias del proceso civil ordinario, son aplicables al arbitraje.

Por nuestra parte, no vemos inconveniente para que se proceda de esta forma, dado que muchas de las figuras e instituciones del proceso arbitral tienen sus raíces en el proceso civil y, sin duda, la doctrina que las respalda en materia procesal civil, resulta sólido sustento para las mismas en el arbitraje.

El ejemplo por excelencia es el relativo a la teoría de la prueba. Sobre este particular, podríamos preguntarnos si sería posible construir una teoría de la prueba para el arbitraje, siendo evidente que la respuesta negativa se impone. El derecho no está para esfuerzos inútiles.

5. Por su rigidez o flexibilidad

De una simple lectura del Código Procesal Civil, queda claro que el grueso de sus disposiciones, son de carácter imperativo, tanto en lo que respecta al diseño de los procedimientos que integran los procesos, como en lo referente a plazos y demás disposiciones.

Se puede decir que los diferentes modelos de proceso regulados por la ley procesal civil ordinaria, están signados por la rigidez. Se trata de un conjunto de procedimientos diseñados para ser seguidos de manera obligatoria, tanto por los jueces como por las partes en litigio.

La razón de ser de una disposición de esta característica se basa en que resultaría imposible para el Estado permitir a las partes que establezcan variantes dentro de estos modelos procedimentales, dada la existencia de los cientos de miles de procedimientos que se rigen por tales modelos en particular, y por los varios miles de procesos de las mismas características que tiene a su cargo cada juez.

En ese sentido, resultaría impensable que tales procesos puedan incluir procedimientos y plazos distintos acordados por las partes, estimando que tal situación haría colapsar, de una vez por todas, los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Ningún juez podría manejar un despacho judicial con estas variopintas características. En la teoría procesal sí se contemplan estas variantes, pero dudamos mucho de que su eventual regulación legislativa tuviere algún éxito.

Distinta es la situación en los arbitrajes, pues no olvidemos que los árbitros son designados para conocer un proceso en específico; y una persona que se dedique al arbitraje, puede llevar a la vez, algunos pocos arbitrajes o, a lo mucho, en el mejor de los casos, algunas decenas de ellos; pero de ninguna manera la carga procesal del árbitro se podrá asemejar a la de un juez de la jurisdicción ordinaria. Siempre habrá varios abismos de distancia en los volúmenes de causas que conozca cada uno.

Son, pues, estas diferencias, las que permiten que en los arbitrajes las partes y los árbitros puedan diseñar características particulares para cada proceso, sin que ello constituya problema práctico alguno.

6. Por las resoluciones que se emiten en el proceso

Las resoluciones propias de los procesos judiciales son los decretos, los autos y las sentencias[3] (resoluciones que ponen fin a la instancia).

---

[3] Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil
«Artículo 120.- Resoluciones
Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a éste, pueden ser decretos, autos y sentencias».
«Artículo 121.- Decretos, autos y sentencias
Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.
Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas

En el caso de los arbitrajes, también hay decretos y autos, los mismos que llevan el nombre genérico de resoluciones, en tanto que el proceso arbitral concluye con una resolución denominada laudo, que es el equivalente a las sentencias de los procesos de la jurisdicción ordinaria. No obstante, pueden existir laudos parciales.[4]

7. POR EL NÚMERO DE INSTANCIAS

Es garantía constitucional de la administración de justicia ordinaria y militar, la pluralidad de instancias, lo que significa que lo que se resuelva en primera instancia podrá ser, al menos, apelado a una segunda.

La regla es que los arbitrajes carecen de instancia plural. Esto implica que aquello que sea resuelto por el tribunal arbitral será inapelable.

El sistema de control de legalidad de los laudos arbitrales está constituido por el denominado recurso de anulación del laudo, el mismo que se interpone ante la Sala Comercial del lugar donde haya sido expedido el laudo.

---

de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.
Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal».

4 Decreto Legislativo n.º 1071
«Artículo 54.- Laudos
Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios».

Tanto la Ley de Arbitraje de 1992[5] como la de 1996,[6] contemplaban expresamente la posibilidad de que las partes pacten una segunda instancia arbitral, lo que significa que el laudo, en tales casos, podía ser objeto de recurso de apelación ante otro tribunal arbitral que se conforme de acuerdo a lo pactado por las partes.

En la práctica, dicha doble instancia no era moneda corriente y en mi experiencia profesional nunca tuve ocasión de asistir o conocer un caso en que las partes hubieren contemplado una segunda instancia en el arbitraje.

Es por esa falta de recurrencia, que la ley de arbitraje del 2008 ya no contempló la segunda instancia arbitral y el consiguiente recurso de apelación. Es más, el artículo 59 señala que el laudo es definitivo e inapelable. Sin embargo esta última característica constituye, por su naturaleza, una norma de carácter dispositivo y no imperativo, razón por la cual cabe pacto en contrario.

---

5 Ley General de Arbitraje de 1992 - Decreto Ley n.º 25935
«Artículo 58.- Es competente para conocer de la apelación ante el Poder Judicial del laudo de derecho la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje que hubiera conocido de la apelación a que se refiere el inciso 5 del artículo 15. De no ser ese el caso, es competente la Sala correspondiente al momento de presentar la apelación».

6 Ley General de Arbitraje de 1996 - Ley n.º 26572
«Artículo 60.- Recurso de Apelación
Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».

En ese sentido, queda claro que el recurso de apelación no está prohibido; simplemente no está regulado.

De ello se deriva que, en aplicación del principio constitucional en el sentido de que aquello que no está prohibido,[7] está permitido, las partes tienen plena libertad para convenir una segunda instancia arbitral.

8. POR LA ONEROSIDAD

No es que la administración de justicia ordinaria sea gratuita, dada la existencia de cédulas, tasas y otros pagos que la ley exige para litigar.[8]

Sin embargo, queda claro que tales costos, en verdad, resultan poco significativos en relación con los volúmenes controvertidos.

Es el Estado, por lo demás, quien solventa el mantenimiento del aparato de la justicia ordinaria. Sueldos de jueces y de todo el personal administrativo del Poder Judicial, locales, y todos los gastos que, en bienes y servicios, son necesarios para que pueda funcionar el aparato de la justicia ordinaria.

En cambio, en los arbitrajes son las partes las que solventan los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Si se tratase de un arbitraje institucional, hablaríamos de honorarios de árbitros y de gastos administrativos del centro de arbitraje.

---

7 «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
[…]
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

8 Ley n.º 26846. Determinan principios que sustentan el pago de Tasas Judiciales y modifican el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el caso de los arbitrajes institucionales, los honorarios y gastos se rigen por tablas; y en el caso de los ad hoc, por lo que dispongan los propios árbitros a menos —claro está— que resulte aplicable al caso alguna tabla que el convenio arbitral hubiere contemplado, no obstante tratarse de un arbitraje ad hoc.

Los gastos arbitrales son mucho mayores que los judiciales, calculándose en función de porcentajes (usualmente no mayores al 3%) de los montos controvertidos.

Por lo demás, en los procesos arbitrales, si las partes no cumplen con efectuar los pagos de honorarios, simplemente los tribunales estarán facultados para ordenar la suspensión y hasta el ulterior archivo del proceso.

En tal virtud, cuando se pacta un convenio arbitral, las partes son conscientes de que si no disponen de tales recursos, el arbitraje se frustraría.

En realidad, son muchos más los aspectos en que resultan susceptibles de comparación los arbitrajes y los procesos de la jurisdicción ordinaria.

He querido, en estas palabras introductorias, hacer breve referencia a los más notorios.

Esta noche, con las intervenciones de los ilustres profesores invitados tendremos, sin duda, un panorama mucho más rico y complejo de tan interesante problemática.

Muchas gracias.

Discurso de presentación del volumen 43 de la *Biblioteca de Arbitraje* «Arbitraje de inversión. El dinámico fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión», escrito por Giancarlo Peralta Miranda[*]

Señora doctora Maricarmen Tovar Gil,
Señor doctor Gonzalo García Calderón Moreyra, distinguidos comentaristas de la obra,
Señor doctor Giancarlo Peralta Miranda, autor del libro que hoy presentamos,
Estimados colegas y amigos,

Es muy grato, en mi condición de director de la *Biblioteca de Arbitraje*, presentar el volumen 43 titulado *Arbitraje de inversión. El dinámico fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión*, escrito por el joven abogado, Giancarlo Peralta Miranda.

Conocí a Giancarlo hace ya varios años, cuando se desempeñaba como secretario en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, donde siempre desarrolló una labor muy dedicada y eficiente.

Lo dejé de ver algún tiempo y cuando nos volvimos a encontrar, él me contó que había escrito un trabajo sobre arbitraje de inversión,

[*] Palabras pronunciadas en el acto de presentación de la mencionada obra, la noche del lunes 16 de octubre de 2017, en la Sala Baquíjano y Carrillo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

basado en la tesis con la que optó el título de abogado en la Universidad Particular San Martín de Porres.

Lo leí de inmediato y constaté que el mismo había sido desarrollado con mucha dedicación, y con la consulta de numerosas y muy calificadas fuentes bibliográficas de los más diversos lugares del orbe.

La publicación de esta obra, originalmente escrita hace algunos años, demoró algún tiempo, debido a dos factores fundamentales.

El primero, relativo a su necesaria actualización, proceso que desarrolló Giancarlo a sugerencia e indicaciones mías; y el segundo, pues era necesario programarla dentro del proceso editorial de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

Es así que hoy presentamos la obra de Giancarlo como el volumen 43 de nuestra colección.

Hablar de las inversiones en el mundo moderno es, fundamentalmente, hablar de confianza.

Ello, en la medida de que, como es obvio, las inversiones no se desarrollan necesaria ni solamente en los países de donde provienen los capitales, pues en muchos casos esos mercados resultan rebasados por las potencialidades de expansión de las empresas y de los empresarios, quienes se ven en la necesidad de buscar mercados más allá de sus fronteras para acrecentar sus actividades.

Esta situación no es nueva, pues resulta tan antigua como las civilizaciones y el desarrollo del comercio a lo largo de la historia.

Invertir dentro de las propias fronteras siempre ha representado un riesgo, pero, al fin y al cabo, se trata de un riesgo que todos asumimos como ciudadanos de un determinado país, de modo tal que si existiera

algún reclamo por alguna arbitrariedad cometida por las autoridades del país del que somos nacionales, no habrá duda alguna de que tendremos los canales correspondientes para tratar de hacer valer nuestros derechos, como lo haría cualquier ciudadano en esa nación.

No es que esto no represente un problema, pero no es menos cierto que el problema fundamental radica en cuáles serán los márgenes de riesgo de un inversionista fuera de sus propias fronteras.

Decimos esto, en la medida de que invertir en otro país no sólo implica hacerse a la mar en aguas más o menos desconocidas, sino también —y la historia tiene múltiples ejemplos al respecto— verse expuesto a arbitrariedades cometidas por las autoridades de esos respectivos gobiernos, en contra de las inversiones extranjeras.

No cabe duda de que el extranjero que invierte en un país distinto al suyo, lo hace, como todo comerciante, con un lícito fin de lucro, el mismo que, mientras se ajuste a la legislación del respectivo país, deberá ser respetado, pues se desarrolla en el marco de la normatividad legal vigente.

En otras palabras, el hecho de ser extranjero no determina, por sí mismo, que el inversionista deba encontrarse en una situación de inferioridad de condiciones, a menos que la normativa legal previa a la inversión realizada, así lo establezca.

En ese sentido, son totalmente lícitas las disposiciones constitucionales y legales que existen en diversos países del mundo, en donde se prioriza la inversión de capitales nacionales por sobre la inversión de capitales de origen extranjero.

Con independencia de la bondad o no de tales preceptos en el terreno económico, los hombres de derecho tenemos que admitir que ellos son perfectamente lícitos, y que, dada la autonomía legislativa de cada

Estado, debemos respetar lo que tales normas establezcan, con prescindencia de nuestras preferencias; debiendo prevenir a quienes son clientes nuestros, sobre la existencia, riesgos y demás consecuencias de tales disposiciones, para que ellos evalúen si desean invertir o no bajo tales parámetros.

Las normas que prefieran al capital nacional sobre el capital extranjero, podrían ir desde preferencias en materia de contratación con el Estado, hasta la prohibición de concentración de mercados o intervención en determinadas áreas de la economía.

Tales restricciones al tratamiento del capital extranjero, no son por sí mismas razón de reclamo alguno con respecto al Estado de destino de las inversiones extranjeras.

De lo que estamos hablando es, de que las autoridades del país receptor de las inversiones extranjeras, no respeten las condiciones en las cuales tales inversiones han sido efectuadas, y tomen medidas arbitrarias para perjudicar la viabilidad y rentabilidad de las mismas, sea cual fuere el régimen normativo que haya existido al momento en que tales inversiones fueron realizadas.

Todos esos actos de intervencionismo que resulten perjudiciales a los inversionistas extranjeros, siempre han sido objeto de reclamo por parte de los perjudicados.

El problema es que los mismos han pasado desde las intervenciones armadas de los países exportadores de inversión a los países importadores de las mismas, en respaldo de sus connacionales, hasta la necesidad de recurrir a los propios tribunales ordinarios de justicia del país receptor de las inversiones.

Queda en evidencia, que en el primero de los casos, resultaba absurda la transformación de un reclamo patrimonial en un conflicto ar-

mado, que es —precisamente— la antítesis del derecho internacional público y del respeto que las naciones deben tenerse entre sí.

El segundo caso también representa una situación extrema, pues si las autoridades del país receptor de la inversión han sido capaces de dictar medidas que violenten esas propias inversiones, será fácil pensar que de la misma manera podrán actuar con respecto a su propio poder judicial, tomando medidas de influencia sobre el mismo, a efectos de dirigir el sentido de las futuras sentencias.

Es así que cuando en el derecho internacional de las inversiones se plantea el nacimiento de la figura del arbitraje de inversión, ello no representa sino la civilización de las controversias en su mejor expresión, por cuanto en este mecanismo de solución de controversias no primará la fuerza del país más poderoso frente al país débil; así como tampoco las influencias de un gobierno autoritario frente a un poder judicial eventualmente genuflexo.

El arbitraje de inversión es, por tanto, el mejor mecanismo para dar trámite a una controversia entre una empresa nacional de un país exportador de inversiones y un país receptor de las mismas.

Es claro que esa justicia pasará, necesariamente, por la conformación de tribunales compuestos por árbitros independientes, de nacionalidades distintas a las partes en conflicto; y que la administración del proceso estará a cargo, también, de una institución imparcial, como es el caso del Ciadi.

Es obvio que estos casos, no es que estén libres de presiones de uno u otro lado, pero resulta evidente que los actores principales del arbitraje, es decir los árbitros, estarán lo suficientemente distantes de las partes como para evitar que tales presiones surtan efecto.

Tales ventajas son las que han hecho que este tipo de arbitraje se consagre en los tratados de libre comercio y en los tratados bilaterales de inversión en todo el planeta, involucrando, cada día, a más y más países.

El arbitraje de inversión, sin duda, da fiabilidad al sistema de solución de controversias, precisamente, por su garantía de justicia e imparcialidad.

De ahí que los Estados que crean en el respeto a los inversionistas extranjeros y al fomento de su expansión, sean precisamente aquellos más entusiastas en la promoción del comercio internacional y de la solución arbitral de las controversias.

La lógica aquí es muy simple: si yo, como Estado, voy a respetar el marco legal de las inversiones extranjeras, pues entonces no debo preocuparme, ya que es claro que no proliferarán los conflictos arbitrales en mi contra. Ellos —si llegaran a existir—, serán marginales, coyunturales, derivados de circunstancias muy particulares.

Pero, si soy un Estado donde el gobierno está acostumbrado a hacer lo que le da la gana o donde se hace lo que el humor cotidiano del gobernante marca como destino, entonces, resultará claro que no seré amigo del arbitraje de inversión, pues en la historia de este mecanismo de solución de controversias, las arbitrariedades e injusticias cometidas en contra de los inversionistas, se terminan pagando —y muy caro—.

De esta forma, hemos asistido, en los últimos años, a casos en los cuales determinados países han denunciado el Convenio Ciadi y todos aquellos pactos donde se establezca el arbitraje de inversión.

Es claro que estos países quieren moldear nuevos mecanismos de solución de controversias, en los cuales, el poder judicial nacional siempre tenga la última palabra, ya sea por ser ahí donde se deba discutir la controversia con el inversionista extranjero o porque, a pesar de que la

controversia pueda resolverse en arbitraje nacional (nótese la gran diferencia con el arbitraje de inversión), luego será el propio poder judicial el encargado de resolver el respectivo recurso de anulación del laudo.

Adviértase, cómo, en estos mecanismos «alternativos» ideados por estos países, el gobierno siempre contará con la posibilidad de influir decisivamente en el destino del reclamo del inversionista, al tener el propio poder judicial la última palabra.

Estos países, además, han venido construyendo amplios mecanismos de tutela a nivel constitucional, de modo que se crea todo un mecanismo judicial interno, a efectos de cuestionar tanto la validez como la eficacia de los laudos emitidos en arbitrajes de inversión.

Todos estos mecanismos de defensa constituyen, en buena cuenta, obstáculos de orden legislativo y jurisprudencial para blindar a esos países y hacerlos inmunes frente a los arbitrajes de inversión o, como hemos visto, incluso sustraerse de su ámbito de competencia.

Pero, el resultado es siempre el mismo: mayor desconfianza entre los inversionistas, descrédito del país y, claro está, menos inversiones extranjeras y, más pobreza nacional.

Dudamos mucho de que los intentos de crear nuevos mecanismos alternativos de solución de controversias que esos Estados se encuentran proponiendo a sus pares, tengan éxito.

Ello, porque simplemente nadie va a aceptar que la balanza de la justicia tenga plomo en uno de sus platillos.

De ahí la importancia universal del arbitraje de inversión, el mismo que —no hay que olvidarlo— es hijo de la desconfianza de los inversionistas y de sus Estados, en muchos países receptores de inversión con gobiernos demagógicos, totalitarios y abusivos, que han tenido como

línea de conducta confiscaciones y atropellos de las inversiones extranjeras.

Si estos abusos no hubieran existido, pues nunca habría sido necesario inventar el sistema de arbitraje de inversión.

Es por ello que la *Biblioteca de Arbitraje* se encuentra muy complacida de publicar este excelente trabajo de Giancarlo Peralta Miranda sobre la materia y, de esta forma, seguir contribuyendo como lo venimos haciendo ininterrumpidamente desde diciembre del año 2006, a la consolidación del arbitraje, a través de las ideas, su difusión y debate.

Estamos seguros de que este volumen 43 será muy apreciado por nuestros lectores del Perú y del extranjero.

Muchas gracias.

Tercera Parte

Otros trabajos de importancia

Comentarios al libro titulado «Derecho internacional privado» tomo III, escrito por los profesores César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez, César Lincoln Candela Sánchez y Milan Pejnovic Delgado*

Señores profesores César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez, César Candela Sánchez, Milan Pejnovic Delgado, autores de la obra,
Señores profesores Rosario Fernández Figueroa y Juan Luis Avendaño Valdez,
Estimados colegas,
Queridos amigos,

Hace mes y medio el doctor Delgado me contó que acababa de salir publicado el tercer tomo de su obra «Introducción al derecho internacional privado» y que era su voluntad que fuese uno de los presentadores.

Me contó, además, que en este tomo también había participado su nieto Milan, quien junto con Maria Antonieta había escrito los capítulos XXVIII y XXIX, que eran, precisamente, aquéllos que me pedía comentar.

Tal propuesta me alegro muchísimo, dado el enorme cariño y aprecio que tengo por todos los autores.

---

* Palabras pronunciadas en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú el 18 de abril de 2016.

Don César Delgado Barreto, recordado Senador de la República y Ministro de Justicia, fue mi profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en el segundo semestre de 1987.

Recuerdo la fecha con exactitud, pues en esos momentos don César ejercía el cargo de Ministro y siempre comenzaba sus clases con una introducción relativa a los avatares que le tocaba vivir en el ejercicio cotidiano de tan difícil cargo.

Fue y es un excelente profesor, con una gran disposición para con los alumnos.

Antes de llevar el curso de Derecho Internacional Privado, en verdad, uno como estudiante no tiene la menor idea de en qué consistirá la materia, pero luego, en el estudio de la misma constata no sólo su importancia práctica, sino además, que se encuentra frente a una de las materias más difíciles y apasionantes dentro de la carrera de derecho.

Todos recordamos las clases del maestro Delgado, quien tiene una vocación docente a toda prueba, la misma que lo ha hecho desarrollar su labor docente de manera ininterrumpida en la Universidad Católica en los últimos tantos años.

Poco tiempo después, cuando ingresé a la docencia en nuestra Facultad, allá por el año 1993, conocí a María Antonieta, quien siempre me dispensó el mayor afecto y simpatía. Ella representa uno de esos pocos casos en que no sólo se es discípulo del maestro, sino también hijo de él y, además, demuestra en el permanente ejercicio de la cátedra, los méritos propios que la convierten en uno de los profesores más considerados y valorados dentro de la Facultad.

María Antonieta ha acompañado a su padre en la aventura intelectual de escribir esta magnífica obra de derecho internacional privado,

que, por excesiva modestia de sus autores, se denomina «Introducción», cuando el nombre que le corresponde es el del «Tratado».

Es también coautor César Candela Sánchez, dilecto discípulo del maestro Delgado, notable catedrático y mejor amigo.

Tuve el privilegio de contar a César dentro de mis alumnos, pero no en la Facultad, sino en el Doctorado en Derecho, en unos seminarios en cuya dirección también participó el doctor Delgado Barreto. En ellos, César Candela siempre demostró brillantez académica y pulcritud intelectual, con notables aportes, escritos y muy lúcidas intervenciones orales.

Completa la nómina de coautores, Milan Pejnovic Delgado, hijo de Maria Antonieta y nieto de don César, joven abogado que se ha especializado en derecho internacional privado y arbitraje, a la vez que profesor de diversas materias en nuestra Facultad.

Milan no fue mi alumno, pero sé de él por su participación constante en la defensa arbitral y por las siempre buenas referencias que permanentemente escucho.

Milan se incorpora en esta tercera parte de la obra y su aporte es muy destacado en los capítulos sobre los que haré referencia.

Hasta aquí mis palabras sobre los autores y paso, entonces, a exponer algunas consideraciones relativas a la obra.

Como señalé anteriormente, en esta oportunidad voy a referirme al contenido, en especial, de dos capítulos del libro. Ellos son los relacionados al «Derecho aplicable al arbitraje internacional» (capítulo XXVIII) y al «Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales emitidos en el extranjero y la concurrencia de las convenciones y de las leyes» (capítulo XXIX).

En la primera parte del primer capítulo citado, se realiza un extenso y profundo estudio sobre, en principio, diversas cuestiones generales que permiten al lector entender qué es un arbitraje. Así, pues, se hace mención a sus características, las teorías que se han planteado sobre su naturaleza jurídica, el contenido y elementos del convenio arbitral, entre otros.

Debemos reparar en la idea de que existe consenso a nivel, no sólo académico, sino también jurisprudencial, en torno al concepto de arbitraje. En ese sentido, nos encontramos ante todo medio a través del cual las partes someten la controversia que surge entre ellas a terceros imparciales, quienes resuelven dicho conflicto en un laudo, cuyo cumplimiento es obligatorio para las partes.

Sin embargo, en lo que no hay consenso es en la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la institución. Así, en este capítulo se exponen las principales teorías que se han esbozado para explicar este fenómeno, entre las que destacan la teoría contractual (que sostiene la naturaleza privada del arbitraje); la teoría jurisdiccional (para la que el arbitraje es un medio, un método, un procedimiento, y no un acuerdo; sostenida por Balladore Pallieri); la teoría de la naturaleza híbrida o mixta (que es una mezcla de las teorías contractualista y jurisdiccionalista); y la teoría de la naturaleza autónoma (que coincide con la teoría que hace diez años denominé, junto a Ricardo Vásquez Kunze, como teoría realista del arbitraje, y que es expuesta, entre otros, por Lalive, en 1967, y por Rubellini-Devichi, en 1965). Cabe anotar que en torno a este debate, nuestra Constitución Política ha adoptado la tesis jurisdiccionalista, pues establece que el arbitraje, junto a la justicia ordinaria y a la militar, es jurisdicción.

Mención aparte merece el tratamiento que se brinda al concepto de convenio arbitral. Así, éste es el acuerdo de voluntades por el que las partes se obligan a someter a terceros las controversias (actuales o futu-

ras) que hayan surgido o que pudieran surgir entre ellas respecto a una relación jurídica y aceptan su decisión como obligatoria.

El concepto citado, como sabemos, ha sido recogido no sólo por nuestra legislación, sino también por importantes convenios y leyes de distintos países, entre los que destacan Inglaterra, Francia y Estados Unidos. En este último caso, resulta importante apreciar que el texto que estoy comentando recoge importantísima jurisprudencia emitida por distintas cortes estadounidenses, que se pronuncian sobre esta materia, enriqueciendo el debate y los conceptos que habitualmente se manejan en nuestro país.

Así, los elementos del convenio arbitral son, principalmente, dos, y están referidos a la existencia de una decisión de las partes de someterse a arbitraje y la delimitación de la materia a arbitrar. Sin perjuicio de lo señalado, existen algunos casos en donde se exigen otros requisitos, pero que se refieren, principalmente, a la formalidad que debe revestir el convenio arbitral, para ser considerado como tal y pueda dar origen a un proceso de esta naturaleza.

Dentro de tal orden de ideas, la importancia del arbitraje resulta cada vez mayor en nuestra sociedad, y de hecho lo es ya desde hace mucho en el mundo entero. Ello implica que los particulares (y, en muchos casos, los propios Estados) sometan sus controversias, ya no a la decisión de los jueces ordinarios de los tribunales de justicia, sino más bien a terceros imparciales particulares.

De hecho, diversas han sido las razones que han llevado a las personas a tomar esta decisión, pero me parece que fundamentalmente tres han sido vitales para el despegue del arbitraje. La primera de ellas está relacionada con el grado de especialización que poseen quienes resuelven controversias de este tipo; y es que, sólo para citar el ejemplo de los arbitrajes que surgen producto del intercambio comercial, ocurre que

la formación de estos árbitros, obedece a materias específicas que tienen efecto directo en la calidad de los laudos.

Otra ventaja muy importante está representada por la celeridad que se tiene para resolver conflictos sometidos a arbitraje. En efecto, a través de este medio de solución de conflictos, podemos tener un caso medianamente complejo, resuelto en uno o dos años, aproximadamente. Y ello es así, porque los árbitros son profesionales que si bien pueden integrar tribunales en otros procesos, no poseen la enorme carga procesal de un juez ordinario; y, además, porque el grado de especialización, su propia formación académica y la experiencia vivida, hacen que un proceso sobre determinada materia sea resuelto en menos tiempo.

Finalmente, un tercer pilar que hace del arbitraje una opción, está relacionado con el grado de confianza que se tiene en quienes forman parte de los tribunales arbitrales. Sabemos que la corrupción es un fenómeno que está presente en todo el mundo, y ella también se encuentra al interior de muchos de los órganos estatales que administran justicia. En ese sentido, tanto los particulares —sean éstos inversionistas u otros—, como el propio Estado (en nuestro caso en particular), prefieren someter sus conflictos a los tribunales en que más confíen.

En ese orden de ideas, y resaltando el minucioso estudio hecho por los autores, quiero poner especial atención en lo que, desde mi punto de vista, constituye la parte más rica de este capítulo. En efecto, estamos ante un prolijo análisis de distintas cuestiones de derecho aplicables al arbitraje, las cuales pasaré a comentar de manera breve.

La primera de ellas está relacionada con la aplicación de leyes distintas al acuerdo arbitral y al contrato principal. Así, se parte de la premisa (teniendo en cuenta la Convención de Nueva York, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrado en Ginebra el 21 de abril de 1961), entre otros, de que las partes pueden pactar para el convenio arbitral una ley distinta de aquélla que rige el contrato (y,

por ende, el fondo de la controversia). Lo señalado resulta de suma importancia, pues con ello termina por entenderse el principio de separabilidad del convenio arbitral, y es que se debe entender que una cosa es el contrato que contiene (cuando ello ocurre) el convenio arbitral, y otra distinta es el convenio propiamente dicho.

En ese sentido, debe anotarse que surge aquí otro problema, que está muy bien valorado en este libro; y que me gustaría comentar, consistente en cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral. Si bien es cierto, como bien señala Lalive, que el arbitraje aspira a una reglamentación única que regule el conjunto del asunto (desde el convenio arbitral hasta el laudo, incluyendo el proceso arbitral), ello no significa que no se justifique la aplicación de alguna otra ley para regular aspectos particulares y puntuales de la convención arbitral. En esa línea de pensamiento, existen dos temas muy importantes que deseo comentar.

El primero es el de la determinación de la ley aplicable a la formación y a la validez sustancial de la cláusula arbitral. Aquí estamos ante dos posibilidades:

(i) Aplicar la ley elegida por las partes (que es el sistema de la autonomía privada), que es, por lo demás, la opción más utilizada en nuestros tiempos y que ha tenido, inclusive, una regulación especial en la Convención de Nueva York en sus artículos II(1) y II (3);[1] o,

---

[1] Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras-Convención de Nueva York:
«Artículo II.-
1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
[…]
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio

(ii) Aplicar la ley de la sede de arbitraje, es decir, la ley aplicable a la formación y a la validez sustancial del convenio arbitral, es decir, la ley del lugar donde se desarrollará el proceso arbitral. Esta posición fue defendida por el profesor Saucer-Hall, quien sostiene que si bien no descarta totalmente la autonomía de la voluntad de las partes, ella no puede ser absoluta, dada la naturaleza predominantemente jurisdiccional del arbitraje. En ese sentido, se sostiene que la sede del tribunal arbitral es el lugar que presenta vínculos más estrechos con el arbitraje, es decir, la sede tiene la relación más importante con la relación jurídica creada por el contrato de arbitraje.

Ahora bien, el segundo punto está relacionado con la determinación de la ley de arbitraje, en caso de falta de pacto expreso entre las partes. A estos efectos, tradicionalmente se tiene que se recurre a diversos factores de conexión o localización, como el domicilio o la nacionalidad de las partes o de los árbitros, el lugar de celebración o conclusión del convenio arbitral, la sede del arbitraje, entre otros. Naturalmente, habrá que estar frente a cada caso en particular, a efectos de optar por una solución.

Finalmente, este capítulo hace referencia a un último, pero no menos importante tema, relativo a la eficacia del convenio arbitral ante los tribunales. Así, debe tenerse en cuenta que la eficacia puede calificarse desde dos puntos de vista: eficacia positiva y eficacia negativa. La primera de ellas está referida al hecho de que las partes, de buena fe, deben respetar la obligación que han asumido y someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, de manera que la competencia arbitral sea un hecho indiscutible. A su turno, la eficacia negativa importa que las partes no deban someter sus diferencias a las decisiones de las cortes nacionales o foros legales similares.

---

respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

El segundo capítulo que me corresponde comentar, es el XXIX, que lleva por título «Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales emitidos en el extranjero; la concurrencia de las convenciones y de las leyes».

En una investigación[2] que realicé junto a Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, todos miembros de mi Estudio de Abogados, titulada *Comentarios a la Ley de Arbitraje, primera y segunda parte*, y que publicamos en el año 2014, analizamos el tema del reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales emitidos en el extranjero, el cual, tanto por su aspecto teórico como práctico, resulta muy relevante.

Así, el libro que me encuentro comentando analiza en su capítulo XXIX diversos temas que cobran vital importancia cuando nos encontramos ante un laudo emitido en el extranjero que deba ser ejecutado en nuestro país.

Para ello, y como no puede ser de otra manera, el texto comienza realizando un agudo análisis sobre una serie de instrumentos internacionales, entre los que destacan:

- La Convención de Nueva York, de 1958, en donde se estudia el régimen jurídico del exequátur, los requisitos para solicitar el reconocimiento y ejecución, las causas de denegación del exequátur, la anulación o suspensión de un laudo arbitral y suspensión del exequátur, los principales aportes de esta Convención, entre otros temas;

- La Convención de Washington, de 1965;

---

[2] Ver Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters, 2014, primera parte y segunda parte, vols. 25 y 26.

- La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975;

- La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales de Montevideo, de 1979;

- El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional, de 1889; y

- El Tratado de La Habana de Derecho Procesal Internacional, de 1928.

Esta primera parte del capítulo XXIIX es la base legislativa para el análisis posterior que realizan los autores. Llama la atención, en este extremo, la abundante referencia jurisprudencial que se maneja, sobre todo cuando se analiza el contenido de los alcances y limitaciones de la Convención de Nueva York.

Ahora bien, la segunda parte de este capítulo consiste en un análisis de diversos temas sobre el contenido del Decreto Legislativo n.° 1071, la Ley de Arbitraje del Perú.

Así, se realiza un recorrido muy interesante por temas como el convenio arbitral, la composición del tribunal, la competencia del tribunal, la determinación del procedimiento y lugar del arbitraje, el pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones arbitrales, la impugnación (o más propiamente, los recursos) contra el laudo, el reconocimiento y ejecución de los laudos; y se cita importante jurisprudencia peruana sobre *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros.

Quiero concluir ms comentarios a este capítulo compartiendo dos importantes reflexiones que los autores realizan sobre este tema.

La primera, relacionada con el hecho de que es claro que el ritmo de la actividad económica de nuestro tiempo en las relaciones internacionales requiere procesos de solución de controversias rápidos y eficaces. El arbitraje es uno de esos métodos y, resulta de gran valía para los objetivos que se quiere conseguir: resolver un conflicto de manera célere, con confianza en quienes juzgan el asunto, y con profesionales especializados que conozcan el contenido del objeto de la controversia.

En segundo lugar, que la Convención de Nueva York es el más importante instrumento internacional para lograr el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros. Sin embargo, cabe anotar que las convenciones multilaterales y los acuerdos bilaterales que se han firmado por todo el mundo, también han contribuido de manera importante al desarrollo del arbitraje comercial internacional. Los Estados aceptan —cada vez más— la idea de resolver sus conflictos a través de un arbitraje y ello es una prueba fundamental que refleja la gran utilidad que este medio de solución de controversias posee actualmente.

Teniendo en cuenta todo lo señalado, quiero concluir estas breves referencias, resaltando el gran aporte que los autores hacen al medio jurídico, pues abordar estas materias arbitrales que se encuentran directamente relacionadas al derecho internacional privado resultaba ya una necesidad impostergable.

En ese sentido, quiero reiterar mi felicitación a los profesores que han escrito esta obra, que constituye la tercera parte de un clásico del derecho peruano.

Muchas gracias.

Palabras de presentación del material informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo*

Escribo estas palabras manifestando encontrarme muy honrado por el hecho de que la Universidad Católica San Pablo me haya designado Decano de su Facultad de Derecho desde el 1 de enero del presente año.

Mi vinculación con la Universidad no es nueva, dado que sus autoridades siempre tuvieron la gentileza de invitarme a dictar algunas clases de derecho de obligaciones y contratos en los primeros años de la Facultad, en la condición de profesor visitante. Así también, fui invitado a diversos congresos de derecho civil organizados por ella. De igual modo, en años recientes me incorporaron a su Comité Consultivo Nacional.

En todos estos años he sido testigo de la extraordinaria labor realizada por los profesores de la Facultad, inicialmente dirigidos por su primer Decano, el doctor Carlos Gómez de la Torre Rivera y, en los últimos años, por el doctor Rafael Santa María D'Angelo.

Esta abnegada labor del equipo de trabajo de la Facultad, la ha llevado a ser considerada como una de las mejores del país y su prestigio es comprobado por todos aquellos que la conocen o han tenido algún contacto con ella.

En ese sentido, me es muy grato incorporarme al equipo de la Facultad como su nuevo Decano y expresar mi compromiso de hacer todo

---

* Publicado en marzo del año 2017.

lo que esté a mi alcance, tanto desde mi cargo, como desde el ejercicio de la profesión y la academia, para contribuir a afianzar esa senda de desarrollo y progreso de la Facultad.

Dentro de tal orden de ideas, quiero pedir a todos los miembros de nuestra Comunidad Académica, es decir, a los profesores, alumnos, antiguos alumnos y al personal administrativo, mantener el espíritu que ha caracterizado y caracteriza a esta Facultad y a la Universidad Católica San Pablo, a efectos de consolidar todos sus proyectos.

Debemos seguir abriendo la Facultad al Perú y al mundo, para nutrirnos del saber, de la ciencia y de la fe de todos quienes comparten nuestra visión de la persona, de la familia y de la sociedad.

Arequipa, marzo del 2017

Mario Castillo Freyre
Decano de la Facultad de Derecho

«La presidencia ficticia» Palabras de presentación de la obra escrita por Juan Paredes Castro*

Doctor Luis Bedoya Reyes,
Estimados Marcial, Francisco y Carlos, colegas y amigos que también presentan la obra,
Querido Juan,
Señoras y señores,

Es para mí muy grato y honroso participar en la presentación del libro titulado «La presidencia ficticia», escrito por Juan Paredes Castro.

Y, además, me resulta fácil presentarlo, pues su lectura es fluida, en tanto el trabajo se divide en dos partes muy marcadas.

Una, incluye las primeras páginas, en las cuales el autor explica la tesis de *la presidencia ficticia*; en tanto las restantes constituyen una selección de los artículos que Juan ha publicado en *El Comercio* y que ha considerado de mayor pertinencia, para —precisamente— ilustrar esa tesis.

Coincido con el autor en que la Presidencia de la República en el Perú, puede terminar siendo un cargo muchas veces desvinculado —en lo institucional—, no sólo del aparato estatal, sino de la propia ciudadanía.

---

* Palabras de presentación de la obra del señor Juan Paredes Castro, titulada «La presidencia ficticia», pronunciadas la noche del 4 de mayo de 2017, en el Hotel Country Club de Lima.

A pesar de que hace algunas décadas consideraba que las reformas constitucionales podrían encausar al Perú en esta formalidad, hoy creo que el tema de la carencia de instituciones es mucho más complejo, con muchas mayores aristas y que no necesariamente pasa por ese expediente legislativo.

Desde hace años vengo sosteniendo que la lucha de quienes apostamos y seguimos apostando por el Perú, se basa —en lo fundamental— en algo que puede parecer extraño y muchas veces inadvertido: queremos instituciones y gobernantes de primer nivel en un país con carencias de todo orden.

En otras palabras, buscamos que nuestras instituciones y gobernantes no sean representativos del Perú, sus problemas y vicios.

Con ello no estoy haciendo alusión a la representación proporcional, ni a las mayorías o minorías propias de una democracia representativa.

De ninguna manera.

Estoy refiriéndome estrictamente a la calidad personal, profesional, política y moral de quienes gobiernan.

La precariedad institucional de la Presidencia de la República no es sino fiel y cruel reflejo de la precariedad institucional del Perú.

El nuestro es un país en el que lo último que interesa a la mayoría de personas es la institucionalidad.

Y esto, en el terreno político, se refleja en el apetito por la formación de nuevos partidos, manifestada periódicamente tras cada proceso electoral, con la recolección de firmas.

No importa que la valla de las firmas sea alta; tampoco importaría si ésta se duplicara o triplicara, pues tengo la seguridad de que todos los interesados harían el intento de conseguirlas, sea de la manera que fuere. Lo importante es tener un nuevo partido. Lo importante es tentar el poder.

Lo accesorio son los principios, los idearios, las propuestas, los mismos que bien podrían ni siquiera existir —y de hecho, no existirían— si es que las normas electorales no los exigieran.

Entonces, cada cierto tiempo tenemos a un conjunto de partidos, con una voracidad tremenda, en una carrera desenfrenada al estilo *Mad Max*, para ver quién llega primero a la meta, a costa de la destrucción de sus rivales.

En un país en donde la institucionalidad política siempre fue precaria, pero al menos existió, hemos visto cómo ella se ha desvanecido y hace casi tres décadas todos se sienten con el derecho de ser Presidente de la República.

Por lo menos, la presidencia es ficticia en los sueños de aquellos que postulan a ella, y se convertirá en real sólo para uno; a pesar de que todos considerarán ese sueño alcanzable, en la medida de que los procesos electorales en el Perú son en cierta forma una tómbola y en donde también queda claro que cualquiera puede ser Presidente; lo que se demuestra con varias de las experiencias electorales pasadas, cuyas consecuencias hoy padecemos.

La Presidencia es una especie de aventura, de trofeo, que puede obtenerse si se encandila a un electorado muy inmaduro, voluble, profundamente insatisfecho y que nunca apuesta por la continuidad, sino por lo nuevo.

Con esto no estoy señalando que en el Perú no existan algunas, aunque muy pocas, fuerzas políticas organizadas; claro que las hay, y lo lógico sería pensar que cualquier futura elección pueda ser ganada por estos partidos políticos; pero la realidad es otra.

Por si tienen alguna duda, formulemos una pregunta: ¿podríamos asegurar que el próximo Presidente de la República pertenece siquiera a algún partido político que ya tiene inscripción electoral?

Es obvio que la respuesta es negativa, dada la enorme aleatoriedad de las elecciones y la volatilidad del electorado nacional.

Este problema, lamentablemente, no se soluciona de manera exclusiva con la modificación de algunos preceptos de la Constitución o de las leyes electorales, sino con el compromiso de los gobernantes y de las fuerzas políticas más representativas, de educar a la población, haciéndole ver los riesgos de las improvisaciones, los peligrosos saltos al vacío que el Perú ha dado en estos últimos veintiocho años, tanto a nivel de gobierno central, como de gobiernos regionales y locales, donde la voracidad electoral es aún mayor.

No olvidemos que son los electores quienes ponen en sus cargos a los gobernantes, de manera tal que sin unos electores que hayan madurado, será imposible garantizar que la Presidencia de la República se institucionalice y legitime.

Pero creo que el principal aliado para crear conciencia en este orden de cosas, es el periodismo, cuyo estrecho contacto con la población y la alta credibilidad que genera, lo constituyen en el mejor actor en pro de una democracia sólida e institucional.

La labor periodística desarrollada por Juan Paredes Castro en diversos medios de comunicación, pero fundamentalmente en el diario *El Comercio*, del cual llegó a ser director periodístico interino, es el mejor

ejemplo de cómo el periodismo puede contribuir al fortalecimiento de las instituciones.

El libro de Juan, constituye, para quienes somos sus lectores consuetudinarios, un nuevo acercamiento a esa agudeza periodística que lo caracteriza, pero también a ese equilibrio de criterio en el análisis, en el que siempre ha puesto los puntos sobre las íes y las tildes cuando correspondía ponerlas, pero no ha perdido la perspectiva, dejándose llevar por pasiones personales.

Juan siempre ha sido un ejemplo de periodista equilibrado, de aquéllos cuyos conceptos terminan, tal vez, calando más en el público, pues lo que la mayoría de gente busca en una columna periodística, no es la arenga o el grito de lucha (salvo que fuere para defender valores universales); lo que busca la opinión pública es que el periodismo la ayude con elementos de juicio para poder extraer sus propias conclusiones.

No me cabe duda de que la mayoría de nuestra población busca ese equilibrio, no sólo en la prensa, sino también en su clase política.

Concluyo felicitando a Juan por haber publicado esta obra y por haber dado un hilo conductor a varios de sus principales trabajos periodísticos que, si no estuviesen reunidos en esta compilación, correrían el riesgo de no poder ser fácilmente consultados por quienes quieran conocer la política peruana, guiándose de las ideas bien pensadas y de las palabras bien escritas de uno de sus mejores periodistas, el señor Juan Paredes Castro.

Muchas gracias.

Palabras de presentación de la Colección Biblioteca de Ingeniería Félix Juliá Freyre*

Querida familia,

Estamos reunidos para rendir homenaje a nuestro querido tío Félix, a pocos días de su cumpleaños y presentando un libro de su autoría, titulado *Curvas de Transición.*

Hace varios meses, en una reunión familiar, tío Félix me comentó que había escrito un libro y me preguntó si le podía aconsejar, a afectos de ver cómo podría publicarlo.

Recuerdo que en ese momento le dije que con todo gusto mi Estudio lo publicaría. Tío Félix no aceptó de inmediato y me dijo que lo pensaría y que conversaríamos después.

Pasaron algunos meses y me llamó por teléfono para decirme que aceptaba la propuesta y que quería reunirse conmigo.

Y así ocurrió. Lo visité en su casa y me contó que desde que dejó de trabajar en construcción, en el año 2007, se dedicó a escribir sobre temas que eran de su interés en materia de Ingeniería y, grande fue mi sorpresa cuando apuntó a uno de los estantes de su oficina y me contó que todas las obras allí contenidas las había escrito él.

---

* Palabras de presentación del volumen 1 de la *Biblioteca de Ingeniería*, *Félix Juliá Freyre*, del Estudio Mario Castillo Freyre. Acto realizado la noche del 7 de enero de 2017.

Era como más de un metro lineal de trabajos mecanografiados, todos con riguroso empaste y que ocupaban más de un casillero de la estantería.

Casi diez años de escribir en solitario acerca de intricados temas de su especialidad. Páginas de páginas llenas de fórmulas matemáticas complejas, que para un neófito en la materia, como es mi caso, pueden no ser inteligibles, pero que resultan muy valiosas para la Ingeniería.

Me quedé sorprendido por lo variado de los temas y por la profundidad de las investigaciones realizadas, que convertían al querido tío Félix en una de las personas que más había escrito en el Perú contemporáneo y, probablemente, en el ingeniero que más ha escrito en la historia de nuestro país.

Ahora bien, ustedes se preguntarán por qué un abogado publica un libro de un ingeniero, el mismo que no puede ni leer, ni mucho menos, entender.

Pero, hay algunas razones para ello, y las paso a reseñar.

En primer término, porque se trata de tío Félix. Y esta sola razón bastaría para publicar la obra. Las demás salen sobrando.

Conozco a tío Félix desde siempre, lo recuerdo desde que tengo uso de razón, y siempre fue una de las personas más queridas por mi madre, Ana Marcela y por mis abuelos, César y Ana.

Además, en los primeros diez años de mi vida, fuimos vecinos, literalmente, pared de por medio, ya que la casa de mis abuelos, donde viví muchos años, limitaba con la casa de tío Félix, de mi recordada y querida tía Maruja y de mis primas Eleana, Débora y Miriam, a quienes siempre consideré como mis hermanas.

Ya cuando se mudaron a la casa de San Borja, yo seguí viviendo en Lince, pero siempre estuvimos en contacto.

Tío Félix es de esas personas que siempre te acompañan, que siempre están contigo, literalmente, en las buenas y en las malas, como lo era su hermano, nuestro querido tío Julián.

Es por eso, por ese gran cariño que heredé hacia él de mi madre y abuelos y que se ganó luego fácilmente de Laurita y luego de Mario Eduardo, que quería compartir con ustedes este homenaje al tío, al amigo, al brillante y honestísimo ingeniero civil que con su esfuerzo de más de medio siglo construyó, de manera siempre idónea y oportuna, múltiples caminos, puentes, y obras públicas en el Perú y nunca reclamó al Estado un sol más de los que le correspondía.

Además, quiero recordar que en lo profesional también debo mucho a tío Félix, pues en cuanta modificación y remodelación del inmueble de la Avenida Arequipa, que antes fue mi casa y hoy Estudio, él participó, diseñando, elaborando los planos y dirigiendo la construcción de aquello que se iba a adecuar a las necesidades de los tiempos.

Especialmente, debo referirme a la modificación que hicimos en el inmueble en el año 1998, precisamente, para transformarlo en Estudio de Abogados, construyendo la enorme biblioteca que hoy es el signo distintivo del mismo y en cuyo interior ejerzo cotidianamente la profesión de abogado.

En aquella oportunidad, nos pegamos una verdadera alucinada con la biblioteca y logramos crear y edificar ese precioso espacio de trabajo.

Además, tío Félix nos ha ayudado como valioso consejero en temas de Ingeniería que eran reclamados en procesos de derecho. Sus consejos muchas veces lograron que hiciésemos justicia ahí donde los abogados estábamos sin rumbo o nos encontrábamos engañados por algunos profesionales nada serios.

Y, precisamente, en razón de estas materias relativas a la construcción de obras, en asuntos cuyos reclamos tienen directa relación con el Derecho y, que vemos en el Estudio, es que decidimos proponer a tío Félix, la creación de una colección bibliográfica denominada *Biblioteca de Ingeniería Félix Juliá Freyre*, cuyo primer volumen, *Curvas de Transición*, acabamos de publicar y presentamos esta noche. Obsequiaremos un ejemplar de la obra a cada uno de ustedes, cuando finalice esta reunión.

Para nosotros es un honor crear una biblioteca con el nombre de tío Félix. En esta ocasión la obra se publica en formato físico y virtual, para que todos nosotros podamos tener como recuerdo este primer libro. Las demás obras estarán publicadas en formato virtual y serán colgadas en la página web del Estudio. Dios mediante, aspiramos a que toda la producción bibliográfica de tío Félix esté publicada en Internet, con pleno y libre acceso público, en los próximos doce meses.

Esta reunión, además, nos permite congregar a un grupo importante de nuestra familia y espero que sea la semilla para que germinen otras reuniones en las que podamos reunir a un número mayor de los Freyre.

Quiero terminar, reiterando, a nombre de Laurita, Mario Eduardo —quien hoy no nos acompaña pues está disfrutando de sus vacaciones en la playa— y el mío propio, nuestro agradecimiento a todos ustedes por acompañarnos esta noche, a la par que agradecer a tío Félix por ser quien siempre ha sido: un caballero a carta cabal, un profesional intachable, un académico de nota en la Ingeniería y, sobre todas las cosas —y lo más importante—, un hombre bueno.

Muchas gracias

El fallecimiento de don Félix Juliá Freyre*

Querida familia, queridos amigos,

Éste, sin duda, es uno de los momentos más tristes en los que me ha correspondido hacer uso de la palabra.

Hoy despedimos a don Félix Juliá Freyre, quien fue una persona maravillosa, y a quien todos queríamos y admirábamos.

Hijo, hermano, esposo, padre y abuelo ejemplar. Siempre tuvo muy claro que la familia era lo primero, y así nos lo hacía sentir a todos quienes lo rodeábamos, aunque no formáramos parte del núcleo central de su hogar.

Servicial como nadie. Siempre estuvo dispuesto a tender, no una mano sino las dos, para ayudar a aquél que necesitaba de su apoyo, tanto en el terreno personal, como en el profesional.

Puedo dar testimonio de que Félix estuvo siempre cerca de todos nosotros, toda la vida.

Lo recuerdo muy próximo a mis abuelos, a mi madre y a mí desde que tuve uso de razón; y era de aquellos familiares a los que uno no veía

---

* Palabras pronunciadas a nombre de la familia Freyre, por especial encargo de mis primas Eleana, Débora y Miriam Juliá Macassi, por el fallecimiento de mi tío Félix ocurrido el sábado 27 de mayo de 2017.

de vez en cuando, sino de manera muy frecuente, y a quienes uno deseaba ver, no sólo por sus cualidades y su bonhomía, sino también por su excelente humor, heredado de mi tía Blanca Almira, que le permitía salvar cualquier brecha generacional, y hacía que todos tuviéramos una gran confianza al tratar con él.

Laurita, mi esposa, siempre me recuerda que su gran sonrisa le abrió la puerta a su corazón y a nuestra gran familia.

Debo, también, referirme a sus cualidades profesionales. Félix fue un ingeniero extraordinario, que dedicó su vida a la construcción de caminos en el Perú y que tuvo en la empresa en la que ejerció su profesión, un comportamiento honesto y ejemplar, el mismo que se aprecia en la calidad de sus obras, que siguen en pie y sirviendo a las poblaciones más remotas del país.

Su seriedad y rectitud siempre se traducían en las conversaciones que uno tenía con él.

Implacable en sus comentarios con respecto a quienes le hacían daño al Perú, tierra que tanto amaba y por la que dio todo su esfuerzo personal y profesional.

Además, Félix era un matemático de nota e investigador incansable de la ingeniería, habiendo escrito varios libros, de los cuales uno ya fue publicado, y los próximos deberán serlo por el bien de los estudiantes y sus colegas de profesión.

Hoy acompañamos a Eleana, Débora y Miriam, sus queridas hijas, quienes junto con sus esposos y los cinco nietos que le dieron a tío Félix, son el mejor testimonio de personas de bien y de gran valía.

Esta tarde ellos no están solos, pues se hallan acompañados por todos nosotros, que siempre recordaremos al tío del buen humor, al amigo

afectuoso, al brillante profesional y al extraordinario ser humano que fue don Félix Juliá Freyre.

Tío Félix, descansa en paz.

Los retos de la profesión y la formación de los abogados*

Señor doctor Eloy Zamalloa Campero, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa,
Señor doctor Germán Chávez Contreras, Rector de la Universidad Católica San Pablo,
Señor doctor Rafael Santa María D'Angelo, Director de la Escuela Profesional de Derecho e incansable promotor de este Encuentro,
Señores decanos de las Facultades de Derecho de Arequipa,
Distinguidas autoridades,
Señores Jueces,
Señores Profesores,
Estimados alumnos,

Es para mí un honor, en mi condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, el poder dirigirles estas palabras en el acto inaugural del «Segundo Encuentro de Estudiantes de Derecho» de esta ciudad, cuna de grandes hombres de derecho y personas muy ilustres.

Hoy y mañana conversaremos sobre temas de gran relevancia en el aspecto ético de la formación de los alumnos de derecho, es decir, de quienes serán los futuros abogados de nuestro país.

---

* Discurso pronunciado como Decano de la Facultad de Derecho, el 8 de junio de 2017 en el auditorio principal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en la sesión inaugural del «Segundo Encuentro de Estudiantes de Derecho», organizado por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

No pretendo por ello, en esta disertación, abarcar todos los aspectos de la rica temática que ustedes abordarán estos días. Sólo quiero expresar de manera orgánica, cómo es que entiendo la formación de los estudiantes de derecho y cómo es que esa formación repercute —de manera ineludible— en su futuro y en la sociedad en su conjunto.

1. QUÉ DEBE OFRECER UNA FACULTAD DE DERECHO

En primer lugar —qué duda cabe— las facultades de derecho tienen que brindar a los estudiantes una sólida formación jurídica.

Siempre he creído que la currícula de derecho debe ser algo así como un «orden de prioridades» en la formación de los estudiantes; y, en este caso tampoco puede soslayarse la importancia que intrínsecamente tienen las materias formativas fundamentales, como son los cursos de derecho civil y —hoy en día— de derecho constitucional, en los que se asientan la generalidad de derechos de los ciudadanos, en cada uno de los planos mencionados, los mismos que son ineludiblemente complementarios y no excluyentes.

Además, toda currícula debe seguir un orden lógico, enmarcado por criterios pedagógicos rigurosos, a efectos de que el aprendizaje de la especialidad tenga la mayor coherencia.

Pero, tan importante como una buena currícula es la plana docente que tendrá a su cargo esa transmisión de conocimientos.

De nada sirve un curso bien diseñado en el papel si es que no se tiene al frente a un catedrático que conecte con sus alumnos.

No obstante, ese binomio curso-profesor, encuentra su indispensable complemento en los estudiantes, destinatarios de toda la estructura

universitaria y en cuyo beneficio los profesores hacemos siempre nuestros mejores esfuerzos.

¿Pero, eso es todo?

¿Acaso las universidades deben limitarse a brindar una formación académicamente correcta?

Claro que no.

Si esa formación carece de valores, será una formación mediocre, incompleta; hasta cierto punto, se podría decir que estaremos frente a una Facultad de Derecho con cuerpo, pero sin alma.

La educación universitaria tiene que estar dirigida a enriquecer al alumno tanto en contenidos, como en esos valores, tan indispensables siempre y, en especial, en el mundo moderno.

Para estos efectos, las casas de estudios deben tener siempre presente que sus profesores no sólo deben ser buenos profesionales o buenos académicos, sino también buenas personas, que estén comprometidas con esa labor docente y conscientes de la importancia de que la asignatura que cada uno dicta se convierta en un foro que ilumine a los alumnos de la experiencia vivida por el maestro y los guíe por la senda de un correcto ejercicio preprofesional.

Esta labor formativa, obviamente, será compartida por quien o por quienes sean los maestros de práctica del estudiante.

Los aspectos éticos en la formación profesional, entonces, no deben limitarse al contenido del curso de Deontología Forense o alguno afín.

Ellos deben ser transversales. Deben atravesar cuanta materia se imparta en una Facultad de Derecho.

Y digo esto, pues muchas veces la ética forense es percibida como un compartimento estanco por las currículas de derecho, de manera tal que pareciera interesar solamente allí, enmarcada dentro de las dos o tres horas semanales del curso.

La ética en el ejercicio de la profesión debe estar en cada tema que se dicte en cualquier curso de derecho sustantivo o de derecho procesal.

No olvidemos que junto a las materias impartidas, los profesores siempre contamos anécdotas de nuestra vida y ponemos casos, a título de ejemplo.

En ellos debemos hacer énfasis en la manera correcta de actuar en la vida, en lo honesto, en lo leal; lo que no implica —de manera alguna— que no vamos a enseñar a nuestros alumnos a usar todas las armas que brinda nuestra profesión.

Pero una cosa es aprender a disparar un arma de fuego y otra, muy distinta, que esa licencia que se obtenga para su uso, autorice a matar inocentes.

De esta forma, cuando los estudiantes obtengan el título profesional, sabrán por dónde ir y por dónde no deben transitar; protegiendo —con apego al derecho y a la ética profesional— los intereses de sus clientes.

2. LA TRANSPARENCIA Y LA HONESTIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN

Los valores profesionales vienen en alza en el mundo moderno.

En nuestros días, el secreto profesional que se mantiene vigente en el Código de Ética de los colegios de abogados en el Perú y en el mundo, se ha visto horadado por una serie de deberes de transparencia y revelación, que tienen por objeto resguardar intereses propios y ajenos,

a la par que evitar conflictos de interés, que puedan dañar a las partes en conflicto o a los agentes con intereses en juego.

Hoy, por ejemplo, viene siendo inimaginable ejercer la profesión sin el auxilio de una base de datos informatizada que nos permita advertir rápida y fácilmente eventuales conflictos de interés, recordando datos de clientes y casos del pasado, o de empresas vinculadas y otros asuntos de esta naturaleza.

Prácticas de este tipo son comunes hoy en el arbitraje, materia a la que me dedico en la profesión, tanto a efectos de aceptar o no el patrocinio de una causa, como para aceptar o no el cargo de árbitro y cumplir, de acuerdo a ley, con el deber de declaración.

Este proceder deviene en mucho más complejo en los estudios de abogados que tienen un número importante de letrados y de clientes, caso en el cual habrá que cruzar esa información con una base de datos seguramente enorme y compleja.

Y esta labor de búsqueda de información se agudiza aún más en aquellos casos en que nos encontramos con firmas de abogados que forman parte de asociaciones transnacionales.

Hoy en día viene siendo moneda corriente el que muchos Estudios son prácticamente globales y con oficinas en buena parte del mundo.

He tenido oportunidad de leer algunos de los códigos de conducta de estas organizaciones, los que establecen deberes estandarizados e incluso mucho más rigurosos que los códigos de ética de los diversos países en los que desarrollan sus actividades.

El factor ético en el ejercicio de la profesión, hoy en día, está mucho más expuesto y vigente que antes; y, como podemos intuir, sus trasgresiones son mucho más fácilmente conocidas *erga omnes*.

Me queda claro que una inconducta en el año 2017 puede sepultar a un abogado, no sólo en el medio local, sino en el mundo entero. No sería la primera vez que se presente una situación de estas características.

Por lo demás e independientemente de estas asociaciones de abogados, el hombre de leyes, aunque hubiese optado por ejercer la profesión en solitario, tiene una mayor relación con profesionales de otras localidades del propio país y del extranjero.

El ejercicio localista de la abogacía es hoy un bonito recuerdo del pasado.

Los medios de comunicación contemporáneos nos sitúan por igual, aquí en Arequipa, en Lima, en Nueva York o en Tokio.

Así como intentamos comunicarnos en idiomas comunes, para ser comprendidos por gente de otras latitudes, también tenemos que compartir códigos de conducta, los mismos que se van volviendo también universales.

Y no me refiero a códigos escritos. Aludo a las buenas prácticas de conducta o derecho no escrito que en materia de deontología forense se van haciendo universales.

Es una especie de *soft law*, de costumbres no escritas en materia de conducta forense y de valores que, al estandarizarse las prácticas, nos integran notablemente en el ejercicio de la profesión.

Vistas así las cosas, en el ejercicio profesional moderno y de las organizaciones respetables en el derecho global, no hay lugar para inconductas forenses que permitan a los abogados quedar indemnes de cara al mundo del derecho.

Fijémonos, pues, cómo este mundo moderno apunta a estas buenas prácticas, las mismas que van integrando —para bien— la profesión.

Hoy, se puede decir que uno no sólo es colega de los abogados de sus localidades, sino de todos los abogados del mundo.

Así las cosas, resulta inconcebible que se pueda menospreciar la impartición de los valores en la formación de los futuros abogados, pues se les estaría condenando no sólo a una opacidad moral, sino también a una notoria medianía en el ejercicio de la profesión.

Estas buenas prácticas tienen también directa relación con las colaboraciones pro bono, que prestan los abogados.

Dicha práctica consiste en poder asumir la asesoría o defensa de algunos casos o asuntos de manera gratuita, es decir, sin contraprestación u honorario profesional alguno, cuando se trate de personas cuya situación económica no les permita solventar los costos de una defensa legal.

Esta práctica —muy antigua por cierto— ha sido asumida de manera institucional y formal por numerosos estudios de abogados en el mundo, e incluso existen asociaciones de firmas de abogados que la promueven.

Sin duda, se trata de una importante labor de proyección social de los abogados.

Pero no se piense que la responsabilidad social se limita a estos menesteres. En nuestros tiempos, muchos estudios de abogados también contribuyen decisivamente con el respeto y protección del medio ambiente y otras prácticas que redundan en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Del mismo modo, los Estudios suelen auspiciar eventos jurídicos y revistas de estudiantes, además de libros y otras publicaciones jurídicas.

En ese sentido, hay que destacar la gran iniciativa que tienen los estudiantes de muchas Facultades de Derecho para constituir asociaciones que publican revistas. Ese entusiasmo forma parte de los primeros elementos que hacen competitivo a un estudiante.

He sido y soy testigo de cómo muchos de quienes participan en estas iniciativas estudiantiles no sólo son de los mejores alumnos, sino que terminan siendo abogados reconocidos.

El reto de llevar adelante una publicación colectiva, es forjador de temple; y, si a eso le sumamos el intentar escribir artículos de derecho cuando se es estudiante, pues el reto será mayor y el logro inmenso.

Sin duda, el artículo de un estudiante de derecho constituye su mejor carta de presentación en el ámbito preprofesional. Si así se empieza, ya vemos cómo será el futuro desempeño en la vida como abogado.

Pero todos estos esfuerzos y todo este compromiso con la profesión deben trascender a ella misma.

Ese compromiso del estudiante de derecho y luego del abogado, debe ser con el Perú.

No se puede desligar una cosa de otra. La profesión no es una isla. Es parte de la vida social del país.

En ese sentido, el compromiso ético del profesional del derecho debe estar profundamente arraigado con la patria, a efectos de proteger el sistema de administración de justicia, de enaltecerlo y no de envilecerlo; de respetar y proteger el sistema democrático de gobierno y las instituciones que establece el marco constitucional.

De más está decir que todo ello significa que la práctica profesional del derecho debe estar enmarcada absolutamente por el respeto al orde-

namiento jurídico y alejada de cualquier acción que implique caer en la ilegalidad o incluso en la comisión de actos delictivos.

Los abogados siempre debemos tener presente que somos instrumentos para lograr la justicia, no para violar la ley ni para corromper autoridades, ni —mucho menos— para convertirnos en sujetos activos o cómplices de prácticas gansteriles.

Para eso no se estudia derecho. Cuando un abogado traspasa esa línea, nada lo separa ni distingue del vulgar hampón o de un miembro de una banda de asaltantes de bancos.

Es verdad que la formación ética y en valores no debe comenzar en la universidad, sino en el hogar y en el colegio; y es verdad también que poco podrá hacer una Facultad de Derecho cuando estemos frente a un joven altamente influenciado por un entorno pernicioso; pero no deja de ser cierto que las Facultades de Derecho deben hacer todo aquello que esté a su alcance para que esa formación que brinden a sus alumnos cale lo suficiente como para que ella constituya un sello distintivo y hasta pueda determinar el cambio de rumbo en la vida de muchos jóvenes.

Todo lo que vengo exponiendo no se contrapone con la legítima aspiración de los estudiantes, de lograr los beneficios económicos que les permitan progresar y desarrollarse a plenitud como personas, tanto en el plano familiar como en el social.

Debe desterrarse la idea de que la profesión está llena de atajos morales, que permiten acortar distancias en el plano económico.

Esos atajos, más allá de envilecer el ejercicio profesional y la moral del abogado, no son eternos. No se puede vivir siempre recorriendo atajos.

El ejercicio profesional no es una carrera de cien metros, sino una carrera de fondo, de resistencia, la misma que —sin duda— traerá los frutos deseados y trabajados a lo largo de los años.

Este discurso estaría claramente incompleto si es que no me detuviera a hablar de las mujeres y sus retos en el derecho.

Cuando estudiaba en la universidad, sólo el treinta por ciento de los integrantes de mi promoción eran mujeres.

Hoy, treinta años después, los porcentajes se han invertido. En las Facultades de Derecho, ente el sesenta y el setenta por ciento de alumnos son mujeres.

¿Qué ha pasado?

¿Qué ha hecho cambiar el panorama de la profesión de abogado en el Perú?

¿Qué factores determinan que en un futuro próximo, tanto los tribunales de justicia, como los bufetes de abogados estén integrados por una abrumadora mayoría femenina?

Derecho se ha convertido, en treinta años, en una carrera donde sólo uno de cada tres estudiantes es hombre.

No estoy seguro de las razones que han producido este fenómeno, pero sin duda mucho tienen que ver la gran dedicación y pulcritud para el trabajo que tiene la mujer. Esa abnegación, además del apego por la justicia y por el estudio, son lo que las hace altamente competitivas.

Es verdad que la mejora en las oportunidades de estudio de la mujer tiene mucho que ver en todo esto, pero de ninguna manera podría explicar porcentajes que superen la igualdad.

Y esto es bueno, porque quiénes mejor que las mujeres para ejercer el derecho, para administrar justicia y para hacernos recordar que esa aspiración de orden y legalidad, tal vez esté mejor conducida en manos de damas que de caballeros.

Una reflexión final y anecdótica.

No olviden, queridos alumnos, que esta profesión es sacrificada y difícil; que probablemente la seguirán ejerciendo hasta el final de sus días.

Tampoco olviden que el ejercicio de la abogacía y su aprendizaje no es necesariamente como nos lo muestran las series de televisión sobre abogados; que las hay ahora y siempre las hubo.

Probablemente muchos de mis compañeros de estudio postularon a la universidad queriendo estudiar derecho, luego de impresionarse con la serie *Alma Mater*, que tenía como personajes protagónicos a un duro e implacable profesor de Harvard, el señor Kingsfield y al más brillante de sus alumnos, el señor Hart.

Todos queríamos ser Hart y admirábamos la sapiencia de su veterano y sabio profesor.

Hoy el derecho y su ejercicio están representados con más glamour en las pantallas. *Suits* es la serie estrella sobre abogados.

Y puede que ustedes se vean representados en algunos de sus personajes o en sus estilos de vida.

Tal vez en el brillante Mike Rose o en el sagaz Harvey Specter o en Jessica Pearson, la jefa del Estudio; pero lo importante es que sepan que la profesión dista mucho de la ficción; que el Perú no es Manhattan; que aquí todo es más difícil y nos cuesta mucho más trabajo, pero nun-

ca olviden que han escogido el derecho como profesión y como parte importante de sus vidas; y, como siempre me decía uno de mis maestros de práctica: «El abogado, más que una suma de conocimientos, es una manera de ser».

Muchas gracias.

Palabras de presentación del libro «Lecciones de derecho internacional público», escrito por el profesor Samuel Lozada Tamayo*

Señor doctor Alonso Quintanilla Pérez-Wicht, Vice Rector de la Universidad Católica San Pablo,
Señor Daniel Lozada, Prefecto de la ciudad de Arequipa,
Señor doctor Rafael Santa María D'Angelo, Director de la Escuela de Derecho,
Distinguidas autoridades universitarias,
Estimados profesores,
Queridos alumnos,

En esta ocasión nos encontramos reunidos para presentar el libro titulado «Lecciones de derecho internacional público», escrito por nuestro querido profesor, el maestro Samuel Lozada Tamayo.

No soy la persona más indicada para hablar acerca del profesor Lozada Tamayo, pues no he tenido el gusto de compartir con él su trayectoria académica en Arequipa, dado que en mis viajes a esta ciudad invitado por la Universidad Católica San Pablo, a lo largo de los últimos doce años, lamentablemente, no hemos coincidido en la medida que yo hubiese deseado.

No obstante, a menudo he escuchado sobre él, pues varios profesores de la Facultad siempre me contaban acerca de las bondades per-

* Palabras pronunciadas en el Centro Cultural de la Universidad Católica San Pablo, en Arequipa, la noche del viernes 25 de agosto de 2017.

sonales y académicas del profesor Tamayo, además de lo entretenidas y sólidas que eran sus clases de Derecho Internacional Público.

Lozada Tamayo ha tenido el acierto de escribir estas lecciones relativas a su especialidad, las mismas que constituyen una valiosísima obra, cuya lectura permite tener una síntesis lúcida y pertinente acerca de los aspectos fundamentales del derecho internacional público.

Sin duda, esta área del derecho constituye una de las más importantes, pues ella se basa fundamentalmente en las relaciones entre los Estados y no, como la mayoría de otras áreas del derecho, en los aspectos jurídicos internos de los mismos.

El desarrollo de la humanidad, el respeto recíproco de los pueblos y el mantenimiento de la paz, son claros objetivos del derecho internacional público; aspectos a los que en las últimas décadas se han sumado, por iniciativa e impulso de los diversos organismos internacionales, la promoción, reafirmación y desarrollo de los derechos humanos, tarea que constituye compromiso común de las Naciones Unidas y que rebasa las disposiciones que sobre los mismos tengan los diversos países.

El respeto mutuo y la preservación de la dignidad de la persona humana constituyen, entonces, objetivos centrales del moderno derecho internacional público, aspectos que se integran directamente con los objetivos de nuestra casa de estudios.

Dentro de tal orden de ideas, el respeto de la vida y de la persona humana deberían constituir tarea común de todos los países del mundo.

Pero, estos temas no están libres de amenazas, sino plagados de ellas, pues diversos órganos integrantes de las Naciones Unidas han desarrollado y vienen desarrollando en las últimas décadas, tesis que son contrarias a la dignidad de la persona humana y al respeto que sobre su integridad debería existir en el concierto internacional.

Éste es uno de los no pocos aspectos en los que el derecho internacional público tiene puntos de contacto muy claros tanto con los derechos humanos y con el derecho constitucional interno de las diversas naciones.

No hay duda de que el desarrollo teórico orgánico que realizan estas dependencias de las Naciones Unidas, si bien representa un serio esfuerzo para garantizar el respeto a los derechos humanos en el concierto internacional, no necesariamente va de la mano con el respeto a la vida; de manera tal que corresponde a instituciones universitarias como la nuestra, no sólo dar la voz de alerta sobre el particular, sino además establecer los puntos de referencia que resulten necesarios para tratar de sistematizar las más adecuadas doctrinas sobre derechos humanos, a efectos de que tales entidades puedan adoptar criterios como los nuestros, en pro de que el derecho internacional público contribuya, como le corresponde, al verdadero afianzamiento de los derechos humanos en el mundo, especialmente el derecho a la vida.

En esta oportunidad también debo poner de relieve la colaboración del profesor Álvaro Cerdeña Chávez, discípulo del maestro Lozada, en el esfuerzo de llevar adelante esta obra; así como el de la señora Patricia Calvi de Quintanilla, Directora de nuestro Fondo Editorial, por la magnífica publicación de la que hoy disfrutamos.

Finalmente, quiero aprovechar este acto académico para resaltar en la persona de nuestro querido profesor Samuel Lozada Tamayo, los valores que tienen los buenos maestros universitarios en el Perú.

Samuel Lozada es un ejemplo de abnegación en el ejercicio de la cátedra, de dedicación al aprendizaje por los alumnos, de compromiso con los ideales de nuestra Universidad y de vocación por la investigación jurídica.

Pero no sólo eso, pues el maestro Lozada Tamayo reúne todas las cualidades de un hombre de bien, cuya actividad personal, académica y

profesional han enaltecido siempre a su Arequipa natal y, en las últimas décadas, a la Universidad Católica San Pablo y a su Facultad de Derecho, que lo considera, sin duda, uno de los profesores que más prestigio han dado a nuestras aulas.

Sirvan estas palabras para rendir nuestro más sincero y afectuoso homenaje al profesor Lozada Tamayo, para quien pido el más generoso de los aplausos.

Muchas gracias.

Palabras de agradecimiento por la imposición de la condecoración de la Orden Vicente Morales Duárez del Ilustre Colegio de abogados de Lima*

Señor doctor Pedro Angulo Arana, decano del ilustre Colegio de Abogados de Lima,
Señor doctor Jorge Luis Gonzales Loli, vicedecano de la orden,
Señores miembros de la Junta Directiva,
Señores ex decanos Delia Revoredo Marsano y Mario Amoretti Pachas,
Doctor Luis Bedoya Reyes, ilustre jurista,
Doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, ex decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Doctor Ernesto Álvarez Miranda, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porres,
Distinguidas autoridades,
Estimados colegas y amigos,

Es para mí un inmenso honor el que me hace el Colegio de Abogados de Lima al distinguirme con la medalla que lleva el nombre de don Vicente Morales Duárez, ilustre precursor de la juridicidad en el Perú, presidente de las Cortes de Cádiz, redactor del estatuto fundacional del Colegio de Abogados de Lima y primer decano de la orden, en el año 1804.

Esta distinción me alienta a seguir en el rumbo profesional y académico trazado, contribuyendo con el medio jurídico desde la tribuna que siempre he tratado de ocupar, tanto con el desarrollo de doctrina,

---

* Discurso pronunciado en el Auditorio José León Barandiarán del Colegio de Abogados de Lima la noche del miércoles 25 de octubre de 2017.

como con opiniones críticas acerca de diversos aspectos del Derecho en nuestro país.

Desde hace tres semanas, en que la Junta Directiva del Colegio me comunicó que había adoptado el acuerdo para distinguirme, he pensado mucho acerca del tema que abordaría esta noche.

Podría haber sido alguno de derecho civil o de arbitraje, áreas profesionales a las que me dedico en el ejercicio de la profesión; sin embargo, decidí hablar sobre un tema más general y preparé un discurso relativo a la institucionalidad democrática, rindiendo homenaje a don Vicente Morales Duárez, cuyo nombre lleva la condecoración que se me otorga esta noche.

El discurso me quedó bonito, pero en verdad nunca estuve convencido de su pertinencia, pues, finalmente, si hoy se me hace un homenaje al otorgarme esta distinción, mis palabras deberían estar destinadas a agradecer a todos aquellos que, en la vida, me han permitido desarrollar, como profesor universitario, abogado e investigador.

Quiero empezar agradeciendo a todos quienes fueron mis maestros de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes nos brindaron sólidos e indelebles conocimientos.

Cómo olvidar a nuestros grandes profesores, a los que recuerdo con mucho afecto y admiración, entre ellos, César Delgado Barreto, César Fernández Arce, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Humberto Medrano Cornejo, Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Manuel de la Puente y Lavalle y Felipe Osterling Parodi, sobre quien quiero hacer una mención especial, dado que me permitió acompañarlo en la apasionante tarea de escribir sobre Derecho de Obligaciones entre 1993 y el 2014, año en que partió de este mundo.

Felipe, no sólo fue para mí un gran maestro y amigo, pues debo a él mucho de lo conseguido en la academia y en la profesión.

Debo señalar que mi ingreso a la docencia no hubiese sido posible sin las personas que en las universidades apostaron por mí; comenzando por la doctora Gabriela Araníbar Fernández Dávila, quien en 1990, siendo presidenta de la Comisión Organizadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, me permitió comenzar en la docencia, sin conocerme.

Asimismo, en 1993, apenas llegado al cargo de Decano de la Facultad de Derecho, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, aquí presente, tuvo la enorme gentileza de invitarme a dictar en mi casa de estudios, la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De igual manera, en 1998, los doctores José León Barandiarán Hart y Oswaldo Hundskopf Exebio me convocaron para ser profesor en la Universidad de Lima, en donde ejercí la docencia durante quince años.

También, quiero expresar mi gratitud a las autoridades de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en las personas de su rector, el doctor Germán Chávez Contreras, su vicerrector, el doctor Alonso Quintanilla Pérez-Wicht y el doctor Rafael Santa María D'Angelo, entonces decano de la Facultad de Derecho, quienes me convocaron hace un año para ocupar el decanato de esa prestigiosa casa de estudios, cargo que desempeño en la actualidad.

Todo ello me permitió seguir vinculado al medio universitario y continuar con las investigaciones que había iniciado en 1986, cuando empecé a escribir mi tesis de bachillerato titulada «Los contratos sobre bienes ajenos».

Dicha tesis la empecé a escribir siendo practicante en el Estudio Olaechea, y me corresponde en esta ocasión rendir homenaje a quien era socio principal de la firma, el ilustre abogado don Manuel Pablo Olaechea du Bois, quien siempre me brindó todas las facilidades para consultar la biblioteca de su Estudio.

El dictar en las universidades, además de obligarme a seguir estudiando y perfeccionando mis conocimientos jurídicos, me ha permitido ser profesor de 5104 alumnos de pregrado (además de quienes lo han sido en maestrías o doctorado), con respecto a quienes siento la mayor satisfacción por haber contribuido —aunque de una manera muy pequeña— a su formación jurídica; y me alegro mucho cuando los vuelvo a encontrar, ahora en el ejercicio profesional, constatando el éxito y el inmenso amor por la profesión que tienen, pero —fundamentalmente— viendo que gran parte de mis ex alumnos me recuerda con cariño.

El escribir me ha permitido, además, tener un número muy grande de alumnos indirectos, es decir todos aquellos de quienes no he sido catedrático regular, pero que han leído mis libros o artículos en sus diversos cursos universitarios; además de quienes son abogados en ejercicio y les resulta de alguna utilidad aquello que escribo.

En verdad, debo confesar, como lo recordó el doctor Bedoya, que el rigor por lo académico lo adquirí desde mis primeros años de colegio, pues mi madre, con estricta disciplina alemana, me hacía repasar las lecciones que tenía que rendir al día siguiente y no me podía levantar de la mesa de estudios hasta que rindiera la lección en tres o cuatro oportunidades y no cometiera error alguno.

De manera tal que, estar sentado horas de horas frente a libros siempre constituyó para mí algo normal y, cuando empecé a estudiar Derecho, descubrí mi vocación por la investigación jurídica, de manera tal que realizar esa actividad siempre me resultó muy grato y nada engorroso.

Es verdad que el haberme dedicado a estos menesteres hizo que no priorizara otros aspectos de mi vida, pero no me arrepiento.

Puedo decir, a título de confesión, que no tengo una biografía muy apasionante que digamos, pero sí muy apasionada en las cosas que hago.

Así, en esta ocasión me corresponde no sólo rendir homenaje, sino agradecer a todos aquellos que me han permitido escribir, tanto a quienes han sido coautores de varios de mis trabajos académicos, como a mis editores, comenzando por el Concytec, que publicó mi primer libro; pasando por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando lo dirigía don Fernando de Trazegnies Granda, quien me abrió las puertas de la Biblioteca *Para leer el Código Civil*, en la que publiqué diversas obras durante muchos años; debiendo agradecer también a otras casas editoriales que han acogido mis publicaciones, como Palestra, Thomson Reuters, Civitas de España, así como a diversas revistas del Perú y del extranjero que siempre me han convocado para publicar artículos.

Hace algunos años, en el Estudio decidimos emprender el camino de las publicaciones, a través de la *Biblioteca de Arbitraje* y la *Biblioteca de Derecho*, cuyo impulso no hubiera sido posible si desde el principio no hubiese contado con la eficientísima colaboración de mi querida Mónica Benavides Segura y, en los últimos años, de Katya Rosales Báscones.

Dentro de estos agradecimientos no puedo dejar de mencionar a las diversas casas de estudios, colegios de abogados e instituciones públicas y privadas que han tenido la gentileza de invitarme a dictar conferencias desde el año 2000, lo que me ha permitido conocer la mayoría de regiones del Perú, haciendo una de las cosas que más me gusta, que es el tener contacto con el medio académico.

Quiero mencionar también, a mis amigos y colegas del medio arbitral, con quienes trabajo desde fines del año 2001, en especial a quienes han integrado e integran los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Universidad Católica.

Asimismo, el desarrollo profesional de los abogados no sería posible sin la confianza cotidiana de nuestros clientes, los de antes, los de ahora y los de siempre, a quienes asesoro desde el 2 de abril de 1993, fecha en

la que me colegié de abogado y puse mi Estudio, el mismo que pasó a ser persona jurídica en julio del año 2000.

Y si hablo del Estudio, no puedo dejar de agradecer infinitamente a todos quienes me han acompañado y acompañan, como abogados, asistentes, practicantes y personal administrativo.

En especial, quiero mencionar a quienes hoy y desde hace muchos años comparten conmigo el ejercicio profesional: Rita Sabroso Minaya, Verónica Rosas Berastain y Jhoel Chipana Catalán; al igual que Jessyca Orbezo Tejeda, Gabriela Bailly Badiola, Katherine Orbezo Tejeda, Gustavo Sánchez Huarcaya y el recuerdo entrañable de María, quien falleció hace pocos meses.

También quiero resaltar el gran apoyo brindado por alguien que fuera una muy apreciada asistente legal, Massiel Silva Santisteban Amésquita.

Mi infinita gratitud, también, al Colegio de Abogados de Lima, institución pionera y precursora de la República y permanente soporte jurídico y moral del Perú.

Siempre he creído en lo indispensable que son los colegios profesionales, como sociedades intermedias organizadas en un país carente de instituciones democráticas sólidas a nivel nacional; por lo que considero que es deber de todos nosotros los abogados el apoyar a nuestro colegio y aportar lo mejor a esta institución.

Ese agradecimiento lo quiero personificar en su decano, el doctor Pedro Angulo Arana y su Vice decano el doctor Jorge Luis Gonzales Loli, así como en todos y cada uno de los miembros de su Junta Directiva, quienes me honran enormemente al haber acordado concederme la distinción que se me impone esta noche.

Y no puedo concluir estas palabras, sin expresar mis sentimientos más profundos para mi familia, comenzando por el recuerdo entrañable de mi madre Ana Freyre Schölz y de mis abuelos César Freyre de la Quintana, Ana Schölz Zegarra y Juan Lino Castillo Vargas; además de mi padre, don Juan Cancio Castillo Vásquez, aquí presente; y, claro está, de mi amada esposa Laurita y de mi pequeño —y casi clon— Mario Eduardo.

Muchas gracias

Entre el derecho civil y el arbitraje
se terminó de imprimir en el mes de
diciembre del 2017, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú