

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POST-GRADO**

**Hacia la superación de un cisma: la  
complementariedad ontológica y recíproca entre el  
derecho y la economía**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho

**AUTOR**

Alberto Stewart Balbuena

**Lima – Perú**

**2012**

## AGRADECIMIENTOS

*A MI MADRE, ANTONIETA, TOTTA, QUE ME HIZO UN HOMBRE DE BIEN Y DE FE CRISTIANA, BUSCADOR DE LA VERDAD*

*A MIS PRIMEROS MAESTROS RECOLLETANOS, DESDE GUSTAVITO HABERSBERGER QUE ESTUVO CONMIGO DESDE LA PRIMERA COMUNIÓN, MI MATRIMONIO Y HASTA LA CELEBRACIÓN DE MIS BODAS DE PLATA MATRIMONIALES*

*AL SEMINARIO SANTO TORIBIO, DONDE SE LABRÓ MI PRIMERA JUVENTUD Y MI ESPÍRITU EN EL AÑE CONTRA FRENTE A TODA NEGATIVIDAD*

*A LA COMPAÑERA DE MI VIDA, MI ESPOSA LILIAN, MOTOR DE TODOS MIS LOGROS Y MADRE DE MIS CINCO AMADOS HIJOS, UMBRAL A LA INMORTALIDAD*

*A MIS MAESTROS SANMARQUINOS, GRACIAS A QUIENES ESTOY AQUÍ, PERO QUE PREFIERO NO NOMINAR PARA NO CORRER EL RIESGO DE IMPERDONABLES OMISIONES*

*A LA VIDA Y SUS MÚLTIPLES, DIVERSOS Y CONTINUOS OBSTÁCULOS QUE AL SER VENCIDOS, DEVIENEN MARAVILLOSOS LOGROS.*

# **HACIA LA SUPERACIÓN DE UN CISMA**

## **LA COMPLEMENTARIEDAD ONTOLÓGICA Y RECÍPROCA ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA**

### **INTRODUCCIÓN**

La palabra “cisma” significa “escisión, discordia, desavenencia”, de acuerdo con la segunda versión que le reconoce la Academia de la Lengua Española en la última edición de su Diccionario. Consecuentemente, el título de este trabajo nos conduce a considerar, en primer término, a priori, que tales circunstancias de escisión, discordia y desavenencia existen entre la dos ciencias sociales que se mencionan, el Derecho y la Economía; luego, el tema induce que esas negativas relaciones habrán de ser superadas mediante la “complementariedad recíproca” entre ambas disciplinas, lo cual, sin duda, ha de ser socialmente más útil que su enfrentamiento. Es evidente que tanto la existencia empírica del cisma científico referido, como su superación y utilidad social son enunciados apriorísticos, como suele ocurrir al formular toda investigación dogmática; el trabajo que se inicia propone, en consecuencia, tanto la comprobación empírica de su existencia, como la conveniencia, necesidad de su superación y la propuesta fáctica para eliminarlo.

## 1.- EL CISMA, COMO PROBLEMA.

**1.1.- Comprobación empírica del cisma.-** Años atrás, los decanos de las dos Facultades aludidas en una Universidad de la ciudad de Lima, programaron un conversatorio entre profesores de ambas, en razón de que el Decano de Economía había declarado públicamente que el País no avanzaba a causa de que muchas propuestas de los economistas eran objeto de observaciones jurídicas por los abogados, impidiendo su aplicación a la solución de los problemas nacionales de desarrollo. El conversatorio se frustró por incomparecencia del mismo Decano de Economía, quien la atribuyó telefónicamente a razones de tránsito en la ciudad y la excusa de su asistencia propició que los profesores de la especialidad consideraran pertinente retirarse. La anécdota pretende ilustrar las actitudes contrapuestas entre profesores de Derecho y de Economía, no sólo como polémica entre dos Facultades de una universidad, sino como la manifestación empírica de la confrontación histórica de corrientes doctrinarias opuestas innecesariamente.

Más no sólo en el ámbito académico nacional parece haberse presentado el problema del cisma y no sólo a nivel de polémica. Se dice que un importante economista norteamericano fue preguntado sobre qué recomendaría al gobierno de un país que tuviera diez millones de habitantes pero recursos suficientes para atender sólo a cinco y su fría respuesta fue *“dejaría que murieran los cinco millones de habitantes sobrantes”*. Esta no es una cita, por cuanto carezco de constancia de lo dicho; por tanto, no está siendo recogida formalmente, al no citar a su presunto autor. Sólo es

mencionada para resaltar anecdóticamente, las eventuales carencias axiológicas de la Economía<sup>1</sup> y a su vocación pragmática que estarían entre las causas de su distanciamiento con el Derecho, lo que se denomina “*cisma*,” en el título de este trabajo y constituye el problema central de esta investigación.

**1.2.- Comprobación histórica del cisma.-** Alrededor de los mil ochocientos años antes de nuestra era, el príncipe Hammurabi ascendió al trono de la prehistórica Babilonia. Su presencia ha trascendido hasta nosotros por haber compilado durante su reinado en el llamado “Código” que lleva su nombre, las normas que consuetudinariamente regulaban la convivencia en su reino, siendo ésta la más antigua evidencia normativa formal que se conoce<sup>2</sup>. Al leerlo, se encontrará que, en sus 282 “*normas*” se regulan instituciones económicas existentes en la sociedad babilónica de entonces, permaneciendo aun hoy en el ordenamiento juseconomico universal. Son ejemplos ilustrativos las normas sexta a octava que se refieren a la preservación de bienes: oro, plata; ganado: asnos, bueyes, carneros y cerdos; asimismo hacen referencia al derecho de propiedad y a delitos que pueden atentar en su contra, sancionándolos duramente (normas 6<sup>a</sup> a 8<sup>a</sup>); al alquiler de inmuebles y el dinero (normas 51<sup>a</sup>, 78<sup>a</sup>, y 101<sup>a</sup> a 106<sup>a</sup>); a la prenda (normas 113<sup>a</sup> a 115<sup>a</sup>); al depósito (normas 120<sup>a</sup> a 123<sup>a</sup>). Están también los banqueros, el dinero, el crédito y el interés (normas 89<sup>a</sup> a 95<sup>a</sup>)<sup>3</sup>, los servicios de transporte marítimo y fluvial (normas 234<sup>a</sup> a 240<sup>a</sup>),

---

<sup>1</sup> Ver nota # 25 en la pag.8

<sup>2</sup> Anexo N°1, Código de Hammurabi, según la versión en inglés de L.W.King (1910). editada en 1996 por Richard Hooker de la Washington State University en World Civilizations, An Internet Classroom and Anthology, [www.wsu.edu/~dee/world.htm](http://www.wsu.edu/~dee/world.htm). Fuente Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters, by C. H. W. Johns, in 1904, one of a series called the Library of Ancient Inscriptions, from a facsimile produced by The Legal Classics Library, Division of Gryphon Editions, New York in 1987. (Traducción personal).

<sup>3</sup> Rehme, Paul, Historia Universal del Derecho Comercial, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1941, p.49

de arquitectura (normas 229<sup>a</sup> y 233<sup>a</sup>), de medicina y cirugía (normas 218<sup>a</sup> a 221<sup>a</sup>, 226<sup>a</sup>,227<sup>a</sup>). Como en todo el antiguo Oriente Medio, las leyes eran sagradas y dictadas por la divinidad, siendo el Rey su ejecutor y el guardián de su integridad<sup>4</sup>, gravándolas en muchas columnas de piedra a lo largo y ancho del reino, lo que ha permitido que algunas hayan llegado hasta nosotros y nos permitan evidenciar la protección legal de las instituciones económicas<sup>5</sup>.

Similar procedimiento parece haber seguido Moisés, cuando, en el desierto, los israelitas hambrientos y sedientos, se rebelaron contra él que los había sacado del Egipto de Ramsés II, para conducirlos a “*la tierra prometida*” que tenía reservada para ellos Jehová, su dios, de quien obtiene la grabación de las llamadas “*Tablas de la Ley*”: el Decálogo, según se narra en el *Éxodo*, el segundo libro tanto de la *Toráh* hebrea y como del *Pentateuco* del Antiguo Testamento de la Biblia católica<sup>6</sup>. Por lo menos en dos de sus diez normas, denominadas “*mandamientos*”, se evidencian relaciones económicas: el noveno mandamiento prohíbe el robo, lo que implica la sustracción de algo ajeno, es decir, algo que alguien posee o sobre lo cual ejerce dominio exclusivo; y el 10° estipula más específicamente: “*No codiciarás la casa de tu prójimo: no codiciarás la mujer de tu prójimo, ni su esclavo, ni su esclava, ni su buey, ni su asno, ni*

---

<sup>4</sup> Código de Hammurabi, Introducción: “(...) entonces Anu y Bel me llamaron por mi nombre, Hammurabi, el ilustre príncipe, que teme a Dios, para dar la reglas de rectitud en la tierra, para destruir la debilidad y a los malhechores; a fin de que el fuerte no pueda abusar del débil; por lo cual Yo debía reinar sobre los pueblos de cabezas negras como Shamash, e iluminar la tierra, para el bien futuro de la o humanidad (...) Cuando Marduk me envió a gobernar sobre los hombres, a proteger el derecho sobre la tierra, Yo goberné y mandé en ..., y traje el bien de los oprimidos”.

<sup>5</sup> Una de esas columnas se conserva y exhibe en el Museo del Louvre de París.

<sup>6</sup> La Toráh está integrada por cinco libros que contienen las enseñanzas divinas al pueblo de Israel. La Biblia católica el Éxodo es el segundo de los cinco “libros” que integran el *Pentateuco* (πέντα: cinco; τεῦχος: instrumento, utensilio): Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio. La autoría de estas obras se atribuye tradicionalmente a Moisés, aunque esto se discute históricamente.

*ninguna otra cosa que le pertenezca*"<sup>7</sup>. Y en el mismo Libro establece el Legislador "Si prestas a uno de mi pueblo, a un pobre que habita en medio de vosotros, no te portarás con él como acreedor y no le exigirás usura"<sup>8</sup>. En el Levítico, otro libro del mismo Antiguo Testamento cuya autoría también se atribuye al mismo Moisés, el propio Jehová dispone que "*Si empobreciera tu hermano y te tendiere la mano, acógele y viva contigo como peregrino y colono; no le darás dinero a usura, ni de tus bienes a ganancia*"<sup>9</sup>. Esto es reiterado en el Deuteronomio, pero agrega una facultad que no está en los textos antes citados y que tiene una importancia histórica remarcable, al prohibir el cobro de intereses entre los hebreos, a quienes llama "*hermanos*", mas faculta su exigencia a los que no lo son<sup>10</sup>, precepto que puede haber inducido la activa presencia de judíos en los negocios que generan intereses a lo largo de la historia y entre todos los pueblos del planeta. Y así el Legislador mosaico continúa legislando largamente, en materia esencialmente económica.

Puede observarse que la economía regulada de los días de Hammurabi y de Moisés era fundamentalmente agraria y ganadera y apreciarse además elementos monetarios, crediticios y, especialmente, comerciales. El comercio, la actividad de distribución de bienes y servicios, se observa existente desde la remota época que venimos revisando, es decir, a partir del segundo milenio antes de Cristo; el pueblo que se dedicó a esta actividad fue el "*fenicio*", denominado en la Biblia el "*pueblo de*

<sup>7</sup> NACAR COLUNGA, Eliono y COLUNGA CUETO, Alberto, SAGRADA BIBLIA, Decimoséptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, Moisés, Éxodo, Cap.20, versículos 15 y 17.

<sup>8</sup> Ibidem, Exodo, capítulo 22, versículo 24, pag.91.

<sup>9</sup> Ib, Levítico, capítulo 25, versículos 35-37.

<sup>10</sup> Ib., Deuteronomio, cap.23, vers.19-20, pag.233. "*No exijas de tus hermanos interés alguno, ni por dinero, ni por viveres, ni por nada de lo que con usura suele prestarse. Puedes exigirselo al extranjero, pero no a tu hermano, para que Yavé, tu Dios, te bendiga en todas tus empresas en la tierra en que vas a entrar para poseerla*"

*Canaán*”, en cuyos dominios había de encontrarse la “*Tierra Prometida*” por Jehová al pueblo hebreo<sup>11</sup>. Los “*cananitas*” intercambiaban los bienes que producían y transportaban por mar los que elaboraban sus vecinos. Extendieron sus “*colonias*” en las orillas de Mediterráneo y con ellas difundieron la escritura alfabética, diferente de la cuneiforme babilónica, su mayor aporte a la cultura universal<sup>12</sup>. Sus más importantes asentamientos fueron las ciudades asociadas de *Tiro* y *Sidón*, en el Asia Menor, y, posteriormente, *Cartago*, en la costa norte del África, que llegó a constituirse en la principal rival de Roma para el dominio del tráfico en el *Mare Nostrum* de los romanos. Su prestigio como navieros se acreditó cuando Darío I, el emperador persa, los contrató precisamente para que le proporcionaran esos servicios en el siglo V a C.

En la Constitución de Atenas escribió Solón “*Yo di a la masa popular tanto su dignidad como subvino a sus necesidades*”. Tres siglos más tarde, el IV antes de Cristo, Aristóteles, el filósofo maestro de Alejandro Magno, define la riqueza como “*la cantidad de medios e instrumentos que posea la administración de una familia o de un Estado*”<sup>13</sup>, entre otras menciones de la moneda, como medio de cambio<sup>14</sup>, y al interés, siendo él quien acuñó el término “economía”, uniendo las palabras griegas *oikos* (*ὄικος*): *casa* y *nomos* (*νόμος*): *regla*<sup>15</sup>. Refiriéndose este filósofo griego dice Roll que “*Aun viven entre nosotros las opiniones de Aristóteles sobre diferentes clases de trabajo humano*”<sup>16</sup>, agregando que Marx, en un artículo en el *Anti-During* de Engels, hizo justicia al pensamiento económico del Estagirita, aunque otros han negado el aporte de los

---

<sup>11</sup> Ib., Introducción a Josué, p.258

<sup>12</sup> Rehme, op. cit.p.49

<sup>13</sup> Aristóteles, La Política, Peisa, Lima, p.18, N°9

<sup>14</sup> Roll, Eric, Historia de las doctrinas económicas, Fondo de Cultura Económica, 5ª ed.en español, México, 1942, . p.30.



griegos a la ciencia económica<sup>17</sup>, sin pretender en absoluto su autonomía frente a las normas de conducción de las *ciudades estado*.

Siguiendo a Montanelli<sup>18</sup>, la sociedad romana desde la primitiva *Alba Longa* fue esencialmente agraria y se mantuvo así en la ciudad de Roma, desde el período de los Reyes hasta el Imperio; sin embargo, se desarrollaron, con costos mínimos pues la mano de obra la proveyeron los esclavos, muchas industrias extractivas, como la del carbón, del hierro y el mármol, así como la construcción, la vialidad y la ingeniería, que constituyó una pasión para los romanos, como lo fueron también, las armas y las leyes.

Muchas de esas actividades fueron desarrolladas por iniciativa privada pero el Estado tuvo una importante participación realizando obras que requerían mucha mano de obra, regulando el precio de los alimentos básicos mediante su acumulación e, incluso, actuando como banquero, prestando dinero proveniente del Tesoro Público a alto interés y firmemente garantizado; asimismo estimulo la actividad bancaria privada y un régimen monetario tan liberal tanto que algunos lo consideran marcadamente capitalista.

Cabe recordar, frente a los fenómenos económicos glosados en el párrafo precedente, que el régimen jurídico de obligaciones, recogido por Justiniano en

---

<sup>15</sup> Aristóteles, op-cit., p.23, N°23

<sup>16</sup> Ib.p.12

<sup>17</sup> Ib.,p.18, nota 1

<sup>18</sup> Montanelli, Indro, Historia de Roma, Debolsillo, Barcelona, 2004, cap.XXXIX, Su capitalismo, pp.345 a 351

las *Institutiones* y sus fuentes contractuales en su *Digesta*<sup>19</sup>, mantienen aun hoy esencial importancia económica, a pesar de provenir de la Ley de las XII Tablas publicada por los *Decenviri* a la mitad del siglo V aC.. Tal vez de la esencia racional de esos elementos fue que Ahrens, trascendente filósofo del siglo XIX, dedujo, con Cicerón, que “*la ciencia del Derecho... no debe estudiarse ni en el edicto del pretor ni en las Doce Tablas, sino en la naturaleza del hombre, pues éste es el único entre todos los seres vivos que participa de la razón, por lo que se asemeja a la divinidad ...*”<sup>20</sup>.

Con posterioridad, durante la Edad Media, incluida la etapa escolástica, como acota el ya citado Roll, la economía estuvo subsumida en el Derecho Canónico<sup>21</sup>, a propósito de lo cual, cabe recordar que Santo Tomás de Aquino, el *Ecclesiae Doctor Angelicus*, condenó los intereses con la misma energía que lo hizo Aristóteles en su momento, al expresar con dureza que “*pecunia non paret pecuniam* (el dinero no pare dinero)”, en su opus máxima, la *Summa Theologica*<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Justiniani Institutiones, Liber III, Titulum XIII, De obligationibus: “Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura”.

(Traducción propia: Acerca de las obligaciones: “Ahora tratemos sobre las obligaciones. Una obligación es un vínculo de derecho que asumimos de acuerdo con la necesidad de obtener un bien de otro, de acuerdo con el derecho de nuestra ciudad”) (Google, The Roman Law Library, Hulot’s edition | Krueger and Mommsen’s edition: I, II, III).

Justiniani Digesta, Liber 44, Titulum 7.1: “Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.”

(Traducción propia: “Las obligaciones han de nacer ya sea de un contrato o de un delito o del propio derecho o diversas figuras causales) (Google, The Roman Law Library, Hulot’s edition | Krueger and Mommsen’s edition: I, II, III)

<sup>20</sup> Ahrens, Hienrich, Curso Completo de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho, , Madrid, Carlos Bailly – Bailliere, 1864, p.498

<sup>21</sup> Roll, op.cit., p.36

<sup>22</sup> Aquino, Tomás de, Summa Teologica, Prima Secundæ (I-II), El Hombre, # 39.

La ruptura comienza a hacerse evidente con el *mercantilismo*<sup>23</sup> y la posterior aparición de la obra de Adam Smith, “La Riqueza de las Naciones”<sup>24</sup>, en la segunda mitad del siglo XVIII (1775), con la que se inicia la etapa clásica, científica, puede decirse, de la Economía Política<sup>25</sup>, desprendida del Derecho Canónico, al privilegiarse “*la relación del hombre con el hombre en lugar de la relación del hombre con Dios ...*”<sup>26</sup>. En ese trabajo Smith sostiene la conveniencia de liberar al mercado de todo límite normativo o político, para ser conducido “*como con una mano invisible, a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención*”<sup>27</sup>: el bienestar social. Cabe recordar similar tesis en el “*laissez faire*”, sostenido en Francia por Colbert pocos años antes. Con estos aportes, la Economía cobra autonomía tanto metodológica como axiológica del haz de las emergentes ciencias sociales, evidenciando su cisma especialmente del Derecho con el cual estuvo unificada hasta este momento histórico.

La Revolución Francesa fue un fenómeno muy ilustrativo del cisma, ya que puede ser entendida como la reacción de un pueblo sometido por regímenes legales que sustentaban la satisfacción dispar de necesidades entre las diferentes

<sup>23</sup> Ferguson, J.M., Historia de la Economía, FCE, 1994: “Un gran movimiento histórico, la Reforma Protestante iniciada por Martín Lutero en 1517 y que se extendió hasta 1650, sumió a una gran porción de Europa en un sangriento conflicto religioso y separó del dominio temporal del papado a la mitad de sus dominios anteriores. El nuevo protestantismo sustituyó el punto de vista internacional de la iglesia católica por la idea de la independencia nacional, prestó su apoyo al individualismo así en economía como en religión, y sancionó con toda franqueza la glorificación del móvil de en la humanidad. Desapareció el anticuado estigma inherente al hecho de ganar dinero y al enriquecimiento personal, a favor de una forma enteramente nueva de mirar la vida. La industria y el comercio, quizás por primera vez en la historia, se juzgaron socialmente respetables y las proezas y éxitos comenzaron medirse por una escala de valores pecuniarios”, pag.33; “...no apareció ninguna exposición de la economía como un todo, pero pueden citarse incontables ejemplos de defensas aisladas”, p.41

<sup>24</sup> Smith, Adam, Investigación de la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones, Ediciones Orbis, S.A, Tomos I y II, Barcelona, 1983, (Revisión y adaptación al castellano moderno de la traducción de Licenciado José Alonso Ortiz, publicado en 1794 por la Redacción de <<España Bancaria>>). Título del original en inglés: “*Inquiry into the Nature and the causes of the Health of Nations*, cuya primera edición, en dos tomos, apareció en Londres en 1775 y la segunda, con notables correcciones del autor, en 1778, en la misma capital británica.

<sup>25</sup> Ferguson, J.M., op.cit.: “Adam Smith ... “Con poca fe en la aritmética política”, como el mismo señaló y disponiendo de datos muy fragmentarios y de calidad muy baja, rindió el máximo servicio a la ciencia que podía prestársele entonces, cuando por medio de la deducción ofreció al mundo el pensamiento más cuidadosamente elaborado y las conclusiones más absolutas sobre los fenómenos económicos, así como el conjunto de las enseñanzas económicas mejor organizado, desde el punto de vista de unidad orgánica que ha proporcionado la historia hasta 1776”. P.61.

<sup>26</sup> Bodino, citado por Roll, op.cit.p.79, ref.1

<sup>27</sup> Smith, Adam, Op.cit. Tomo II, p.191.

clases sociales tradicionales, lo que no sólo se advierte en su lema<sup>28</sup>, sino especialmente en su sustento filosófico, orientado a cambiar la normatividad de la organización jurídico-social de la época que privilegiaba a determinadas clases sociales, como la monarquía, la nobleza, el ejército y la iglesia, por un ordenamiento legal que no sólo beneficiara a la mayoría popular, postergada en la satisfacción de sus necesidades<sup>29</sup>, sino que, como dijera Vítolo, hiciera evidente que *“Los hombres son iguales, tienen los mismos derechos, deben someterse a las mismas leyes y deben ser juzgados por los mismos tribunales”*.<sup>30</sup>

Algo más tarde, y no obstante esa Revolución o, talvez justamente como consecuencia de ella, y de la incidencia de la Revolución Industrial en los cambios que suscitaban ambas, Marx pregonó la lucha de clases, es decir, la de los pocos poderosos que poseían *“el capital”*, como medio de concentración individual de riqueza y poder, no sólo en oposición a los muchos que únicamente poseían su capacidad de trabajo y que resultaban obligados a enajenarse, a si mismos y a su prole, para no perecer todos de hambre, sino para denunciar que *“el trabajador se convierte en una mercancía aún más barata cuantos más bienes crea”*<sup>31</sup>, al amparo de la ley y al margen de la justicia propiciada por el Derecho. *“El derecho no se orienta hacia la idea de justicia, sino que es un medio de dominación y un instrumento de los explotadores que lo emplean en interés de su clase. ... el derecho es un factor muy valioso de (la) alienación ... resultará*

<sup>28</sup> “Liberté. égalité. Fraternité”: Libertad, igualdad, fraternidad.

<sup>29</sup> Rousseau, Jean Jacques, El Pacto Social, Sarpe, Madrid, 1985, p. 89 :*“Si se analiza en qué consiste precisamente el bien de todos, o sea, el fin que debe ser el objeto de todo sistema de legislación, se descubrirá que él se reduce a los fines principales, la libertad y la igualdad. ... no debe creerse por tal el que los grados de poder sean absolutamente los mismos, sino que el primero esté al abrigo de toda violencia y que no se ejerza jamás sino en virtud del rango y de acuerdo con las leyes; y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea suficientemente poderoso para poder comprar a otro, ni ninguno bastante pobre para sentirse forzado a venderse”*.

<sup>30</sup> Vítolo, Daniel, Lex Mercatoria, Astrea, Buenos Aires, 1988, p.20

<sup>31</sup> From, Erick, Marx y su Concepto del Hombre, Marx, Kart, Manuscritos Económicos, FCE, México, 1964, p. 104.

*innecesario y superfluo en una sociedad comunista*”, comenta al respecto Friedrich<sup>32</sup>; el pensamiento marxista, al propiciar la lucha de clases y generar el enfrentamiento del capitalismo y el socialismo, las dos corrientes más importantes de la teoría económica desde mediados del siglo XIX hasta finales del XX, motivaron profundos cambios en el pensamiento y normatividad jurídicos en el mundo, entonces sustentatorios del interés específico del poder basado en la acumulación individual de la riqueza, como lo admitió, fustigándolo, el Papa León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum* que inicia la influyente “*doctrina social de la Iglesia*”<sup>33</sup>. No obstante, el propio Marx vio y manifestó claramente que la relación jurídica que se expresa en el contrato tiene como contenido “*la relación económica misma*”<sup>34</sup>.

Weber, algo más adelante en la historia, consideró que la “*tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, determinado de alguna manera; es decir, de investigar las situaciones de hecho subsumidas en esos preceptos y el modo de su subsunción ... partiendo de su indiscutible validez empírica trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción. Este sistema constituye el “orden jurídico” en el sentido*

---

<sup>32</sup> Friedrich, Carl Joachim, *La Filosofía del Derecho*, FCE, Breviarios, México, 1997, p.210.

<sup>33</sup> León XIII, Encíclica *Rerum Novarum*( *De Las Novedades*) Carta Encíclica Del Sumo Pontífice Sobre La "Condición" De Los Obreros, 15-05-1891: “quienes de la munificencia de Dios han recibido mayor abundancia de bienes, ya exteriores y corporales, ya internos y espirituales, los han recibido a fin de servirse de ellos para su perfección, y al mismo tiempo, como administradores de la divina Providencia, en beneficio de los demás. *Por lo tanto, el que tenga talento cuide no callar; el que abundare en bienes, cuide no ser demasiado duro en el ejercicio de la misericordia; quien posee un oficio de que vivir, haga participante de sus ventajas y utilidades a su prójimo*”.

*jurídico de la palabra*". Y agrega, comparativamente, "llamamos "orden económico" a la distribución del poder de disposición efectivo sobre bienes y servicios económicos que se produce consensualmente – consensos- según el modo de equilibrio de los intereses, y a la manera como esos bienes y servicios se emplean según el sentido de ese poder fáctico de disposición que descansa sobre el consenso", para concluir que "es evidente que ambos modos de considerar los fenómenos plantean problemas totalmente heterogéneos y que sus "objetos" no pueden entrar en contacto de un modo inmediato; el "orden jurídico" ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver directamente con el cosmos del actual económico real, porque ambas cosas yacen en planos distintos: una en la esfera ideal del deber ser; la otra en la de los acontecimientos reales. No obstante, líneas más adelante agrega que "si a pesar de esto, el orden económico y el jurídico se encuentran mutuamente en la más íntima relación, ello significa que éste último no se entiende en sentido jurídico sino sociológico: como validez empírica<sup>35</sup>". La imagen que proyecta este eminente pensador, uno de los pilares de la sociología contemporánea, es la del Derecho y la Economía desarrollándose en planos paralelos diferentes, cuyo único contacto resulta ser la sociedad que los entorna. De otra forma, al entenderlos como paralelos, propicia que no hayan de cruzarse jamás, no obstante estar orientados hacia la misma realidad social.

Cuando a principios del siglo XX, y como consecuencia del ya referido pensamiento marxista, cuya incidencia política se plasmó cruentamente con la revolución que destruyó la Rusia zarista e instituyó la Unión Soviética, diversos autores

---

<sup>34</sup> Marx, Carlos, El Capital, Crítica de la Economía Política, T.I., FCE, México, 1976, p.48

<sup>35</sup> Weber, Max, Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, FCE, México, 1987, p. 251.

recurrieron al renacimiento del “*Derecho Económico*,” como la disciplina jurídica autónoma y específica destinada a regular la actividad económica del Estado a fin de lograr la justicia social<sup>36</sup>.

Hoy, en especial en las sociedades regidas por el “*common law*”, se propone el concepto de “*Análisis Económico del Derecho*”, como un medio para lograr armonizar los objetivos jurídicos y los económicos. Guido Alpa, distinguido jurista italiano, citando, resumiendo y traduciendo a Robert Dorfman dice que *“el derecho y la economía son ramas (del conocimiento) tan diversas que juristas y economistas están obligados a intercambiar dificultades en la comprensión del acercamiento de una y otra materia... Para tomar sus decisiones, el jurista debe tener en cuenta muchas consideraciones y en particular debe aplicar el modelo ético y de justicia así como evaluar las obligaciones recíprocas reguladas por la ley. El economista no tiene nada que hacer con eso al tomar sus decisiones ... Su deber no es otro que describir cómo opera el mundo y, posiblemente, describirlo de qué modo operaría si las condiciones cambiaran en cierto grado ... La economía no tiene una escala de valores. El economista, por lo tanto, debe sustentar el punto del cual se ocupe con apropiados y fuertes argumentos con los cuales puedan derivarse la adopción de medidas y políticas alternativas. El político, el moralista, el periodista o el jurista están forzados por la*

---

<sup>36</sup> El término y el concepto implícito son tan antiguos como el “*lus æconomicum*”, acuñado por el “*cameralismo*” del siglo XVII, una variante austriaco-germana del mercantilismo, orientada esencialmente a aspectos estatales de administración financiera y agrícola.

Ferguson, J.M, Historia de la Economía, FCE, 1ª. Ed. en español, México, 1994, p.43, se refiere al cameralismo dadas: “*Las peculiares circunstancias reinantes en los estados alemanes y en Austria, dieron origen a una forma de mercantilismo conocido con el nombre de cameralismo ... (que) ... comprendía los esfuerzos sistemáticos realizados por el príncipe para someter todo a su dominio, para la lucha a vida o muerte y para mantener y consolidar su seguridad, en mezcla con las ideas propias de la economía política defendidas por estadistas y consejeros, profesores de derecho y otros. ... los escritores cameralistas típicos fueron Obrecht, Bornitz, Seckendorf, ... y Justi, autor de un Tratado Sistemático sobre todas las Ciencias Económicas y Generales (1775) ...*

*necesaria escala de valores, cada vez que deben tomar o recomendar una decisión*<sup>37</sup>”.

Esta traducción del italiano al español es personal.

En el mismo sentido, tras afirmar que “*la divisa de la economía es, por desgracia, **homo homini lupus** (el hombre, para el hombre, un lobo)*”,<sup>38</sup> el polifacético maestro Carnelutti, luego evidenciar que el hombre no podía mantener ese caos del egoísmo que va más allá de lo individual al extenderse al de los pueblos, propone “*sustituir el egoísmo por el altruismo*”<sup>39</sup>; con la fórmula cristiana del “**amor al prójimo**”, considera que “*la moral, como reinado que es del amor*” y también “**el reinado de la libertad**”<sup>40</sup> y encuentra finalmente que la concreción de esos bellos principios se da mediante el Derecho<sup>41</sup>.

La palabra “*cisma*”, como ya se ha visto, está siendo usada en el sentido de la separación de lo que fue unitario en su origen. Así la Historia nos ha recordado el que protagonizó Lutero con la Iglesia Católica que no obstante ser considerado inicialmente “*como una polémica entre católicos*”<sup>42</sup>, terminó escindiendo la unidad del catolicismo, con lo que se causó uno de los *cismas* más importantes en la evolución de la cultura de Occidente, propiciando como queda dicho, el enfoque mercantilista de la riqueza con el que se inicia el que ha ocurrido entre el Derecho y la Economía, como

---

<sup>37</sup> Alpa, Guido; Pulitini, Franco; Rodotà, Stefano, Romani, Franco, Interpretazione Giuridica e Analisis Economica, Dott. A.Giuffrè Editore, Milano, 1982, Introduzione a cura de Guido Alpa: “*Diritto ed economia sono branche così diverse che i giuristi e gli economisti sono costretti a ricambiarsi difficoltà nel comprendere gli approcci di ciascuno all’una o all’altra materia ... Nell’prendere le sue decisioni, il giurista debe conto di multe considerazioni e in particolare deve applicare Il modeli etici e di giustizia e valutare gli obblighi reciproci disciplinati dalla lege. L’economista non a nulla che fare con il prendere decisioni... Suo dovere è quello de descrivere come opera il mondo e possibilmente, de descriverlo com tale maestria e tale approfondimento de poter desumere in quale modo il mondo opererebe si le condizione mutessero in certo grado ... L’economia non è fornita di uma scala di valori. Così l’economiste deve formarsi al punto in cui può prendere, com deboli o forti argumentazioni, quale conseguenza potranno derivare dall’adozione di misure o politiche alternative. Il politico, il moralista, , il giornalista o il giurista son forniti delola necessaria scala di valori, così Che essi possono prendere o raccomandare uma decisione*”.p.1.

<sup>38</sup> Carnelutti, Francesco, Cómo nace el Derecho, Monografias Jurídicas 54, Ed.Themis, Bogotá, 1998, p.10

<sup>39</sup> Ibidem, p.17

<sup>40</sup> “ “ 17

<sup>41</sup> “ “ 18



ciencias sociales, ya que los elementos de uno y otra formaron parte siempre de las mismas variables estructuras de la sociedad, en una u otra forma.

Cabe reiterar con el tantas veces citado profesor Roll<sup>43</sup>, y como se ha evidenciado anteriormente, que hasta bien entrada la Era Moderna a fines del siglo XVII y principios del XVIII, no parece existir desarrollo científico autónomo de la economía. Lo que permite colegir que, en la evolución del ordenamiento social durante 41 siglos de historia, sólo hay poco más de dos de separación entre la dos disciplinas, el Derecho y la Economía, coincidiendo además, este lapso, con el de la autonomía de las ciencias sociales y políticas, en general. Ya dijo Stamler, a principios del siglo XX, que *“no hay un solo <<fenómeno económico>> que no se halle condicionado lógicamente por la existencia de una cierta institución jurídica”*<sup>44</sup>.

El cisma resulta ser, consecuentemente, el histórico desprendimiento de la unidad gnoseológica *“Economía”* del tronco común, el Derecho, lo que además de hacer referencia a su común origen, evidencia una aparente ruptura conceptual que lleva a ambas disciplinas a percibirse antagónicas, causándose recíprocamente interferencias para el logro de sus respectivos objetivos sociales, constituyendo estas interferencias, el problema fundamental que vienen sufriendo los seres humanos que integran la sociedad a la que se deben.

Como ya se ha podido apreciar empíricamente, la ciencia económica

---

<sup>42</sup> Hertling, Ludwig, Historia de la Iglesia, Ed. Herder, Barcelona, 1964, p.313

<sup>43</sup> Roll, Eric, op.cit., 1964, p.18

deviene pragmática, cuantificadora, maximizando más la creación de la riqueza que su distribución e induciendo el éxito económico como la meta máxima a la cual todos los hombres deben apuntar individualmente, lo que permite reiterar la dura sentencia de Hobbes, citada antes por Carnelutti, que está referida al egoísmo, como la fuerza egocéntrica del accionar humano en su búsqueda permanente de riqueza y bienestar: “*el hombre es un lobo para el hombre*”<sup>45</sup>.

El Derecho, en cambio, tras mitigar el egoísmo, se percibe conservador de los valores que le son propios, tales como el respeto a la ley y, a través de ella, la justicia y la igualdad de todos los hombres en el ámbito social, su seguridad y la protección del débil frente al fuerte, todo lo cual parece obstaculizar los logros esperados por la Economía. Ya se ha mencionado el *Análisis Económico del Derecho*, y se retornará a sus postulaciones para profundizarlas más adelante, en cuanto propone emplear los pragmáticos métodos de la ciencia Económica para resolver las interferencias entre ambas ciencias, grave problema que debe ser resuelto en beneficio de todos los seres humanos en nuestra sociedad contemporánea y futura.

**1.3. Las Hipótesis.-** Orientándose a solucionar esa problemática sin alterar la metodología de ambas ciencias, la hipótesis principal de este trabajo es la inducción de la complementariedad recíproca entre el Derecho y la Economía, respetando sus singulares naturalezas específicas, para lo cual habremos de utilizar, en primer término, el análisis ontológico comparativo de ellas.

---

<sup>44</sup> Stamler, R., *Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la Historia – Una investigación filosófico-social*, Ed.Reus, Madrid, 1929, p.53

Cómo ha de operar la complementariedad recíproca es la importante hipótesis dependiente que evidenciará empíricamente los sujetos intervinientes, los medios de acción respectivos y los beneficios sociales resultantes como evidencia objetiva en todas las disciplinas jurídico – económicas.

Finalmente, es necesario acotar que, si bien este trabajo es de naturaleza dogmática<sup>46</sup>, es decir, no exegética<sup>47</sup>, su trascendencia empírica se hará evidente al demostrarse la complementariedad interdisciplinaria entre las dos ciencias resultantes del referido cisma histórico.

**1.4.- Mi marco teórico y metodológico.-** Como ha podido ya apreciarse, el marco teórico esencial de este trabajo es histórico, es decir que, a partir de hechos ocurridos en el pasado, deducirá la existencia del cisma entre el Derecho y la Economía como problema. Esos hechos son, en su mayor parte, vivenciales, o sea que forman parte de la experiencia del autor. Además de las empíricas e históricas señaladas, las fuentes serán obras de filosofía, de teoría y doctrinas tanto económicas como jurídicas, sin perjuicio de las cuales, la normatividad, tanto constitucional tanto nacional como extranjera con el mismo enfoque historicista ya planteado como marco general, como de

---

<sup>45</sup> Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Londres, 1651, *Ebooks Release Date: October 11, 2009 [EBook #3207]Language: English, Part 1: Of Man, p.38*

<sup>46</sup> Real Academia Española:” 5. adj. *Der.* Dicho de un método expositivo: En las obras jurídicas, que se atiene a principios doctrinales y no al orden y estructura de los códigos. Se usa en contraposición a *exegético*”.

<sup>47</sup> *Ibidem*:” 2. adj. *Der.* Se dice del método interpretativo de las leyes que se apoya en el sentido de las palabras de estas.

Derecho privado, en especial, tocando las de Derecho público sólo tangencialmente, serán también esencial fuente objetiva de la investigación jurídico - económica que se propone este trabajo. Para ello, además del enfoque historicista, se orientará el análisis normativo privado críticamente para evidenciar los contenidos económicos en las fuentes normativas y la conveniencia de su reestructuración en el marco del Derecho Económico que habrá de ser definido en función de la doctrina económica aplicable a esa reestructuración, de acuerdo con las hipótesis planteadas y que serán recogidas en las conclusiones y recomendaciones finales.

**1.5.- Estructura del trabajo.-** El desarrollo del trabajo propuesto se efectuará con la siguiente estructura:

Empieza con una breve **Introducción** sobre el tema propuesto; el **Capítulo Primero** se ha titulado “**El cisma, como problema**”. En él, aun de manera introductoria, se ha comprobado la existencia empírica de la separación antagónica del Derecho y de la Economía en su evolución histórica, deduciendo de esa comprobación, la problemática que genera y para cuya solución, se han propuesto las hipótesis de este trabajo que se integran en la inducción de la complementariedad recíproca entre el Derecho y la Economía, respetando sus singulares naturalezas específicas, a fin de superar las dificultades empíricas que ocasiona el cisma en la sociedad.

El **Capítulo Segundo** se titulará: “**Desarrollo Ontológico de los Conceptos “Derecho” y “Economía”**” y empezará proponiendo un concepto de la consistencia ontológica del Derecho, luego de definir la Ontología dentro del marco de las disciplinas filosóficas. Evidenciará cinco elementos en esa consistencia ontológica y dos elementos externos que la condicionan. Se preguntará luego si la

pentaelementalidad ontológica atribuida a la Derecho le es exclusiva para concluir que la Economía también la ostenta, como podría apreciarse que lo hacen todas las ciencias sociales. Sin embargo, también se evidencia que sólo tres de los cinco elementos con comunes a estas ciencias, pero que cada una de ellas tiene dos elementos propios que las diferencian de las demás y que, entre los del Derecho y de la Economía, hoy una evidente complementariedad y reciprocidad.

De acuerdo con lo precedente se inducirá la formulación **de un Concepto Ontológico Integrador: El Derecho Económico**, en el capítulo Tercero que presentará la relación elemental en el Derecho y la Economía dentro del marco espacio - temporal condicionante externo con un concepto ontológico de Derecho Económico que amplía las concepciones históricas de estas disciplinas tanto en el ámbito nacional como en el extranjero y se distancia racionalmente de "*Análisis Económico del Derecho*".

Establecida así la esencial complementariedad recíproca del Derecho y la Economía se hará necesario evidenciar su plasmación empírica y para ello en el **Capítulo Cuarto** se analizarán **Los Elementos Subjetivos del Derecho Económico**, presentándose al "*Estado*", como elemento subjetivo activo esencial, lo que se evidencia históricamente, e induciendo la necesaria especificación de "*Derecho Económico Público*", diferenciándola de la de "*Derecho Económico Privado*" en el cual el sujeto activo esencial resulta ser "*el empresario*" a quien se caracteriza analíticamente en el marco del sistema jurídico nacional.

Orientándose preferencialmente al ámbito del Derecho Privado, el **Capítulo Quinto** se ocupará de "**El Contrato, instrumento jurídico esencial para concretar la Empresa como objeto de la actividad empresarial**", proponiendo un

análisis etimológico del término y diferenciando el concepto resultante del reconocido mayoritariamente por la doctrina, para luego analizar sus elementos en el Derecho Civil peruano, proponer un texto modificatorio del artículo 1351º del respectivo Código y una estructura distinta para su Libro VII, en especial en su segunda parte, proponiendo el descarte de la clasificación actual para sustituirla, de acuerdo con su carácter instrumental para la Economía, de acuerdo con la secuencia estructural propuesta por J.B.Say.

El capítulo Sexto se remite a la **Evidencia del Derecho Económico como Esencialmente Complementario entre todas las ramas del Derecho y la Economía**, empezando por las normas constitucionales en general y continuando con las Constituciones peruanas del siglo XX, deteniéndose en la de 1933 que fuera interrumpida largamente por las normas de la “*Revolución de la Fuerza Armada*” con sus reformistas motivaciones económicas y derogada finalmente por la de 1979, hasta la vigente promulgada en 1993.

Se retornará luego al Derecho Privado para postular la unificación de sus normas precisamente mediante el Derecho Económico. Finalmente, sobre la base del fenómeno de la “*Globalización*”, se orienta a la compatibilización de la normatividad internacional con la intervención promotora de los Estados y la ejecutiva de los empresarios.

En síntesis, como se expresa en el título de este trabajo, se postula la eliminación de un cisma que, de espaldas a lo esencial del Derecho y de la Economía, sólo ha causado daño a la sociedad, sin considerar que ambas disciplinas deben

orientarse a su servicio, lo que propone corregir, como resultado empírico de la propuesta que desarrolla.

## **2.- DESARROLLO ONTOLÓGICO DE LOS CONCEPTOS “DERECHO” Y “ECONOMÍA”.**

El propósito de este trabajo obliga a empezar por sintetizar sus ideas o hipótesis centrales<sup>48</sup>. Estas son, en primer término, la absoluta complementariedad esencial entre el Derecho y la Economía; y, seguida y consecuentemente, la posibilidad y conveniencia de que ambas disciplinas sean manejadas por sus operadores en función a esa complementariedad y a su reciprocidad, de tal manera que la norma sea el instrumento de aplicación de conclusiones económicas que han tenido presentes los valores perseguidos por cada una de ellas.

Para lograr esta síntesis, resulta indispensable analizar la esencia de cada uno de los conceptos cuya complementariedad se postula, a fin de llegar a uno que sea objetivamente admisible y suficiente; luego, confrontarlos y, finalmente, evidenciar su naturaleza complementaria. Esa es, sin duda, una poco fácil tarea conceptual pues parece que se trata de reobtener un concepto integrado de Derecho y Economía que ha sido objetivamente válido desde hace miles de años, como resulta de la introducción precedente.

Con relación a la Economía como ciencia que, aunque como queda dicho, es históricamente más joven que el Derecho, pareciera que los esfuerzos para definirla han sido menos conflictivos, aunque no se han dejado de presentar orientaciones diferenciables. En cambio, aun hoy, no es posible llegar a un concepto uniforme de Derecho, sobre el cual secularmente discuten jusnaturalistas, positivistas, utilitaristas, etc.

Por esta causa, difícil de superar, se ha considerado la conveniencia de recurrir a la ontología, con la esperanza de que su enfoque, libre de subjetividad, permita

---

<sup>48</sup> Supra # 1.3, p.13



desarrollar, si se quiere, de la manera más pura posible, la consistencia de las disciplinas cuya útil complementariedad se postula. Para ello y para evidenciar la validez lógica de lo propuesto, es conveniente obtener un concepto admisible de ontología antes de aplicarla, lo cual constituye una adicional dificultad introductoria que se debe despejar.

**2.1. La ontología.** - Preliminarmente cabe analizar el término desde el punto de vista etimológico. Sus componentes son incuestionablemente griegos: el primero, definitorio, es “*On (ὄν)*”, participio presente del verbo “ser (εἰμί)”, o sea, “*el que es*”<sup>49</sup>; el segundo es “*logos (Λῶγος)*” que significa elementalmente “*palabra*”<sup>50</sup> pero que en el griego clásico se empleó con otros y muy amplios significados, siempre trascendentes<sup>51</sup>. En nuestro caso, como en el las muchas palabras referidas al conocimiento, hemos de tomar el de “*discusión filosófica y asunto, tema, cuestión o materia de ella*”. De lo expresado y referido, me permito colegir que la **ontología puede entenderse etimológicamente como “tratado del ser” o “ciencia del ser”**.

El maestro García Morente enseña que la ontología se pregunta tanto qué y quién es el ser<sup>52</sup> como en qué consiste el ser<sup>53</sup>, es decir, los problemas de la existencia

<sup>49</sup> Pabón S. de Urbin, José M., Diccionario Griego – Español, Barcelona, 1967, p.654.

<sup>50</sup> Ibidem, p.371

<sup>51</sup> El Diccionario Griego – Español que venimos citando, casi llena una página a dos columnas con los múltiples significados de este término remitirnos a él. Cabe recordar que el evangelista Juan, empieza su texto, escrito originariamente en griego, identificando “*logos (λόγος)*” con la divinidad: Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ Λόγος ... καὶ Θεὸς ἦν ὁ Λόγος ... “En el principio estaba el Logos ... y Dios era el Logos ...”.(Evangelio según San Juan, Cap.1, vers.1)

<sup>51</sup> García Morente, Manuel, Lecciones Preliminares de Filosofía, Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, Lección IV, pp.49.

<sup>52</sup> Ibidem, pp.53 y 5

<sup>53</sup> Ibidem, p.55: “... Hay maneras, modos, formas variadas del consistir ... es algo que constituye un capítulo importantísimo de la ontología”.

y la consistencia. Del primero se ocupa la metafísica y de la segunda, la teoría de la objetividad que implica definir un ser, es decir, explicar su consistencia<sup>54</sup>, que es lo que precisamente se intenta con el Derecho y la Economía.

En el mismo sentido, Ferrater Mora considera que la ontología “*es una ciencia de las esencias y no de las existencias; es, como se ha precisado últimamente, teoría de los objetos*”<sup>55</sup>. Nuestros objetos han de ser el Derecho y la Economía; nuestro fin el descubrimiento de sus respectivas consistencias y, en ellas, los elementos<sup>56</sup> que configuran ambas ciencias esencialmente<sup>57</sup>, de modo tal que, si uno faltare, nuestros objetos dejarían de ser lo que son y se convertirían en objetos diferentes.

**2.2. Concepto Ontológico del Derecho.** El maestro vienés Hans Kelsen postuló el concepto absolutamente positivo del Derecho, al considerarlo como un conjunto de normas de cumplimiento coercitivamente exigible por el Estado del cual emana dentro del régimen constitucional que lo crea, le otorga determinadas facultades y le impone diversos deberes, debiendo ser apreciado de modo absolutamente aislado de cualesquiera otras disciplinas que no determinen sólo derechos y obligaciones exigibles coercitivamente: “*El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido puesto. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y así es independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo*”<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía abreviado, Editorial Sudamericana, 14ªed., Buenos Aires, 1983, p.307

<sup>56</sup> Ibidem, p.128: “... principios de una ciencia o de un sistema.”

<sup>57</sup> “...”, p.140: “El término “esencia” se refiere en general a aquello en que consiste algo ...”p.140. “

<sup>58</sup> Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, p.137.

El doctor Jorge Horacio Gentile, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional y de la Católica, ambas de Córdoba, Argentina, comentando la obra del maestro argentino Germán Bidart Campos, en base a cuyo “trialismo”, que será objeto de estudio luego, propone una “*Teoría del Derecho Impuro*”<sup>59</sup>. Antes, desde los idealistas platónicos y los jusnaturalistas<sup>60</sup>, y después, con el realismo de Ross, Olivecrona, Holmes y otros<sup>61</sup> hasta el sociologismo<sup>62</sup> y el eclecticismo ontológico<sup>63</sup>, se ha tratado de explicar más el ser que la consistencia del Derecho. Sin duda, en la historia del pensamiento humano pueden contarse por decenas esas diversas y, por cierto, valiosas y polémicas opiniones.

**2.2.1.- El Tridimensionalismo.-** Durante la primera mitad del siglo XX, otros maestros se refieren a la estructura tridimensional del mundo jurídico, como en Alemania Emil Lask y Hermann Kantorowicz, quienes ven en el “tridimensionalismo”: realidad, sentido y valor; y con François Géný<sup>64</sup> en Francia, al sostener la necesidad de tener presente lo dado ( la realidad social), lo construído (la norma) y el Derecho Natural (la Justicia). En América, son seguidos por el trialista Goldschmidt<sup>65</sup> en la Argentina<sup>66</sup>, quien cita, como contemporáneos suyos, al alemán Werner Coing<sup>67</sup>, a Luis Legaz y Lacambra en España<sup>68</sup>, a Roscoe Pound<sup>69</sup> y a Jerome Hall<sup>70</sup>, en Norteamérica, a Luis

<sup>59</sup> Gentile, Jorge Horacio, El Derecho De La Constitución” En El “Mundo Trialista”, Universidad Nacional de Córdoba, Rep.Argentina, Córdoba, 2002.

<sup>60</sup> Hernández Marín, Rafael, Historia de la Filosofía del Derecho Comparada, 2ªed.,Tecnos, 1989, p.27

<sup>61</sup> Ibidem, p.262

<sup>62</sup> “ p.291

<sup>63</sup> Hernández Marín, Rafael, op.cit., p.294

<sup>64</sup> Géný, Francisco, Método de interpretación y Fuentes en Derecho Privado positivo, Comares, Granada, 2000, p.128

<sup>65</sup> Goldschmidt, Werner, Introducción a la Filosofía del Derecho, Depalma, Buenos Aires, 6ª.ed., 1996

<sup>66</sup> Werner Goldschmidt nació en Alemania pero, durante el régimen nacional socialista de Hitler y, probablemente, dada su ascendencia judía, emigró a España en la década de 1940 y luego a la Argentina, donde radicó hasta su muerte en Buenos Aires, en 1987. En su concepción *trialista del Derecho*, considera que a la conducta como comportamiento humano, al la norma como descripción lógica de esa conducta que procura al valor justicia de esas conductas interactuantes.

<sup>67</sup> Coing, Werner, Fundamentos de la Filosofía del Derecho, Ariel, Barcelona, 1961 (1ªed. En español).

<sup>68</sup> Legaz y Lacambra, Luis, Filofofía del Derecho, 5ªed., Bosch, Barcelona, 1979

<sup>69</sup> Pound, Roscoe, Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico, Ariel, Barcelona, 1950.

Recacéns Siches<sup>71</sup>, en México y a Miguel Reale<sup>72</sup>, en el Brasil. Todos ellos, como el querido Maestro Carlos Fernández Sessarego<sup>73</sup>, en el Perú, con diferencias muy sutiles, han considerado a la norma jurídica como una de las “dimensiones” estructurales del Derecho al apreciar la conducta humana social<sup>74</sup>, como relación del hombre con los hechos jurídicos<sup>75</sup>, el fin axiológico y la norma objetiva emanada del Poder Público que configuran la ontología del fenómeno jurídico.

Me suscita, sin embargo, una importante duda el empleo del término “dimensión” que emplean los maestros trialistas y tridimensionalistas; por lo menos semánticamente, me parece que no corresponde a los elementos, ni a la esencia del fenómeno subanálisis, el Derecho. “Dimensionar” significa apreciar en el objeto observado las magnitudes que sirven para definirlo gnoseológicamente<sup>76</sup>, es decir, para tomar conocimiento de él, puesto al frente nuestro<sup>77</sup>, mas no para penetrar ni en su esencia, ni en su consistencia.

Además, cabe reiterar que la norma jurídica debe ser considerada, más que una “dimensión”, un elemento material, empírico y objetivo de la organización social que integramos los seres humanos, tanto hoy, como en los difusos albores de nuestra remota evolución. Sin duda, no es posible descartar la norma jurídica en la concepción de la esencia del Derecho; sin embargo, su génesis, absolutamente humana, exige anteponer como elemento primario al hombre, su único posible autor: *“El ser del hombre*

---

<sup>70</sup> Hall, Jerome, Filosofía Analítica y Teoría del Derecho, biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/2

<sup>71</sup> Recasens Sichez, Luis, Vida Humana, Sociedad y Derecho, La casa de España en México, 1939

<sup>72</sup> Reale, Miguel, Fundamentos del Derecho, De Palma, Bs .As.1976, ver Cap.VIII,Hecho, Valor y Norma.

<sup>73</sup>Fernández Sessarego, Carlos, El Derecho Como Libertad, Studium,Lima,1987, ver Cap.III,Bosquejo para una determinación Ontológica del Derecho.

<sup>74</sup>Ibidem, ob.cit.p.63.

<sup>75</sup>Reale, ob.cit., p.244.

<sup>76</sup> Teoría del conocimiento de “γνώμη: facultad de conocer, entendimiento, razón ...” (Pabón, op.cit.121)

es la realidad básica, radical, primaria, pues es el fundamento y la explicación de todo lo demás. Todo es o se inserta en la vida humana”, ha dicho el maestro Fernández Sessarego<sup>78</sup>.

**2.2.1.- El elemento antropológico del Derecho.-** Es pues evidente, que la **norma** no puede ser ni la única, ni la primera “dimensión” apreciable como “elemento” en el origen del fenómeno jurídico: antes está *el hombre* pero éste es un débil animal de reciente presencia específica en el tiempo planetario como lo evidencia Clarke en el colofón del primer capítulo de su antropológica novela que pone a un mono antropoide frente a la perfección universal de la que resulta el poder que le da el uso del primer instrumento, el hueso, frente a sus semejantes<sup>79</sup>. Sin embargo, “*no había evidencia alguna de que pudiera prosperar, o hasta sobrevivir; había habido en este mundo tantas bestias más poderosas que desaparecieron, que su destino pendía aun de la balanza*”<sup>80</sup>; hasta la última glaciación que se llevó “*mucha de la vida del planeta*” varios de los “*monos – humanoides ... habían sido transformados*”, gracias al uso de los instrumentos : “*Los constructores instrumentos habían sido rehechos por sus propias herramientas ... Habían aprendido a hablar logrando así su primera gran victoria sobre el Tiempo. Ahora el conocimiento de una generación podía ser transmitido a la siguiente, de forma que una época podía beneficiarse de las que la habían precedido. A diferencia de los animales, que conocían sólo el presente, el Hombre había adquirido un pasado y había*

---

<sup>77</sup> Real Academia Española, Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pp.563 y 779

<sup>78</sup> Fernández Sessarego, Carlos, op.cit., p.54.

<sup>79</sup> Clarke, Arthur C., Una Odisea Espacial, 2001, Biblioteca Básica Salvat, Salvat Editores, Navarra, 1970: al vencer a sus rivales gracias al garrote de hueso *Moon Watcher*, el mono antropoide líder pudo vislumbrar que “*Ahora era él, el amo del mundo, y no estaba del todo seguro sobre lo qué hacer a continuación. Mas ya pensaría en algo*”.p.32.

<sup>80</sup> Ibidem, 6.- “*La Ascendencia del Hombre*”, p.32

*comenzando a andar a tientas hacia el futuro*<sup>81</sup>. Cabe observar que el flujo evolutivo a que se refiere Clarke supuso vida generacional en común para permitir la transmisión multiplicadora de saberes, por lo que *“la tribu crecía en la aldea, y ésta se transformaba en ciudad. El habla se hizo eterno, gracias a ciertas marcas en piedra, en arcilla y en papiro*<sup>82</sup>, evidenciando la presencia de un segundo elemento evidentemente esencial, perdóneseme el pleonismo, pues de no haber sido así, talvez no estuviéramos haciendo estas meditaciones: tal es la **sociedad** o el **elemento sociológico del Derecho**<sup>83</sup>.

**2.2.2.- El elemento sociológico.-** La apreciación fenomenológica de la norma, implica pues, al ser humano en necesaria relación armónica y continua con sus semejantes, los demás seres humanos, en el seno de la sociedad; es decir, el hombre integrado con otros hombres que, en interacción constante, hace posible la creación, materialización y aplicación de la norma jurídica. Desde Aristóteles, siglo IV antes de Cristo, ha quedado evidencia de la naturaleza gregaria del hombre: *“...el que no puede vivir en sociedad o el que no necesita de nada o de nadie pues se basta a sí mismo, no forma parte del Estado: es un bruto o es un dios*<sup>84</sup>. La **norma jurídica** supone e implica a la **sociedad humana** como otro elemento del Derecho ya que ésta resulta, en primer término, de la reiteración de acciones de sus miembros como medio para vencer obstáculos o problemas que afectan a todos. De la continua y común utilización esas acciones emana una suerte de juridicidad que la doctrina llama

---

<sup>81</sup> Ibidem, pp.33/34.

<sup>82</sup> “ , p.34

<sup>83</sup> Silva Santisteban, Fernando, El Primate Responsable, Antropobiología de la Conducta, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2005, que “La subdivisión del género Homo ... es la especie” y agrega tres características biológicas de ésta: *“ los miembros de una especie forman: 1)una comunidad reproductiva ... 2) una unidad ecológica que interactúa como unidad con las especies con las que comparte ambiente; y 3)Una unidad genética formada por una gran poza genética, que se guarda una pequeña parte de la poza genética durante un breve período”,* dando como referencia a “Concise Encyclopedia of Science & Technology, Mc-Graw Hill, Inc., USA, 1994”.p.23.

<sup>84</sup> Aristóteles, La política, Eds. Peisa, Lima, p.7

“consuetudinaria” que deviene precisamente en el Derecho Consuetudinario, afirma el maestro Legaz y Lacambra<sup>85</sup>.

Hay pues discusión acerca del momento en que la costumbre deviene en Derecho: *“Algunos autores”* dice García Maynez *“sostienen que la regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico mientras el poder público no le reconoce carácter obligatorio”*<sup>86</sup>.

Alf Ross, en nuestros días, considera que *“Es un hecho bien conocido que la vida de un pueblo primitivo está regulada por la costumbre hasta en los menores detalles. Hay normas consuetudinarias sobre la manera de cazar, de pescar y de hacer la guerra, sobre el reparto del botín, las relaciones sexuales, el trato social, las buenas maneras, el cumplimiento de las ceremonias religiosas y mágicas, etc. La costumbre es un modo de conducta que es generalmente seguido y que es vivido (experienced) como <<obligatorio>>, cualquier transgresión suscita desaprobación por parte de la tribu. Tal reacción emana originariamente del grupo como un todo y puede asumir una gran cantidad de formas: desde la pena muerte, el castigo corporal y la expulsión de la tribu, hasta la expresión de desprecio público y del ridículo”*<sup>87</sup>, agregando líneas adelante que *“la costumbre es el punto de partida natural de la evolución jurídica”*<sup>88</sup> y está en la base actual de la “doctrina del precedente”, bajo determinadas condiciones<sup>89</sup>.

**2.2.3.- El elemento político.-** Es claro que no es la sociedad la autora de la norma jurídica sino el marco dentro del cual se conforma. En ella, los seres humanos por reiteración exitosa de actos satisfactorios, originan costumbres que deviniendo en

<sup>85</sup> Legaz y Lacambra, Luis, Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 3ªed., 1971, p.567

<sup>86</sup> García Maynez, Gabriel, Introducción al Estudio del Derecho, Ed.Porrúa, México, 1951, p.63

<sup>87</sup> Ross, Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, Eudeba, Buenos Aires, 2ªed., 1997, p.122

<sup>88</sup> Ibidem, p.123

<sup>89</sup> “ , p.128.

hábitos sociales, van extendiéndose, para ser admitidos por un grupo cada vez mayor que las practican naturalmente, aun sin exigibilidad alguna. Cuando la colectividad entiende que ese comportamiento es el único admisible, genera una autoridad social para que lo imponga obligatoriamente a todos, con sanción al incumplimiento, lo cual constituye **la eclosión del Estado** cuya autoridad convierte la norma consuetudinaria en **norma jurídica**. Ihering, con criterio historicista que comparto, expresó esta idea en tres principios:

*“1º El principio de la voluntad subjetiva o sea que el individuo lleva en sí, en su sentimiento jurídico y en su energía, la razón de su derecho confiando en si mismo y en su propia fuerza para la realización de este derecho.*

*2º El principio creador del Estado y como sus derivaciones, la comunidad basada sobre la unión de las familias y el predominio de la constitución militar sobre la comunidad.*

*3º el principio religioso con su influencia sobre el derecho y el Estado”.*<sup>90</sup>

La discusión estriba en hallar el momento en que la costumbre deviene en ley, lo que implica que los hombres hayan convenido y acordado limitar su libertad individual absoluta y darse un orden jerárquico que vele por todos, constituyendo una autoridad suprema. Se trata de la creación convencional del Estado, como la fuerza política ordenadora admitida socialmente para emitir la norma jurídica objetiva y formal, publicarla, imponerla, aplicarla y exigir su cumplimiento<sup>91</sup>, es decir, **el elemento político**<sup>92</sup> del Derecho, sin cuya preexistencia la norma jurídica no puede existir.

<sup>90</sup> Ihering, Rudolf von, Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, p.56.

<sup>91</sup> Kelsen, Hans, op.cit., Cap.XII, pp.187-198

<sup>92</sup> Pabón S. de Urbín, José M., op.cit., p.488: πολιτικός, η, όν: “... la política, la ciencia de los asuntos del Estado...”



**2.2.4.- El elemento objetivo y metodológico.-** Reiterando, se trata pues del Estado como elemento político sin cuya presencia activa tampoco podría concebirse la norma jurídica. Consecuentemente, también aquí hay dos elementos ontológicos simples: el Estado y la Norma que resulta ser, de una parte, la expresión objetiva de la voluntad del Estado y de la otra, el método mediante el cual el Derecho es impuesto a la sociedad que configuró al Estado para que la conduzca lo más armónicamente hacia fines de beneficio común, es decir, para acercarse a los **valores** deseados en común por los seres humanos integrantes de la sociedad.

**2.2.5.- El fin axiológico<sup>93</sup> o elemento teleológico.-** En términos generales ese fin es la **justicia**, como bien lo expresó ya el maestro germano Radbruch: *“La pauta axiológica del Derecho es la justicia”* y la conceptualizó *“como un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por lo tanto, en si mismo, y no derivado de otro superior”*, agregando que *“la medida de la justicia es la igualdad”<sup>94</sup>*. Sobre la base de esa igualdad, la clasifica, recordando a Aristóteles<sup>95</sup>, en *conmutativa y distributiva*: *“La conmutativa es la justicia del derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público”<sup>96</sup>* correspondiéndole, en consecuencia el *“suum cuique tribuere”* de Ulpiano<sup>97</sup>.

La tercera dimensión del Derecho para los maestros tridimensionalistas es la axiológica. ¿Cómo apreciar los valores, entes absolutamente ideales de los cuales sólo nos son percibibles sus sombras desde la remota pero siempre actual apreciación

<sup>93</sup> Ibidem, p.61: αζία: valor, precio, estimación ... άζιοζ: ...del valor de ... proporcionado ...

<sup>94</sup> Radbruch, Gustav, Intruducción a la Filosofía del Derecho, Breviarios, FCE, 3ª.Ed. en español, México, 1965, p.31

<sup>95</sup> Aristóteles, Etica a Nicómaco, Libro Quinto, Teoría de la Justicia, Capítulos III (Justicia Distributiva o Política)y IV(Justicia legal y reparadora.)

<sup>96</sup> Raddbruch, Gustav, Op.cit., p.32

platónica<sup>98</sup>? El valor es el elemento axioteleológico<sup>99</sup> que señala lo que quiere lograr o alcanzar la sociedad, en beneficio colectivo, mediante la actividad legal previsible del Estado.

**2.2.6.- Síntesis conclusiva.-** Sin los elementos enunciados en los párrafos precedentes o faltando uno cualquiera de ellos, el Derecho carecería de posibilidad existencial. La normatividad jurídica sólo tendría sentido cuando el Estado, a través de sus órganos, la impusiera a los seres humanos integrantes de cada determinada sociedad, sobre la cual ejerce poder con la finalidad de obtener un determinado beneficio axiológico general o el equilibrio en las relaciones de los integrantes individuales, dando a cada quien lo suyo, lo que concretamente, resulta ser la justicia distributiva a la que aspira. No obstante, la historia y la realidad empírica parecen cuestionar esta concepción pues han existido sociedades perfectamente organizadas, como *la Inca* o el *Tahuantisuyo*, en la cual el Estado ejercía la autoridad impuesta por una casta, *la quechua*, que dominó políticamente a la mayor parte de las etnias autóctonas en el occidente de Sudamérica y cuya voluntad, la de soberano Inca, parece haber sido la única norma, no escrita, exigible a todos. La Gran Bretaña es un Estado monárquico con existencia histórica y consuetudinaria cuya soberanía el mundo admite y cuyas fuentes de derecho están en los textos que resultaron de diversos hechos políticos, como la Carta Magna (*Magna Charta*) de 1215, la Petición de Derechos (*Petition of Rights*) de 1628, el Habeas Corpus (*Habeas Corpus Act*) de 1679, la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de 1689 y el Acta de Establecimiento (*Act of Settlement*) de 1701.

---

<sup>97</sup> Ulpiano, " » Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique trabuere « , Digestum, 12.2.2 (La justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde.)

Por esto, puede reiterarse que, **más que sólo tres dimensiones, ontológicamente, hay en el Derecho cinco elementos**, es decir:

*el hombre*, como elemento antropológico;

*la sociedad*, su elemento sociológico, que agrupa a los seres humanos que se reconocen integrados y diferenciados de otros, como expresión fenoménica de intersubjetividad;

*el estado*, el elemento político, es decir, el órgano que ejerce autoridad e impone orden con la aceptación de la sociedad o voluntad social;

*la ley o norma jurídica*, el elemento objetivo de la voluntad estatal; y,

*la justicia*, el elemento axioteleológico que el hombre, la sociedad y el estado tienen como propósito y finalidad.

Puede observarse pues que, partiendo analíticamente de la Teoría Tridimensional, es posible llegar válidamente a la “**consistencia ontológica pentaelemental del Derecho**”.

**2.2.7.- Los Elementos Condicionantes Externos.-** Estos elementos se manifiestan empíricamente, siempre, en lugar y en tiempo determinados.

El lugar es el espacio geográfico en el cual se presenta el fenómeno jurídico. Se trata del planeta Tierra que alberga la vida humana en el sistema del cual el Sol es la estrella eje. Puede situarse en los polos o en el ecuador del globo terráqueo, condicionando física y tal vez psicológicamente al ser humano, sujeto pasivo del fenómeno: los lapones que viven dentro del círculo polar ártico, tienen los ojos cubiertos por los párpados, tanto, que sólo se ven dos líneas horizontales en sus

---

<sup>98</sup> Platón, La República, Libro VII

cuencas; esa morfología protege sus ojos del intenso reflejo de la nieve polar. Los habitantes de nuestros Andes han desarrollado una caja torácica más amplia que la de los costeños a fin de permitir pulmones que absorban mayor volumen del escaso oxígeno de las alturas. Muchos otros datos anatómicos parecen demostrar que los espacios condicionan, por lo menos, tipológica y físicamente al hombre. Adicionalmente, debería propiciarse una investigación acerca de la incidencia de los espacios en el condicionamiento psicológico del ser humano.

El tiempo es una medida que el propio ser humano se ha dado a partir de la evolución incesante de los astros y su efecto en el espacio que ocupa. Más o menos cada doce horas el sol recorre el cielo y a este recorrido se ha denominado “día”. Luego se oculta en el horizonte por otro lapso similar: la “noche”. Así se suceden los días y las noches y las estaciones que los extienden o acortan, elevando la temperatura ambiental o reduciéndola, en ciclos que se extienden durante determinados períodos del año. Lo que está pasando ahora es el transitorio presente; lo que pasó ayer, el pasado y lo que podemos prever para mañana, el futuro inmediato. En este flujo ininterrumpido transcurre la vida de los seres vivos, y la del hombre por cierto, desde el nacimiento hasta la muerte, sin que se extingan las especies sino, concreta y continuamente, renovándose de manera incesante, continua y creciente. El hombre le ha dado medidas a ese flujo ininterrumpido e ininterrumpible: ha creado los segundos, los minutos, las horas, los días, los meses, los años, los siglos y los milenios en relación con el espacio que recorre a bordo del planeta. Sólo existen en la mente humana y, como un sistema que el hombre se ha dado si mismo: el pasado, el presente y el futuro, enmarcan su flujo generacional biológico y cultural.

Estas dimensiones, aunque externas a la estructura pentaelemental del Derecho, la condicionan externamente. Sería necio que alguien quisiera aplicar a un juicio que se ventila en nuestras cortes, el Código Civil japonés vigente. Igualmente,

---

<sup>99</sup> Pabón S. de Urbín, José M., op.cit., p.579: τέλειω: “...acabar, terminar, ... hacer, obrar ...

sería absurdo tratar de resolverlo a la luz del Código Civil de 1852 o aplicando el Código de Hammurabi.

El espacio y el tiempo son dimensiones condicionantes externas de la estructura ontológica pentaelemental del Derecho, Más aun: como el Derecho mismo, no tienen existencia empírica natural, pues son sólo creaciones conceptuales exclusivas del ser humano que las necesita como referencias de su devenir consciente.

Con perdón del lector, en este acápite quiero reiterar, como una digresión específica, personal, muy influenciada por Heidegger<sup>100</sup> y, especialmente, por Scheller<sup>101</sup>.

La vida de todo ser humano es perecedera, en el sentido temporal de su conciencia de si mismo. Cuando estuvimos en el vientre de nuestra madre, aunque inconscientes, ya éramos seres humanos vivos y diferentes de todos los demás; así lo reconocen la mayor parte de las concepciones religiosas y legales de nuestros días<sup>102</sup>. De aquí emana la prohibición del aborto, extendida en el mundo, aunque aun no generalizada y muchas veces discutida hoy, aunque ignorada siglos atrás. La expectativa de nuestra individualización empezó con el nacimiento pues debimos evolucionar hasta alcanzar la conciencia plena de nosotros mismos, diferenciándonos de todos los demás. Cuando entremos en el estado de coma final, terminará nuestro estado de conciencia y, como al principio, inconscientemente, concluirá nuestra existencia individual. Ese habrá sido el período de nuestra existencia como unidad psicosomática y habrá tenido una duración determinada, medida cronológicamente en años, meses, días, horas, minutos y segundos. Como ha quedado dicho, los años son acumulación de días y éstos el resultado de la rotación de nuestro planeta frente al sol la que determina la unidad espacial de la medición temporal, el día, en la mente del hombre que tiene necesidad de usarla para entender su transitoria realidad consciente.

---

<sup>100</sup> Heidegger, El Ser y el Tiempo.

<sup>101</sup> Scheller, Puesto del Hombre en el Cosmos

<sup>102</sup> Código Civil, artículo 1º.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El espacio y el tiempo conforman dimensiones creadas por el hombre y para el hombre, en su relación con el devenir del cosmos, que es su entorno, y por tanto, distintos aunque enmarcantes de toda dimensión cultural.

### **2.2.8.- ¿Es la Pentaelementalidad exclusiva de la Consistencia del Derecho?**

Los tres primeros elementos arriba enunciados como propios del Derecho, el ser humano, la sociedad y el Estado, pueden ser descubiertos también, en las ciencias que los epistemólogos denominan “sociales”. Esto nos reitera la opinión del querido maestro sanmarquino Alejandro Solís Espinoza, quien luego de analizar diversas opiniones, concluye que “lo más adecuado es encuadrarlo, como *ciencia social*”<sup>103</sup>, refiriéndose al Derecho.

De la nomenclatura propuesta, emana, no sólo la naturaleza social del Derecho, configurando su “elemento sociológico”, sino su esencia humana: “elemento antropológico”, armonizados ambos elementos por un tercero, el Estado, el “elemento político”: esos tres elementos están presentes, por lo menos los dos primeros, en todas las ciencias sociales, con énfasis variable, de tal manera que se hace evidente que son comunes al Derecho y a las Ciencias Sociales, en general. Las diferencias específicas van a darse a nivel de los dos elementos siguientes: el elemento objetivo del Derecho es la norma, como queda dicho; el de la antropología, la cultura; el de la sociología, las instituciones sociales; el de la política, el poder y el orden; el de la economía, las necesidades y los bienes necesarios para satisfacerlas.

Lo mismo ocurre a nivel del quinto elemento del Derecho que reclama como propio el valor justicia. La antropología parece tener como finalidad, el conocimiento y la evolución cultural del hombre. La sociología, el orden social. La economía, el bienestar.

Las ciencias sociales se diferencian entre sí, consecuentemente, a nivel de los elementos objetivo y axiológico de la pentaelementalidad ontológica..

---

<sup>103</sup> Solís Espinoza, Alejandro, Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima, 1991, p.26 y ss.

## 2.3. CONCEPTO ONTOLÓGICO DE LA ECONOMÍA.

2.3.1. ¿En qué consiste la Economía? Según ya se ha mencionado, el término “economía” parece haber sido acuñado cuatro siglos antes de Cristo, por Aristóteles al tratar de las “Reglas de la Casa”<sup>104</sup>. El propio autor lo conceptualiza como el arte o la ciencia cuyo objeto, “digno de alabanza”<sup>105</sup>, es “el arte de adquirir” los bienes que necesitan los seres humanos para vivir “y vivir bien”<sup>106</sup>.

Desde el filósofo estagirita, pasando por el largo período del Imperio Romano y la Edad Media se inicia autónoma, con el “Renacimiento” y la “Ilustración”, la “ciencia económica”. No obstante, cabe anotar la importante evolución consuetudinaria del “*jus mercatorum*” o “*lex mercatoria*”<sup>107</sup> y el concepto “*homo æconomicus*”<sup>108</sup>, como hitos importantes; sin embargo, es evidente que la ciencia económica sólo empieza a desarrollar teóricamente al finalizar la Edad Media, luego de la Reforma Protestante de Lutero, a la cual algunos historiadores económicos otorgan el especial mérito de haber permitido la eclosión del “capitalismo”. Por la misma época, incidió en su evolución marcadamente el Nuevo Mundo, el descubrimiento de América y su extraordinario aporte en metales preciosos a la escasa provisión europea y el consecuente gradual desarrollo del “mercantilismo” que implicó un Estado fuerte, como los resultantes de las Monarquías

<sup>104</sup> Pabón S. de Urbin, José M, op.cit.: οἶκος: casa, p.422; νόμος: ...regla, norma, p.412.

<sup>105</sup> Aristoteles, La Política, Ed.Peisa, Lima, pag.23, # 23

<sup>106</sup> Ibidem, pag.8, #3.

<sup>107</sup> Petit, Carlos, Mercatura y Jus Mercatorum, Materiales para una Antropología del Comerciante premoderno” en Del Jus Mercatorum al Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 1997, 15.

<sup>108</sup> Vítolo, Daniel, “Lex Mercatoria”, Astrea, Bs.As., 1988, , pag.12

absolutas de la época, por lo que sus teóricos<sup>109</sup> conciben el término: “economía política”. Culmina esta primera etapa de la evolución de la ciencia económica en 1776, con la publicación de la *“Investigación de la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones”* de Adam Smith<sup>110</sup>, denominación con claro afán científico, en donde postula el libre mercado sobre la base de la actividad individual que, guiada por *una mano invisible* ha de terminar causando el bienestar general<sup>111</sup>, a la par que cuestiona la intervención del Estado, en su caso, la de la controlista monarquía inglesa de la época.

Es importante para el desarrollo de nuestro enfoque, volver a recordar que el primer traductor del inglés al francés de esa obra, fue el polifacético Jean Baptiste Say quien en 1803, publica su *“Manual Práctico de Economía Política”*, en cuyo primer Capítulo, primer párrafo, dice que *“La Economía Política nos enseña el modo como se producen, distribuyen y consumen las riquezas en la sociedad”*<sup>112</sup>, estableciendo una estructura secuencial del fenómeno económico, *producción, distribución y consumo*, a la que volveremos más adelante.

<sup>109</sup> Ver Montchretien, Antoine de, en Francia(1615); Steuart, James, en Inglaterra (1767)

<sup>110</sup> Ferguson, J.M., Historia de la Economía, FCE, México, 1994, pag.32 y ss.

<sup>111</sup> Smith, Adam, An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, eBooks@Adelaide 2008: Book Four, Of Systems of Political Economy, Of the Principle of the Commercial, or Mercantile System, p.371 *“By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. I have never known much good done by those who affected to trade for the public good. It is an affectation, indeed, not very common among merchants, and very few words need be employed in dissuading them from it”*.

Smith, Adam, Investigación de la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones, Ediciones Orbis, S.A., 3ªed., Barcelona, 1985, Tomo II, Libro IV: *“...cuando (el productor) dirige ... de tal manera que su producto sea del mayor valor posible, sólo piensa en su ganancia propia; pero en éste y en otros muchos casos es conducido por una mano invisible, a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención ... las miras de su interés propio promueven el de común, con más eficacia, a veces, que cuando de intento piensa fomentarlo directamente.”* p.191

<sup>112</sup>Say, Jean Baptiste, Catéchisme D'Économie Politique, Une édition électronique réalisée à partir du fac-similé de l'édition originale telle que reproduite par la Bibliothèque Nationale de France: <http://www.gallica.bnf.fr/> : *“Qu'est-ce que nous enseigne l'économie politique ? Elle nous enseigne comment les richesses sont produites, distribuées et consommées dans la société”*,p.8 (Que es lo que nos enseña la economía política? Ella nos enseña como se producen, se distribuyen y se consumen las riquezas en la sociedad. Traducción personal)

Say, Juan Bautista, Manual Práctico De Economía Política, Pag.1



El desarrollo de la teoría económica continuó luego con muchos y muy importantes autores tales como Ricardo, Stuart Mill, Sismondí, Marx y otros muchos, apareciendo ya, en la segunda mitad del siglo XIX, la escuela marginalista de Alfred Marshall con "*Principios de Economía*" y posteriormente, "*el estado de bienestar*" de su discípulo John Maynard Keynes, de enorme influencia en la economía contemporánea<sup>113</sup> y al que volveremos, líneas más adelante.

Como puede apreciarse, luego de este breve esbozo histórico, la Economía, como ciencia, emerge a partir del siglo XV, correspondiendo a la etapa anterior sólo esfuerzos para explicar las relaciones vinculadas a los bienes y las necesidades de los hombres en sociedad.

**2.3.2. El concepto de Economía.-** Son varios los conceptos previos que han de aglutinarse para el logro objetivo del concepto de economía.

El primero de ellos es la relación existente entre la preservación de la vida y su desarrollo con los bienes que la hacen posibles; esta relación me parece que puede encontrarse desde los protozoarios unicelulares más primitivos hasta el hombre: son las necesidades primarias comunes a todo ser vivo; su satisfacción es imperativa; su insatisfacción acarrea necesariamente, la enfermedad y la muerte. Consecuencia de este axioma es que si bien la actividad económica es consustancial a la vida misma y, consecuentemente, anterior al ser humano, sólo éste la ha organizado y sistematizado de modo tal que pueda preverse lo más conveniente y necesario para la eficaz satisfacción de las referidas necesidades humanas que a su vez, se incrementan indeterminadamente: a esta actividad sistemática y organizada es a la denominamos

---

<sup>113</sup>

Ver Keynes, John Maynard, Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, FCE, 1992

*Economía*, la cual constituye un conocimiento incesante e incremental, sólo obtenible por el ser humano, destinado a *dominar la tierra*<sup>114</sup>. Así pues, como para el Derecho, **el primer elemento de la Economía es de naturaleza antropológica**<sup>115</sup>.

Seguidamente, debe entenderse, al absurdo, que, si alguna vez hubiera estado un hombre solo en el planeta, hubiera tenido sus necesidades satisfechas por la naturaleza y no hubiera sido necesario que usara su inteligencia, pudiendo haberse detenido en su evolución e, incluso, descendido en su evolución biológica<sup>116</sup>. El animal humano, sin garras, sin poderosos dientes agudos y cortantes, sin pelo que lo proteja de la intemperie, sin vista aguda, ni olfato sensible, si se aislara de sus semejantes, sucumbiría. Sólo su invisible inteligencia compartida con la de sus congéneres, origina su predominio sobre los animales más fuertes, los rigores de la naturaleza y recolección de alimentos<sup>117</sup>: la sociedad posibilita su evolución y le permite configurar como el **segundo elemento estructural de la economía**, al **sociológico**, como ocurre también con el Derecho<sup>118</sup>.

Pero, como puede apreciarse de lo antedicho, que no es simplemente una aglomeración caótica con sus semejantes la que caracteriza al ser humano: ha de darse la pluralidad en un orden tal que permita que cada individuo tenga su lugar y su rol, aun cuando esto implique subordinarse a otros, perdiendo aparente y voluntariamente, su libertad, en aras a la obtención de otro valor igualmente importante, la seguridad, así como la **solidaridad** entre todos, como anotó el ya citado Silva Santisteban, citando a

---

<sup>114</sup> Génesis, 1, 26 a 31.

<sup>115</sup> Ut supra # 2.2.1, pag.20

<sup>116</sup> Génesis, II, 18 “Y dijo Jehová Dios: No es bueno que el hombre esté solo...”

<sup>117</sup> Desmond, Morris, El Mono Desnudo, Plaza & James, S.A., Editores, Barcelona, 1975, Cap..

<sup>118</sup> Supra # 2.2.2, p.21

antropólogos de la talla de Malinowsky, Mauss y Levy Strauss<sup>119</sup> . La combinación de esos valores, su preservación e incremento suponen el orden que el hombre se da a sí mismo, dentro del entorno social, lo que permite admitir en la estructura pentaelemental de la Economía al **Estado, el elemento político de naturaleza jurídica, como su tercer elemento**<sup>120</sup>.

Con ese orden y esa estructura, advertirá las necesidades de todos, incluido él mismo y dividirá las actividades de los hombres para que se complementen entre sí, estructurando la forma de producir lo necesario y distribuirlo, lo que objetivará el **elemento metodológico** de la Economía, consistente en la determinación cuantitativa y cualitativa de cuáles y de cuántos **bienes se** han de producir u obtener en una sociedad determinada para satisfacer las **necesidades** de todos sus integrantes que, a su vez, son constituyentes del Estado respectivo, lo que configura el fin social de todos los elementos precedentes, es decir, su finalidad axiológica, consistente en el logro científicamente procurado del valor que muchos conocen como **“bienestar colectivo”**. Dicen elocuentemente Nordhaus, profesor de la Universidad de Yale y asesor de varias gobiernos de los Estados Unidos de Norteamérica, y Samuelson, profesor de la Universidad de Chicago y Premio Nobel de Economía en 1970, que **“Utilizando cabezas frías para informar a nuestros corazones calientes, la ciencia económica puede contribuir a conseguir una sociedad próspera y justa”**<sup>121</sup>, lo que nos recuerda el fin axiológico del Derecho, según ya hemos apreciado.

<sup>119</sup> Siva Santisteban, Fernando, op.cit., pp.76 – 77.

<sup>120</sup> Supra, # 2.2.3, p.22

<sup>121</sup> Samuelson, Paul A., y Nordhaus, William D., Economía, McGraw Hill, 17ª, Ed., 2000, Madrid, p.6

Con esos elementos, es posible conceptualizar la economía como la ciencia que procura encontrar los medios de satisfacción de las necesidades del hombre en la sociedad en que vive. Por eso, resumió el ya referido laureado, Samuelson, que *“toda sociedad debe resolver, de un modo u otro, los tres problemas económicos fundamentales: qué bienes y servicios habrán de producirse y en qué cantidad; cómo se deberán emplear, para la obtención de dichos bienes, los recursos disponibles; y para quién se producirán esos bienes, o, lo que es lo mismo, cuál será la distribución de la renta nacional entre los distintos individuos y clases sociales”*<sup>122</sup>.

Coincidente con Samuelson, Miller, sintetiza lo dicho expresando que *“Any economic system must answer the questions: (1) **What** will be produced; (2) **How** will it be produced; and, (3) **For whom** it will be produced”*<sup>123</sup> (“Todo sistema económico debe contestar a las preguntas: (1) ¿**Qué** se ha de producir?; (2) ¿**Cómo** se producirá?, y (3) ¿**Para quién** se ha de producir?) .

**2.3.3.- El concepto “bienestar”.-** Sobre la base de esas doctas opiniones, parece necesario esclarecer qué se está entendiendo por **bienestar** en la estructura pentaelemental ontológica aquí planteada, dada la multiplicidad y complejidad de matices multidisciplinarios que lo enfocan y el múltiple subjetivismo que implica.

El primer paso para obtener un concepto para cualquier palabra, me parece que nos conduce a la semántica cuya autoridad máxima en nuestro idioma es la Real Academia Española (RAE). La RAE da los tres significados siguientes a “bienestar”:

---

<sup>122</sup> Samuelson, Paul, Curso de Economía Moderna, Aguilar, Madrid, 16a. Edición, 1a. reimpresión, 1969, p.37.  
<sup>123</sup> Miller, Roger LeRoy, Economics Today, Harper Collins Publishers, New York, 6<sup>th</sup>.Ed., 1988 , p.71

- “ 1. m. Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien.*
- 2. m. Vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad.*
- 3. m. Estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica.”*

Luego se refiere muy ampliamente a los conceptos “*economía de bienestar*” y “*estado de bienestar*”. Sobre el primero, entre otros dispersos dice que se trata de la “*economía que tiene como objetivo global extender a todos los sectores sociales los servicios y medios fundamentales para una vida digna*”. Sobre el segundo, entre otras muchas acepciones lo conceptualiza como un “*Sistema social de organización en el que se procura compensar las deficiencias e injusticias de la economía de mercado con redistribuciones de renta y prestaciones sociales otorgadas a los menos favorecidos*”. Puede colegirse, sintetizando, que mediante el “*sistema*” se trata de concretar la aspiración de la “*economía de bienestar*”, según se ha citado<sup>124</sup>.

Alrededor de esos conceptos semánticos han girado las ideas sobre *bienestar* a lo largo de la historia, con énfasis en el siglo pasado, durante el cual la humanidad sufrió dos guerras que llamó mundiales y que causaron enormes males, pobreza y angustia entre los habitantes del Globo, amén de crisis económicas profundas, como la ocurrida en la década de 1930 en los Estados Unidos, enfrentamientos ideológicos que cambiaron la geografía política europea y generaron riesgos de conflagraciones planetarias que, finalmente concluyeron al término de la penúltima de la década del referido siglo XX.

Mucho se ha escrito alrededor del *bienestar* durante ese siglo: la humanidad aspiraba al “*bene essere*” latino, a “*estar bien*”, simplemente, debiéndose entender, que para estarlo, debía haber satisfecho todas sus necesidades, es decir, disponer de los bienes necesarios para satisfacerlas; en otros términos, tener acceso a la obtención de cuanto necesite para satisfacer todas sus necesidades.

La economía clásica dejaba la obtención del equilibrio en la distribución de bienes entre todos los integrantes de una sociedad a una *mano invisible* que conducía las fuerzas del mercado de la mejor manera<sup>125</sup>, criticando negativamente, la intervención del Estado como ya se mencionó. Más, el ya citado J.B.Say, sostuvo, siguiendo a Smith, que la propia oferta de los productos, generaba su consumo. John Maynard Keynes, a raíz de la crisis de la década de 1930 en los Estados Unidos, sostuvo que la inversión es generada por el ahorro del consumidor, que éste sólo puede realizarlo si cuenta con el ingreso que remunera su trabajo y que, en consecuencia, corresponde al Estado procurar el pleno empleo que posibilite tanto el ingreso como el ahorro permitiendo su incremento el del consumo, el de la producción y, consecuentemente, del bienestar social<sup>126</sup>.

En los días que este trabajo se está concluyendo, una nueva crisis económica mundial acaece y abate precisamente a los más poderosos Estados del hemisferio norte del planeta. Contradictoriamente, el bienestar generalizado en ellos, expresado en excesos de liquidez y de crédito, parece haber estimulado un crecimiento anómalo de la demanda y consecuentemente de los precios, hasta llegar a niveles inoperantes,

---

<sup>124</sup> RAE, Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición

<sup>125</sup> Supra, p.31, # 98

<sup>126</sup> Keynes, John Maynard, Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero, FCE, 2ªed.esp., 12ªreimpresión, México,1992, cap.6, pp.55 a 65.

lo que puede haber causado su caída y consecuente fuerte retracción en los pagos, con inventarios sobrevalorados de difícil colocación, con la consecuente falencia y quiebra de muchos agentes económicos y crisis nacionales. Los países integrantes de la Comunidad Europea, sabia unión de Estados que hasta el siglo pasado estuvieron ancestralmente enfrentados bélicamente<sup>127</sup>, hacen grandes esfuerzos por mantener el equilibrio económico entre sus miembros, como los hacen también los Estados Unidos de Norteamérica para recuperarlo.

---

<sup>127</sup> **CONSTITUCIÓN PARA EUROPA**, ... Adoptado por consenso por la Convención Europea, nos honramos en presentar, en nombre de la Convención Europea, al Consejo Europeo reunido en Salónica, con el deseo de que constituya el fundamento de un futuro Tratado por el que se instituye la Constitución Europea, el 13 de junio y el 10 de julio de 2003:

En el convencimiento de que la Europa ahora reunida avanzará por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad en bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que esa Europa quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo,

En la certeza de que los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están resueltos a superar sus antiguas divisiones y, cada vez más estrechamente unidos, a forjar un destino común, ...

### 3.- LA HIPÓTESIS DE UN CONCEPTO ONTOLOGICO

#### INTEGRADOR: EL DERECHO ECONÓMICO

**3.1. Relación elemental entre el Derecho y la Economía.-** En los acápites precedentes se enunciaron los cinco elementos que configuran la consistencia ontológica tanto del Derecho, como de la Economía. Son esenciales por cuanto ninguno de ellos puede faltar o ser sustituido y, al serlo, configuran las estructuras ontológicas pentaelementales de ambas disciplinas, cuyos elementos pueden ser comparados. Al hacerlo, puede observarse que los tres primeros son **comunes** a ambas disciplinas, no siéndolo los dos últimos, es decir, ni el metodológico y ni el axiológico por lo que resultan **específicos**. Quedó evidenciada además el entorno espacio-temporal que enmarca a los elementos de la consistencia de ambas disciplinas, todo lo cual se trata de graficar en el cuadro siguiente:

<u>Cuadro N°1</u>			
<b><u>CONSISTENCIA PENTAELEMENTAL COMPARADA</u></b>			
<b><u>ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA</u></b>			
a)	<b><u>ELEMENTOS COMUNES (3)</u></b>		
1	Elemento antropológico:	ser humano	
2	Elemento sociológico:	la sociedad	
3	Elemento político:	el Estado	
b)	<b><u>ELEMENTOS ESPECÍFICOS (2)</u></b>		
4	Elemento metodológico:	<b>DERECHO:</b> la norma	<b>ECONOMIA:</b> la relación entre bienes y necesidades
5	Elemento teleoaxiológico :	la justicia	el bienestar
c)	<b><u>ELEMENTOS CONDICIONANTES EXTERNOS COMUNES (2):</u></b>		
1	Espacio	2 Tiempo	

El Cuadro N° 1, precedente, trata de evidenciar como los tres primeros elementos de la Consistencia Pentaelemental del Derecho y de la Economía son



comunes, como lo serían para todas las Ciencias Sociales. Asimismo, procura mostrar que los dos últimos elementos, es decir, los referidos a los objetivos – metodológicos y a la finalidad axiológica, si bien son distintos en cada una de las ciencias comparadas, no significan que sean contradictorios, sino que lo son absolutamente complementarios.

Los resultados logrados por los métodos cuantitativos y estadísticos de la economía, por óptimos que se presenten no pueden ser impuestos a la sociedad, salvo que el Estado que se los imponga con sentido absolutista<sup>128</sup>, dictatorial<sup>129</sup>, o totalitario<sup>130</sup>. Los logros de la ciencia económica deben convertirse en normas legales, luego de su discusión en los congresos de las sociedades democráticas del mundo para luego de aprobados por ellos, ser promulgados y publicados como normas legales por el Poder Ejecutivo. Sólo así podrá lograrse el bienestar que procura la Economía que, gracias a estos métodos, devienen complementarios de la Justicia, fin propio del Derecho, resultando obvio que no es concebible, ni podrá lograrse, justicia sin bienestar, ni bienestar sin justicia.

Visto el fenómeno desde el punto de vista del Derecho, éste no tiene como objeto la determinación de las relaciones económicas en la sociedad, y carece de método para ello; consecuentemente, para lograr sus fines de justicia, necesariamente, ha de recurrir a la ciencia económica.

Lo expresado evidencia que la relación entre el Derecho y la Economía, es de necesaria y recíproca complementariedad, pues ni el Derecho podría cumplir sus fines sin recibir el aporte de la Economía, ni ésta llegaría a la aplicación de sus logros, sin la utilización de la normatividad jurídica que los haga exigibles y materializables.

---

<sup>128</sup>

En mi personal criterio, es el caso de Luis XIV, llamado el "Rey Sol" que gobernó con autoridad absoluta en Francia entre 1643 y 1715, momento en el que Locke y Rousseau planteaban la soberanía popular emanada del "Contrato Social", planteamiento al que se dice respondió soberbio: "L'Étate cest moi" ("El Estado soy yo").

<sup>129</sup> Dictador es el gobernante que asume todos los poderes del Estado. Su imagen viene desde el legendario espartano Licurgo y llega al siglo XX con figuras universales como Lenin y Stalin, luego de la Revolución bolchevique de 1918. En el Perú ha acaecido, recordándose a los generales Velasco Alvarado y Morales Bermúdez, como los últimos dictadores típicos, entre 1968 y 1980. Estos conceptos y la interpretación histórica de los hechos políticos esbozados son personales.

<sup>130</sup> Es totalitario el gobernante, que luego de elegido para ejercer el Poder Ejecutivo, asume todos los poderes del Estado, con el apoyo del pueblo que lo eligió. Tal es el caso, en el siglo XX, de Adolfo Hitler originador de la segunda guerra mundial y del delito de "genocidio". En el Perú Alberto Fujimori fue elegido presidente constitucional electoralmente en 1990 pero en 1993 decidió clausurar el Congreso, el Poder Legislativo, asumirlo personalmente, derogar la Constitución de 1979, dentro de cuyas normas fue elegido, convocar a una Asamblea Constituyente, promulgar la Carta vigente aun, luego de aprobada por dudoso referendo popular y reelegirse como Presidente, conjuntamente con un nuevo Parlamento controlado por él, es decir, por el Ejecutivo, como también lo fue el Poder Judicial. Como los criterios precedentes, éste también es absolutamente personal.

Ocurre lo expresado, por cuanto ambas disciplinas han de ser consideradas como Ciencias Sociales, de acuerdo con la clasificación de Bunge, según ya referida cita de Solís<sup>131</sup>. También podría recordarse que el Derecho integró las materias económicas hasta los inicios de su separación especializada en el siglo XVI, prácticamente, al difundirse el mercantilismo, luego de la aparición de América en el escenario euroasiático y la posterior obra de Adam Smith en el XVIII<sup>132</sup>.

Entre los tratadistas clásicos de la Economía moderna no fueron pocos los que ostentaban el título de abogado, entre los cuales está el propio Adán Smith, como lo informa Roll, al expresar que “*perteneció al cuerpo jurídico militar*”<sup>133</sup>. Lo mismo ha ocurrido en la historia nacional, pues muchos titulares del Ministerio de “*Hacienda*”, como se denominó el actual Ministerio de Economía, también ostentaron el título profesional de abogados<sup>134</sup>.

**3.1.1.- Los Elementos Condicionantes Externos.-** Adicionalmente, se consignan, enmarcados en la parte inferior del Cuadro N<sup>o</sup>1, los dos elementos condicionantes externos, el espacio y el tiempo, ya referidos anteriormente<sup>135</sup>. Como entonces se expresó y ahora vale reiterar, sería una locura aplicar el Derecho Sueco para resolver un problema en Australia, sociedades cuya Economía es diferente, salvo que así lo convinieran ambos Estados, así como aplicar las muy justas normas de la época de Alfonso X, el Sabio, a un problema de compraventa contemporánea.

**3.2.- El Derecho Económico.-** Como se ha anotado ya<sup>136</sup>, Jean Baptiste Say, actor de la Revolución Francesa, escribió, entre otras obras, un libro que tituló “*Catéchisme D'Économie Politique*” que, aunque escrito en la segunda mitad del siglo XVIII, se editó exitosamente, por primera vez, en París el año de 1803, con muchas ediciones posteriores hasta nuestros días. Como también ha sido referido ya, al inicio de esa obra, orientada a la difusión de los conceptos básicos de la Economía mediante

<sup>131</sup> Solís Espinoza, Alejandro, Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima, 1991, p.19

<sup>132</sup> Ferguson, J.M., Historia de la Economía, FCE, México, 13a.reimp., 1a.ed.en español, p.32

<sup>133</sup> Roll, Eric, Historia de las Doctrinas Económicas, FCE, México, 5a.Ed.en español, 1964, p.131.

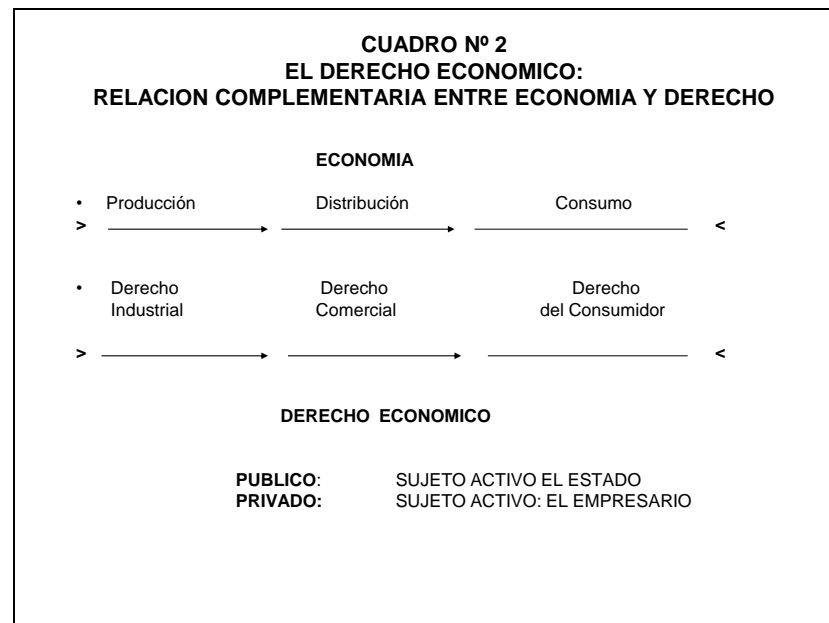
<sup>134</sup> De sólo la segunda mitad del siglo XX cabe recordar a los abogados Manuel Ulloa Elías y Luis Barúa Castañeda, ya fallecidos, y al siempre presente en la política nacional contemporánea ,Javier Ruete quien, además de abogado, es también economista.

<sup>135</sup> Supra 2.2.1

<sup>136</sup> Supra 2.2.1, p.31, ref. # 99

preguntas y respuestas y contestando a *Qu'est-ce que nous enseigne l'économie politique?*<sup>137</sup> Say afirma que “la Economía Política nos enseña el modo como se producen, distribuyen y consumen las riquezas en la sociedad”, lo que ha dado origen a la “Teoría de las tres factores”: **Producción, Distribución y Consumo**, desarrollada por economistas posteriores, con vigencia actual equivalente al **qué, cómo y para qué** de los maestros contemporáneos de la Economía que han sido citados<sup>138</sup>. Hay economistas posteriores que agregan a los *tres factores* uno más, la *circulación*. En verdad, y en mi modesta opinión, la “*distribución*” implica, necesariamente, a la “*circulación*”, por cuanto, precisamente, implica el movimiento de los productos. No cabe distribución sin circulación y constituyen ambas unitariamente el vínculo imprescindible entre la producción y el consumo.

Para lograr consistente y ordenadamente esa secuencia, cabe recogerla normativamente y vincular cada una de sus etapas con senda normatividad jurídica especializada: Producción con Derecho Industrial; Distribución con Derecho Comercial y Consumo con Derecho del Consumidor, ramas del Derecho cuyo conjunto secuencial, paralelo a las etapas de la Economía, puede entenderse como el **Derecho Económico**, según se grafica en el Cuadro N° 2 siguiente:



<sup>137</sup> ¿Qué es lo que nos enseña la Economía Política? (Traducción personal)

<sup>138</sup> Ver, supra 2.4..1, in fine..

Se trata de un planteamiento preliminar, por cuanto, además de las mencionadas disciplinas especializadas, han de integrarlo todas las normas legales que se encuentren en cualquier ámbito del Derecho y cuyo contenido guarde relación con los bienes y servicios o con las necesidades sociales y de las personas, siempre que sean cuantificables y su cuantificación sea expresable en términos monetarios. El maestro español Jaime Santos Briz considera que el Derecho Económico recorre diagonalmente toda la normatividad jurídica, pues toda norma, sea cual fuere su naturaleza necesariamente tiene algún tipo de relación con la economía<sup>139</sup>. Así es de observarse un Derecho Económico Constitucional, un Derecho Civil Económico, respetuosamente en vez de "Patrimonial"<sup>140</sup>, un Derecho Penal Económico, etc., extendiéndose la calificación tanto al Derecho Público como al Privado<sup>141</sup>, y a las relaciones económicas entre los Estados (*Derecho Internacional Económico*), como gestores de intercambios que convienen y que perfeccionan empíricamente los "empresarios", como en los *Tratados de Libre Comercio*.

**3.3.- Ubicación del Derecho Económico en el ámbito general del Derecho, de acuerdo con los sujetos activos intervinientes.-** Ya fue citado Ulpiano, dividiendo el *publicum jus* del *privatum*, clasificación que es bien sabido que hoy es cuestionada. Sin embargo, si nos atenemos a los sujetos de la relación jurídica, es obvio que sólo el Estado puede ser sujeto activo en las relaciones de Derecho Público y en las disciplinas jurídicas que, las ordenan; sólo como ejemplo, nadie puede ser, sujeto activo en las relaciones de naturaleza tributaria porque constitucionalmente, sólo el Estado tiene "*la potestad tributaria*"<sup>142</sup>; en cambio, todos, personas naturales capaces y jurídicas, incluido el propio Estado, podemos ser sujetos activos de cualquier contrato; ergo, ha de entenderse como Derecho Público el ámbito normativo

<sup>139</sup> Santos Briz, J., Derecho Económico y Derecho Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989

<sup>140</sup> Díez Picazo, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tecnos, Madrid, Vol.I, p.39:"...*El Derecho Civil Patrimonial puede ser considerado como aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan los fines económicos del hombre*".

<sup>141</sup> Ulpianus, Digestum, 1.1.1.2: "*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem (...)*" (Derecho público es el que se refiere a los asuntos del Estado Romano y privado al beneficio individual ... )

<sup>142</sup> Constitución Política del Perú, art.73°.

en el cual sólo el Estado puede ser sujeto activo. El del Derecho Privado será aquel en el cual cualquiera persona capaz, natural o jurídica, puede serlo.

Como también lo muestra el Cuadro No.2 en referencia, el Derecho Económico *puede ubicarse de conformidad con la naturaleza jurídica del sujeto activo de la relación jurídica* a que se refiere la norma: si es el Estado, el que actúa, mediante cualquiera de sus órganos, estaremos frente a una expresión normativa de Derecho Público; de lo contrario, lo será de Derecho Privado, en el ámbito del cual, el “*empresario*” adquiere la mayor relevancia, como se evidenciará más adelante<sup>143</sup>.

Como se verá, esta clasificación, de base subjetiva activa, contraría las concepciones del Derecho Económico, como una disciplina jurídico-normativa orientada sea sólo a la actividad promotora y contralora del Estado en relación con la actividad empresarial privada, especialmente durante el primer cuarto del siglo XX, sea a la tesis comunista de la economía absolutamente centralizada estatalmente, respecto a los medios de producción y distribución, en pleno desarrollo en esa misma época, como parte de la posición estalinista de la entonces recién instaurada Unión Soviética y que permaneciera hasta finales del mismo siglo.

**3.4.- Concepto propuesto para el Derecho Económico.-** De lo analizado hasta aquí, puede proponerse que por Derecho Económico debería entenderse el conjunto de normas jurídicas impuestas por el Estado a su propio accionar económico – político (actos administrativos<sup>144</sup>) y al de las personas naturales y jurídicas integrantes de la sociedad que lo constituyeron, como marco de su actuar privado (actos jurídicos<sup>145</sup>) referido a la creación, distribución y consumo de los bienes y servicios que requiera el logro de un justo bienestar general.

Obsérvese, además, que en este concepto están integrados los elementos de la pentaelementalidad ontológica del Derecho<sup>146</sup> y de la Economía con los de teoría de los *tres factores* de Say<sup>147</sup>, lo que constituye el eje de la propuesta de complementariedad entre ambas disciplinas, diferenciadora de muchas y muy doctas

---

<sup>143</sup> Ver # 5.2, p.27

<sup>144</sup> Ley N°27444

<sup>145</sup> Código Civil, arts.140° y ss.

<sup>146</sup> Supra 4.1

opiniones de la doctrina, lo que debe ser evidenciado y confrontado para llegar a un criterio definitivo.

**3.5.- Evolución doctrinaria del Derecho Económico.-** El siglo XIX puso el marco para la eclosión del término que se atribuye a Pierre Joseph Proudhon<sup>148</sup>, para quien “*el Derecho económico no es sino la expresión de una realidad más profunda de orden espiritual: la Justicia*”<sup>149</sup>, acreditándose como un idealista que cree que “...*Nada se realiza entre los hombres sino en virtud del Derecho; nada sin la invocación de la justicia*”<sup>150</sup>, apartándolo del materialismo histórico que, por la misma época, la década de 1840 a 1850, difundía Carl Marx quien lo malquería precisamente por eso, según el citado Cuvillier, la docta fuente que se viene utilizando. En efecto, baste citar para confirmar esa apreciación, la larga carta que Marx cursa a Pavel Annenkov, referida a “*La Filosofía de la Miseria*”, obra del referido Proudhon que le ha sido enviada y que critica ásperamente, calificando el libro de “*malo, muy malo*”; de “*obra informe y presuntuosa*” que “*ofrece una filosofía ridícula porque no ha comprendido la situación de nuestros días ...*” y mucho más<sup>151</sup>. No obstante, su “*droit economique*” fue concebido como una disciplina jurídica supraestatal, lo que ha llevado a considerarlo como uno de los padres del anarquismo, conjuntamente con los rusos Bakumin y Propotkin<sup>152</sup>, dado que lo concebía por encima del Derecho Público con “*connotaciones absolutistas... sobre las corrientes de cualquier Teoría del Estado en esos momentos vigentes, ya que negaba todo tipo de poder*”, según ha afirmado Aníbal Sierralta<sup>153</sup>.

La evolución conceptual del Derecho Económico continúa en último cuarto del mismo siglo XIX, con el italiano Angelo Levi<sup>154</sup>, en la búsqueda de la “*justicia social*”, citándose, ya en el siglo XX, a Justus Wilhelm Hedeman, magistrado del Tribunal Superior de Jena y, como fundador del Instituto del Derecho de la Economía, el

---

<sup>147</sup> “ 4.3

<sup>148</sup> Proudhon, Pierre Joseph, La capacidad jurídica de las clases, trabajadoras, 1845.

<sup>149</sup> Cuvillier, Armand, Las Ideologías, a la luz de la sociología del conocimiento, Universidad Nacional, México, 1967, p.155, citando a P.Haubtmann, Marx et Proudhon, p.26, cita 120.

<sup>150</sup> Ibidem, p.157.

<sup>151</sup> Marx, C. y Engels, F., Obras Escogidas, Ed. Progreso, Moscú, pp.693 a a 703.

<sup>152</sup> Wikipedia.org.

<sup>153</sup> Sierralta Ríos, Anibal, Introducción a la Juseconomía”, PUCP, Fodo Editorial, Lima, 1988.

<sup>154</sup> Levi, Angelo, Il Diritto Economico, Roma, 1886

pionero de toda una secuela de pensadores alemanes durante el período que corrió entre el término de la primera y el inicio de la segunda guerra mundiales. Todos ellos concibieron el Derecho Económico como el conjunto de normas de Derecho Público conducentes al logro de una sociedad justa en la que el bienestar, fin de la Economía, fuera logrado por la actividad privada pero con la intervención conductora y contralora del Estado. No puede soslayarse en esta breve reseña al ya citado filósofo germano Rudolph Stamler quien, en ya en 1929, entiende la íntima e ineludible relación entre Derecho y Economía dentro del amplio marco de la filosofía social<sup>155</sup> que se dice influyó mucho en el corporativismo fascista.

Ya en la segunda mitad del mismo siglo XX, Jorge Witker, distinguido maestro mexicano publica su Derecho Económico en el cual, a partir de conceptualizar que “... en la evolución histórica de la sociedad actual ha habido una interacción entre los cambios económicos y las instituciones del Derecho, de cuyos dinamismos, el derecho económico surge como una nueva rama del derecho público, de suerte tal que su estudio supera los métodos formalistas y cae de ello en el amplio campo de lo económico y social”<sup>156</sup>, distinguiéndolo, con determinados autores italianos (menciona específicamente a Giovanni Quadri, *Diritto Público dell Economia*, Padova, 1980) del *derecho de la economía* que reclasifica en derecho privado y derecho público, según la normatividad respectiva se refiera a la regulación estatal de la actividad económica privada o a la actuación de los organismos del Estado en la economía<sup>157</sup>. Al tratar de los sujetos del Derecho Económico, considera que lo “*son el Estado, como rector del proceso económico, junto a los diversos agentes ejecutores de actividades económicas que están en el sector de las empresas (públicas y privadas) y el sector de los consumidores (familias), pero insertos en el circuito general del sistema económico*”<sup>158</sup>. Admite dudar sobre la naturaleza de las normas de Derecho Mercantil, admitiendo que “*apunta a normar relaciones privadas de tipo subjetivas las que siguen en la órbita privada, pero que al actuar en el mercado regulado por normas de política económica de tipo general, a este nivel, los comerciantes están regidos por el derecho*

---

155 Ver nota # 28.

156 Witker, V., Jorge, *Derecho Económico*, HARLA, Colección de Textos Universitarios, México, 1985, p.6

157 Ibidem, p.7

158 “ p. 8

*económico*<sup>159</sup>. Por esto, llega a incluirlo en el “*sistema de economía mixta,*” para la cual admite diversas denominaciones tales como “*economía neoliberal; economía social de mercado; economía de mercado con planificación indicativa; economía socialista de mercado;...*” entre otras, como el “New Deal” del Presidente Roosevelt, en los Estados Unidos de Norteamérica<sup>160</sup>, luego de la crisis que soportó durante la década 1930 a 1940, coincidiendo con el inicio de la Segunda Guerra Mundial. Sus postulados se oponen a los del “*sistema de economía centralmente planificada*”, llevada por la Unión Soviética, la cual sostiene que sólo el Estado, con la propiedad exclusiva de los medios de producción y distribución, estaba en condiciones de canalizar el producto nacional hacia una sociedad en la cual se suprimirían todas las diferencias sociales y económicas entre sus integrantes<sup>161</sup>.

No puede dejar de citarse en esta misma etapa de la historia reciente, al profesor Vladimir Láptev<sup>162</sup> quien presidió un equipo de trece doctores y candidatos a doctores en Ciencias Jurídicas en un estudio completo sobre el Derecho Económico que se publicó en ruso en 1983 y en español en 1988, después que M. Gorbachev presentara su *perestroika* en 1986 ante el Vigésimo Sétimo Congreso del Partido Comunista Soviético, como un programa de reestructuración económica, política y social en la Unión Soviética. Sin duda por esta muy trascendente razón coyuntural, en la traducción española el profesor Laptev incluye un “*Prefacio para la versión española*”, fechado 28 de julio de 1987, en el que hace referencia al mencionado Congreso y trata de aclarar lo que pudiera ser contradictorio en el texto mismo, expresando que el Derecho Económico es una “*rama autónoma del Derecho como conjunto de normas jurídicas que regulan las actividades económicas horizontales y verticales. La legislación económica representa el conjunto de actos jurídicos, que contienen las normas del Derecho Económico*”. Abunda en el Prefacio sobre las profundas modificaciones y actualizaciones de la legislación económica en el sistema

---

159 “ p. 9

160 Witker, V., Jorge, Derecho Económico, HARLA, Colección de Textos Universitarios, México, 1985, p.27

161 Ibidem, p.26.

162 Laptev, V., Derecho Económico, Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1988.



soviético, en especial en lo que respecta a la *empresa* y sus relaciones con el Estado<sup>163</sup>.

Cabe, a propósito de esta referencia, atildar la importancia de los Elementos Esenciales Externos, el Espacio y el Tiempo, para la determinación ontológica tanto del Derecho como de la Economía<sup>164</sup>.

**3.6.- El Derecho Económico en el Perú.-** Ha existido cierta preocupación en nuestro país por conocer el contenido que la doctrina universal otorga a este término desde la segunda mitad de nuestro siglo, es decir, al finalizar la Segunda Guerra Mundial. El primer trabajo específico sobre el tema en nuestro medio, correspondió a Ulises Montoya Alberti cuya tesis de bachiller en Derecho fue publicada, en 1966, por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos<sup>165</sup>. En este trabajo, pionero en la materia en el Perú, recoge las tesis doctrinarias que corren desde el “*droit economique*” de Proudhon, a mediados del siglo XIX, la del *Il Diritto economico*” de Leví en 1886 y las de los alemanes Heymann y Lermann, quienes, entre 1908 y 1912, enfatizan el término “*Derecho Industrial*”. En sus conclusiones, el doctor Montoya Alberti dice que “*El concepto del Derecho Económico se puede establecer como el conjunto de normas que condicionan la actividad estatal, tendientes a promover el desarrollo económico*<sup>166</sup>” y agrega que “*El Derecho Económico se presenta como una rama del Derecho, cuyos preceptos regulan la intervención del Estado en la Economía*<sup>167</sup>”, continuando con la afirmación de que sus normas “*pertenecen al campo del Derecho Público, ya que sus disposiciones inciden en el campo de la macro-economía*<sup>168</sup>”,

<sup>163</sup> Laptev V., op.cit., Prefacio a la Edición Española, pp.3 a 22.

<sup>164</sup> Supra, 4.1

<sup>165</sup> Montoya Alberti, Ulises, Derecho Económico, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966.

<sup>166</sup> Ibidem, Conclusión # 3

<sup>167</sup> Ibidem, Conclusión # 6

<sup>168</sup> " " " 8

siendo “**de coyuntura (de situación)**” y, por lo tanto, muy inestables, lo que hace imposible su codificación<sup>169</sup>.

Siendo importante revisar ese primer trabajo de Montoya Alberti, debe anotarse que en 1989, el Maestro publicó un segundo trabajo en el que glosa las diferentes corrientes que se fueron presentando hasta ese momento durante el siglo XX, siendo remarcable la mención que hace al posible criterio definitorio del Derecho Económico basándose “*en el sujeto de la norma*” y expresando que “*serán de Derecho Público las que tienen como sujeto al Estado u otras personas de Derecho Público. Las de Derecho Privado tendrán como sujeto a los particulares*”; agrega que, al seguir este criterio, debe considerarse que “*en el Derecho Privado rigen las relaciones de igualdad... En cambio en el Derecho Público rigen las relaciones de predominio o poder en que el Estado es parte*”, no aplicándose en este ámbito “*el principio de la autonomía de la voluntad, sino el predominio de la voluntad soberana del Estado*”. Además comenta que “*...muchos consideran que dentro de la división clásica de Derecho Público y Privado, es imposible la cabida del nuevo Derecho*”, citando luego a Hedemann, en cuanto aprecia que, dado que el Derecho Económico “*es una manifestación absolutamente peculiar... está por encima de aquel viejo y clásico contraste*”. Concluye su comentario refiriéndose a la propuesta del maestro mexicano Jorge Witcker según la cual el Derecho Económico se ubicaría en el ámbito del “*Derecho Social*” por cuanto se trataría de normas cuyo propósito ha de ser “*proteger a los sectores débiles de la sociedad*” y la objeta por cuanto, si bien podría considerarse la protección del consumidor en el sentido de lo expresado, también habrían muchas normas de contenido económico que no cabrían dentro de esa conceptualización<sup>170</sup>.

Luego de Montoya, ya en la década de 1980, aparece el trabajo de Aníbal Sierralta denominado “*Introducción a la Juseconomía*”<sup>171</sup>, título que expresa muy claramente su sentido y contenido. La obra de Sierralta, en una primera parte, analiza

<sup>169</sup> “ “ “ 10

<sup>170</sup> Montoya Alberti, Ulises, El Derecho Económico, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa N°33, noviembre, 1989, p.28

<sup>171</sup> No es nuevo el término compuesto con el latino “*jus*”, que puede significar “*derecho de la economía*”; entre nosotros, el recordado maestro sanmarquino Luciano Castillo, lo empleaba para definir su posición personal frente al Derecho, en sus clases de Derecho Financiero en la vieja Casona: “*Yo soy un juseconomista*”, decía el Maestro.

las relaciones entre el Derecho y la Economía, continuando con un muy completo análisis de *“El desarrollo del Campo Económico”*, para arribar en una tercera parte específicamente al Derecho Económico. Como en la obra de Montoya, ésta se informa de una amplísima y muy actualizada bibliografía.

Más adelante, en 1996, Víctor Malpartida Castillo, publica *“Introducción al Derecho Económico”*, que fuera su tesis para obtener el grado de Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Trabaja Malpartida con una bibliografía que no sólo actualiza sino complementa la empleada por sus predecesores. La estructura de su trabajo abarca la diferencia entre el *“Análisis Económico del Derecho”* de *“Derecho Económico”*, para llegar a su autonomía, su problemática y sus fuentes y concluir con un capítulo dedicado al *“Derecho al Desarrollo”* y *“un apéndice normativo”* que incluye textos constitucionales y legales que el autor considera típicos de la legislación económica.

Si bien, los autores precedentes son los que han tratado sobre el *Derecho Económico* específicamente, cabe recordar a Carlos Mariátegui, Víctor Raúl Haya de la Torre, José Luis Bustamante y Rivero, Raúl Ferrero Rebagliati, Ulises Montoya Manfredi y Luciano Castillo cuyas obras hay que revisar pues, todos ellos, en algún momento, mostraron preocupación por el tema y sus aspectos concordantes.

**3.7.- Atingencias personales a la evolución conceptual del Derecho Económico.-** Se han evidenciado en los párrafos inmediatamente anteriores, las angustiosas discrepancias doctrinarias en cuanto a definir el Derecho Económico; también es de observarse como el pensamiento de los maestros que debaten el tema, se sustenta en sus relaciones externas con las diferentes ramas del Derecho y con diversos conceptos de Economía; sin embargo, hasta donde ha llegado esta investigación, no se ha ubicado a ninguno que se haya aventurado al análisis filosófico comparativo de la naturaleza esencial de las dos disciplinas involucradas, el Derecho y la Economía: tal se ha hecho, en la primera parte de este capítulo, al aplicar la

ontología para definir las relaciones elementales entre ambas disciplinas, en demostración de la hipótesis que consideraba su íntima vinculación como ciencias que tienen tres elementos comunes, uno el antropológico, el ser humano; otro. el sociológico, la sociedad; y el tercero, el elemento político: el Estado; asimismo, como dos diferenciadores, aunque recíprocamente complementarios: el elemento metodológico – objetivo, la norma jurídica para el Derecho y la relación cuantitativa entre necesidades y bienes para la Economía; y el elemento axio – teleológico, la justicia y el bienestar, respectivamente<sup>172</sup>. Elementos, todos éstos, de la consistencia del Derecho y de la Economía, enmarcados por dos esenciales condicionantes externos comunes: el espacio y el tiempo, como ha sido demostrado anteriormente y aquí se reitera, frente a la dificultad de definir el Derecho Económico que evidencia la doctrina<sup>173</sup>.

Como es obvio, tampoco se ha encontrado a quienes, aplicando lo antedicho empíricamente, hayan establecido la relación paralela inmediata y objetiva entre las etapas secuenciales definitorias de la Economía con las respectivas ramas del Derecho, como se ha hecho ya en este trabajo, ni quienes hayan desvirtuado con claridad su clasificación en Derecho Económico Público y Derecho Económico Privado, en virtud de los sujetos activos intervinientes: el Estado y el empresario, respectivamente. En este aspecto subjetivo, se acaba de citar al maestro Montoya Alberti<sup>174</sup>, quien lo cita adecuadamente pero omite calificar de **activos** a los sujetos

---

<sup>172</sup> Ver Cap.2, # 2.2, # 2.3.2, # 3.1 (Cuadro N° 1)

<sup>173</sup> “ # 2.2.1, # 3.1.1

<sup>174</sup> Supra # 3.6

intervinientes, posición esencial para la validez lógica de la premisa, como se detallará en el siguiente capítulo<sup>175</sup>.

**3.8.- Breve esbozo histórico-conceptual. sobre el Análisis Económico del Derecho o “Law and Economics” y su relación con el Derecho Económico.-** En 1991 Ronald Coase<sup>176</sup> recibe el Premio Nobel de Economía, especialmente por sus estudios sobre lo que él denominó “*costos de transacción*” y que demuestra mediante su “*Teorema*” y su relación con “*el costo social*”, vinculando los métodos de la economía con estructuras jurídicas fundamentales, como lo son, además de la propiedad, la responsabilidad civil y la contratación. El profesor Coase fue el editor de la revista “*Law and Economics*” desde 1962, publicación de la que parece emanar la denominación en inglés de la importante propuesta del “*Análisis Económico del Derecho*”, adelante en este acápite: AED<sup>177</sup>.

La propuesta del profesor Coase se basa en su aludido *Teorema*, referido específicamente a la reasignación del derecho de propiedad en el mercado, hacia quien mejor lo valore, en tanto que *los costos de transacción*<sup>178</sup> sean bajos o nulos, y sea cual fuere la resolución judicial que recaiga en una litis referida a ese derecho,

<sup>175</sup> Ver: # 3.2 (Cuadro N°2).

<sup>176</sup> Medema, Steven G., *Associate Professor of Economics, University of Colorado at Denver* Coase, Ronald, El Problema del Costo Social; Richard O. Zerbe, Jr., *University of Washington, Graduate School of Public Affairs*, 0730, The Coase Theorem, <http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>

<sup>177</sup> Aníbal Sierralta, en la segunda edición de su Introducción a la Juseconomía ya citada, asevera que *Economic Analysis of Law* es la denominación académica que la Universidad de Chicago da a la disciplina que en la de Yale se llama *Law and Economics*. ( Sierralta, Aníbal, *Introducción a la Juseconomía*, 2ªed., PUCP, Lima, 1996, p.113)

<sup>178</sup> LeRoy Miller, Roger, *Economics Today*, Harper Collins Publishers. 6<sup>th</sup>. Ed., New York, 1988: “*We can define transaction costs as all the costs enabling exchanges to take place*”, p.71 (Podemos definir costos de transacción como todo costo requerido para que pueda darse el intercambio <en el Mercado>”

“... costo incurrido para realizar un intercambio económico, más precisamente una transacción en el mercado. Este costo no existe en el marco de una competencia perfecta”. es. [wikipedia.org/wiki/ Coste\\_de\\_transacción](http://wikipedia.org/wiki/Coste_de_transacción)

especialmente si adolece de ineficiencia económica<sup>179</sup>, aunque cumpla con los requerimientos jurídicos de justicia. Esta tesis sería aplicable en todo el ámbito del Derecho Económico Privado, específicamente, además del mencionado, en el de Contratos y Obligaciones y en el de la Responsabilidad Civil.

Pero no ha sido Coase el único laureado por la Academia Sueca en materia jurídico –económica que se ha preocupado por la aplicación de la metodología económica al ámbito jurídico: al año siguiente, 1992, Gary Becker<sup>180</sup> también lo fue en 1993 por sus trabajos sobre *“la utilización del análisis microeconómico para encontrar explicaciones a la actual estructura de la organización familiar, a su historia y a su posible evolución en el futuro”*<sup>181</sup>, es decir *a priori*, la aplicación de la metodología económica a una institución jurídica fundamental: la familia.

Desde 1972, Guido Calabresi, juez del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, y A. Douglas Melamed, un académico dedicado a la práctica privada del Derecho, diferenciaron el AED de Derecho y Economía (DE) al afirmar que *“El Análisis Económico del Derecho consiste en usar teorías económicas para analizar, criticar o confirmar doctrinas legales existentes. Toma la Economía como dada y le pregunta que nos puede decir acerca de las reglas legales. Por el contrario, hacer Derecho y Economía o Law & Economics es tomar como punto de partida el Derecho. Así, el abogado institucionalista, mira al mundo real del Derecho y se pregunta si la*

<sup>179</sup> Coase, Ronald H., El Problema del Costo Social, [www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf](http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf)

<sup>180</sup> Bercker, Gary, A Treatise of the Family, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1991, [www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos\\_ecoreg/CERCL/421.PDF](http://www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos_ecoreg/CERCL/421.PDF)

*Economía puede explicar ese mundo. Y cuando, como suele suceder, no puede hacerlo, el abogado –ahora un abogado economista– antes de asumir que el mundo real está mal o que es irracional, se pregunta si la teoría económica puede alterarse, o expandirse de manera que siga siendo correcta dentro de la disciplina económica pero permitiéndole entender y explicar de manera más profunda las normas legales, el real mundo legal que es analizado”*<sup>182</sup>. Como se aprecia, propone Calabresi no usar el AED como punto de partida sino el Derecho usando la metodología que él llama “*Derecho y Economía*”, lo que parece acercarse mucho a nuestra posición.

Pero talvez, entre nosotros, en Latino América, el más conocido y estudiado, ha sido Richard A. Posner, otro juez, del Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos y “*Senior Lecturer*” (Profesor Principal) de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, quien, en 1986, publicó “*Economic Análisis of Law*”, simultáneamente, en Boston, Estados Unidos, y en Toronto, Canadá, obra traducida al español por el Fondo de Cultura Económica en 1998<sup>183</sup>. Cabe anotar que, anteriormente, en 1981, Posner publicó “*The Economics of Justice*”, en cuyo prefacio indica que usa el término “*justicia, aproximadamente en el sentido de John Rawls*” a quien cita textualmente: “*Para nosotros el sentido primario de justicia es la estructura básica de la sociedad o más exactamente, la vía usada por las principales instituciones para distribuir los derechos y deberes fundamentales y determinar la división de las ventajas de la cooperación social. Yo entiendo como las principales instituciones la*

---

<sup>181</sup> Cabrillo, D. Francisco, La Economía de la Familia, Universidad Complutense de Madrid, [www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos\\_ecoreg/CERCL/421.PDF](http://www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos_ecoreg/CERCL/421.PDF)

<sup>182</sup> Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harvard Law Review*, Vol.85, p.1089, April 1972.

<sup>183</sup> Posner, Richard A., El Análisis Económico del Derecho, traducción de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª Ed., 1998.

*constitución política y los principales ordenamientos económicos y sociales*<sup>184</sup>. Cabe enfatizar que el raciocinio de este maestro, y él de los anteriormente citados, se basa en el sistema jurídico en el cual ha sido formado y que aplica tanto en su ejercicio jurisdiccional como explica en la cátedra, el *Common Law*. Baste revisar las siete partes en que se estructura *Economic Analisis of Law* para evidenciar lo dicho<sup>185</sup>, pues con excepción de la Primera Parte que es una Introducción, todas las demás se refieren a las regulaciones objetivas, a las instituciones y a la casuística norteamericana. El mismo Posner señala como antecedentes del AEC a Jeremy Benthan, economista inglés del siglo XVIII<sup>186</sup> y, al iniciar la Segunda Parte de la obra en referencia, declara que inicia su examen sobre el derecho común en el sentido del “conjunto de principios aplicados por los tribunales reales de Inglaterra en el siglo XVIII (...)” así como “los campos del derecho creados en gran medida por los jueces como

<sup>184</sup> Posner, Richard A., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981, p.vii.: “*For us the primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation . By major institutions I understand the political constitution and the principal economic and social arrangements*”... “*This book is nontechnical and is addressed to philosophers, political scientists, historians, anthropologists, sociologists, and classicists as much as to lawyers and economists*” (La traducción en el texto principal es personal)

<sup>185</sup> PART I LAW AND ECONOMICS: AN INTRODUCTION  
 II THE COMMON LAW  
 III PUBLIC REGULATION OF THE MARKET  
 IV THE LAW OF BUSINESS ORGANIZATION AND FINANCIAL MARKEKTS  
 V LAW AND THE DISTRIBUTION OF INCOME AND WEALTH  
 VI THE LEGAL PROCESS  
 VII THE CONSTITUTION AND THE FEDERAL SYSTEM

Nuestra traducción es la siguiente y no corresponde a la de la obra traducida al español exactamente:

PARTE I EL DERECHO Y LA ECONOMÍA. UNA INTRODUCCIÓN  
 II EL *COMMON LAW*  
 III REGUMACIÓN PÚBLICA DEL MERCADO  
 IV EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS NEGOCIOS Y DE LOS MERCADOS FINANCIEROS  
 V EL DERECHO Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA RENTA Y DEL BIENESTAR  
 VI EL PROCESO LEGAL  
 VII LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA FEDERAL

<sup>186</sup> Posner, Richard A., op.cit. # 137, p. 27, nota # 2, en la cual cita en primer término la traducción inglesa de *Dei delitti e delle pene* de Cesare Beccaria, autor italiano también del s.XVIII.



*el subproducto de sus decisiones en casos particulares antes que por las legislaturas; o en cualquier campo del derecho forjado en gran medida por los precedentes judiciales*<sup>187</sup>. No es el caso del Sistema Romano – Germánico de la Europa continental ni el de América Latina que lo sigue desde el siglo XVI, impuesto por España y continuado por las Repúblicas resultantes de la Emancipación desde el siglo XIX hasta hoy.

Lo expresado no puede implicar desconocimiento de la intimidad e importancia de las relaciones entre el Derecho y la Economía, que en los capítulos precedentes han sido analizadas ontológicamente; cabe entender que el AED trata de aplicar el valioso método objetivo y matemático de la Economía al Derecho, cuando en el Capítulo Segundo de este trabajo se ha evidenciado que cada una de esas disciplinas tiene su propio método, lo que, si bien constituye un elemento diferenciador esencial entre ambas, orienta su complementariedad recíproca ontológica, sin alterar su autonomía sino, contrariamente, enriqueciéndola.

En el Perú, pionero en la propuesta del AED ha sido Alfredo Bullard González quien desde su retorno de la Universidad de Yale con su grado académico de *master in law* actúa en el ámbito jus - económico con encomiable eficiencia y convicción, tanto en lo académico como en el ejercicio profesional de abogado, nacional e internacionalmente en la línea del planteamiento de Coase al sostener que “... desde una perspectiva coaseana pura, sólo se necesitarían tres instituciones básicas para el funcionamiento del sistema jurídico privado:

- a) *Un sistema de derechos de propiedad (quizás sería mejor hablar de un sistema de titularidades) que garantice una distribución inicial de los recursos. Estas titularidades*

---

<sup>187</sup> Ibidem, p.37

*deben conceder la facultad de excluir a los demás para crear los adecuados incentivos para la explotación y conservación de los recursos escasos;*

- b) *Un sistema de derecho de contratos que garantice el fluido intercambio de bienes entre los individuos a fin de que éstos puedan irse asignando a sus usos más valiosos. ... Obviamente el sistema contractual sólo nos llevará a las soluciones más eficientes, donde los costos de transacción, en términos coasianos, no sean significativos. (...);*
- c) *Un sistema de responsabilidad civil extracontractual que garantice la simulación del mercado en aquellas circunstancias en las que los costos transacción impidan al mercado asignar los recursos de manera eficiente. (...)*<sup>188</sup>.

La formulación propuesta emana del Teorema de Coase, como el mismo Bullard dice y considera que es “un punto de partida que en análisis jurídico nos solemos saltar”<sup>189</sup>.

Cabe observar en las citas de Bullard una aparente confusión entre el AED y el DE que, en nuestro desarrollo puede resultar trascendente: **no es lo mismo tratar de hacer un análisis económico del Derecho, con metodología e instrumentos conceptuales de la ciencia económica que procurar la naturaleza esencial del Derecho Económico que ya se ha presentado anteriormente**<sup>190</sup>. Calabresi parece admitir tal posición cuando afirma que no sería admisible pensar que la eficiencia económica es el fin del Derecho por cuanto le es indiferente el desperdicio de recursos<sup>191</sup>: la eficiencia económica es la propuesta de la economía para procurar el bienestar social justo, lo que propicia el Derecho.

Sin embargo, “*El Derecho, su vigencia, aplicabilidad y racionalidad han sido, con frecuencia, apreciados desde una óptica formalista sin encontrar su vinculación con la eficiencia. El enfoque analítico es provechoso para entender esa eficacia en una*

---

<sup>188</sup> Bullard González, Alfredo, Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales, Palestra Eds., 2010, p.117.

<sup>189</sup> Ibidem, p.121.

<sup>190</sup> Supra # 3.4

<sup>191</sup> Calabresi, Guido, Themis N°25

*realidad evolutiva*<sup>192</sup> ha escrito Sierralta, en la segunda edición ampliada de su obra ya citada: en este trabajo se ha hecho precisamente un análisis ontológico del Derecho y de la Economía, mediante el cual reiterando, se les ha encontrado tres elementos comunes, a la par de dos diferenciadores, aunque recíprocamente complementarios, todos ellos externa, evolutiva y eficientemente condicionados en el tiempo y el espacio, con lo que cada sociedad procura hacerlos eficaces<sup>193</sup>.

El ya citado Víctor Malpartida, ha examinado también el concepto y contenidos del Análisis Económico del Derecho desde su origen remoto con Beccaría hasta los más recientes trabajos nacionales y extranjeros. Al respecto concluye en que representa una opción ideológica liberal que procura sustentar la “*coherencia interna del derecho... sobre el plano económico y político*”, privilegiando con tal objeto, “*la propiedad privada y la libertad de mercado*”<sup>194</sup>.

Cabe reiterar nuestra posición fluyente del análisis ontológico de ambas disciplinas, otrora integradas y hoy autónomas y complementariamente recíprocas: no existe ninguna necesidad de utilizar la metodología propia de cada una de ellas para analizar a la otra; tratar de hacerlo, ontológicamente generaría incongruencias teleológicas, es decir, dificultades para el logro eficiente de sus respectivos fines.

---

<sup>192</sup> Sierralta, Anfbal, op.cit., segunda edición, enero de 1996, ampliada, p.109. En esta edición el autor ha agregado a la anterior un “Capítulo IV, El Desarrollo del Análisis Económico” en el que trata cuidadosamente su evolución que retrotrae con acierto a Cessare Beccaria en el siglo XVIII y a Jeremy Bentham, y Adolph Wagner, en el XIX para concentrar su atención en el Teorema de Coase y sus críticas, entre las cuales encuentra una de Posner, p.133.

<sup>193</sup> Supra # 3.1

<sup>194</sup> Malpartida Castillo, Víctor, op.cit., p.80.

#### 4.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DERECHO ECONÓMICO.

**4.1.- El Estado, como elemento subjetivo esencial del Derecho Económico Público.-** El concepto de Estado que se utilizará en este acápite es el de "una persona actuante y sujeto de obligaciones y derechos" al que se refiere Kelsen, como una "ficción ... o noción auxiliar o complementaria de pensamiento jurídico y no como una realidad social"<sup>195</sup> y, por tanto, podría entenderse como "la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en un determinado territorio"<sup>196</sup>, en el sentido de integrar la personalidad jurídica de la Nación. Como toda persona jurídica, habrá de actuar a través personas naturales que lo representan, como también aclara Kelsen<sup>197</sup>. La actividad jurídica del Estado configura el Derecho Público y sus obligaciones y derechos están establecidos en la Constitución Política.

En la Constitución el Estado tiene establecidos derechos u obligaciones de diversa naturaleza, entre otros, muchos de naturaleza económica<sup>198</sup>, las que configuran, consecuentemente, el Derecho Económico Público, siempre orientado a garantizar a los ciudadanos sus correspondientes derechos civiles.

El Estado pues desarrolla un conjunto de funciones que lo convierten en un agente económico de suma importancia: por una parte cobra impuestos, que constituyen la fuente esencial de sus ingresos, y por otra parte realiza gastos, que incluyen el pago de los funcionarios que prestan servicio en sus distintas dependencias y las adquisiciones de los bienes que requiere para desempeñar sus actividades, con lo que aborda el Derecho Financiero Público, sintetizado anualmente en la correspondiente legislación presupuestaria; además provee a los ciudadanos de diversos bienes y servicios públicos y, *subsidiariamente*, realiza funciones de empresario, pues puede ser poseedor y/o administrador de empresas, en circunstancias en que la actividad privada se abstenga<sup>199</sup>. El Estado, como en todas

<sup>195</sup> Kelsen, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3ª.ed., Lima, 2001, p.57

<sup>196</sup> García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed, Porrúa, México, 1951p.95

<sup>197</sup> Kelsen, ut supra, p.55

<sup>198</sup> Constitución Política del Perú, Título III, Del Régimen Económico

<sup>199</sup> Ibidem, artículo 60º.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta

las sociedades modernas, asume asimismo las funciones de emitir dinero<sup>200</sup>, de regular el comportamiento del mercado y de influir en el comportamiento económico del país, mediante su política económica y las regulaciones que correspondan, precisamente, al desarrollo económico, a la justicia social y al bienestar<sup>201</sup>.

**4.2.- La personificación del Estado.-** El Estado que es el sujeto, activo o pasivo, del Derecho Económico Público, es una abstracción imposibilitada de realizar empíricamente las funciones que la sociedad le ha asignado y que constituyen su razón de ser, resultando indispensable dotarlo de materialidad, lo cual se logra mediante el otorgamiento de los poderes que detenta por voluntad social. El barón de Montesquieu en 1748 sistematizó esos *Poderes*<sup>202</sup>, que desde entonces han servido de modelo para la organización de las democracias en el mundo. La Constitución nacional los recoge desde su primer texto<sup>203</sup>. El pueblo, en el cual reside la soberanía, elige directa y periódicamente a los ciudadanos que integrarán los Poderes Legislativo y Ejecutivo, e indirectamente, a los miembros del Poder Judicial<sup>204</sup>.

**4.3.- El “empresario” como elemento subjetivo esencial del Derecho Económico Privado.-** Los bienes y los servicios son ofrecidos en el mercado por quienes que los fabrican, los obtienen y los distribuyen, es decir, los empresarios, actores de la *oferta* en el mercado, para ser adquiridos por quienes los requieren, la *demanda*, es decir, *los consumidores*, a cambio del respectivo pago del precio,

conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

<sup>200</sup> Ib., artículo 83°.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

<sup>201</sup> Ib. artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

<sup>202</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, Barón de, De L'Esprit des Lois, P.Pourrat Editeurs, París, 1831 ( En el Libro Primero, el autor describe la división del poder político en el ejecutivo, la legislatura y lo judicial, basando su modelo en el Sistema Constitucional Británico en el cual percibió la separación del poder en el del rey, la legislatura y las Cortes de Justicia.

<sup>203</sup> Constitución Monárquica de 1812, asumió este modelo: “ART. 15. La potestad de hacer las leyes residen en las Cortes con el Rey. ART. 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey. ART. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley”.

<sup>204</sup> Constitución Política del Perú, Título IV, De la Estructura del Estado. Capítulo I. Poder Legislativo. Capítulo IV. Poder Ejecutivo. Capítulo VIII. Poder Judicial, arts. 90° A 159°.

habitualmente, en dinero<sup>205</sup>. La producción y distribución de esos bienes y servicios y que son el objeto de la actividad de los *empresarios*, configuran la *empresa* a cuya creación y desarrollo han decidido dedicar sus esfuerzos intelectuales, físicos y económicos.

**4.3.1. El empresario y la empresa .-** La empresa, de acuerdo con la premisa sentada en el párrafo introductorio precedente, debe ser entendida siempre iniciándose como la concepción mental de un ser humano orientada al ámbito económico, es decir a producir bienes o servicios, o ambos, destinados a satisfacer necesidades en un ámbito social determinado y que necesariamente ha de materializarse mediante su actividad individual o unipersonal<sup>206</sup> o compartida con otros<sup>207</sup>, a fin de limitar sus responsabilidades y riesgos, compensar sus atributos y debilidades y, en su momento, distribuirse las ganancias o utilidades, si las hubieran y asumir las pérdidas, si fuera el caso.

La empresa es pues, objetivamente, una expresión económica que se manifiesta como la oferta de bienes y servicios destinados a satisfacer, cuantitativa o cualitativamente, las necesidades manifestadas como la demanda en el mercado, carente de personalidad o subjetividad jurídica, requiriendo para concretarse de la voluntad de una persona natural o plural, el empresario<sup>208</sup>, expresada mediante su libre y habitual actividad individual o como el objeto declarado en una constitución social<sup>209</sup>. Mediante estos actos jurídicos la personalidad y capacidad jurídicas del empresario se aplican al objeto empresarial a fin de que pueda concretarse en el

<sup>205</sup> Cabe observar que este intercambio de bienes o servicios por la equivalencia de su valor en dinero, nos muestra el acto jurídico bilateral, libre, de naturaleza económica y generador de obligaciones sinalagmáticas que constituye el instrumento jurídico esencial de la Economía: *el contrato*.

<sup>206</sup> Código de Comercio del Perú, “artículo 1°.- Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente” (...).

<sup>207</sup> Ley N°26887, artículo 1°.- La Sociedad.- “Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”.

<sup>208</sup> Según [http://www.indret.com/pdf/078\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf), el artículo § 10 de Código Civil Alemán ( BGB), según texto vigente luego de la reforma de 2002, define al empresario como “ *la persona física o jurídica que celebra negocios jurídicos en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional*” (*Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines echtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*)

<sup>209</sup> Ibidem, artículo 11°.- Objeto social.- “La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.”

ámbito social respetivo. Se identifica necesariamente, mediante un nombre o denominación exclusiva y excluyente<sup>210</sup> que puede ser simbolizada, mediante una marca o signo distintivo y se materializa, eventualmente, ya sea mediante una patente, diseño o marca<sup>211</sup> o en el establecimiento y sus instalaciones, en la generación de empleo y en su contribución al ingreso fiscal.

Las sociedades se constituyen pues, esencialmente, para procurar existencia jurídica a las empresas, entes económicos concebidos por los seres humanos, sus socios; consecuentemente, una empresa comienza a tener existencia jurídica cuando la sociedad cuyo objeto constituye, es inscrita registralmente<sup>212</sup>, lo cual es concordante con el artículo 77° del Código Civil que establece el inicio de la personalidad jurídica en general<sup>213</sup>.

**4.3.2. Los modelos empresariales en el sistema jurídico peruano.-** La existencia jurídica de la empresa como objeto de la actividad del empresario

---

<sup>210</sup> Ib., artículo 9°.- Denominación o Razón Social.- “ La sociedad tiene una denominación o una razón social, según corresponda a su forma societaria. En el primer caso puede utilizar, además, un nombre abreviado. No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello. Esta prohibición no tiene en cuenta la forma social. No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, salvo que se demuestre estar legitimado para ello. El Registro no inscribe a la sociedad que adopta una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente. En los demás casos previstos en los párrafos anteriores los afectados tienen derecho a demandar la modificación de la denominación o razón social por el proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición. La razón social puede conservar el nombre del socio separado o fallecido, si el socio separado o los sucesores del socio fallecido consienten en ello. En este último caso, la razón social debe indicar esta circunstancia. Los que no perteneciendo a la sociedad consienten la inclusión de su nombre en la razón social quedan sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal si a ello hubiere lugar.

Artículo 10°.- Reserva de preferencia registral.- Cualquiera que participe en la constitución de una sociedad, o la sociedad cuando modifique su pacto social o estatuto para cambiar su denominación, completa o abreviada, o su razón social, tiene derecho a protegerlos con reserva de preferencia registral por un plazo de treinta días, vencido el cual ésta caduca de pleno derecho. No se puede adoptar una razón social o una denominación, completa o abreviada, igual o semejante a aquella que esté gozando del derecho de reserva de preferencia registral”.

<sup>211</sup> Decreto Legislativo N°823, Ley de Propiedad Industrial.

<sup>212</sup> Ley 26887, “artículo 6°.- Personalidad jurídica.- La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”.

<sup>213</sup> Código Civil, “artículo 77°.- Principio de la persona jurídica de derecho privado.- La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley”. (...)

societario, *corporativo* suele decirse actualmente<sup>214</sup>, se logra pues a través de la inscripción de éste en los Registros Públicos. Sin embargo, ésta, aunque tal vez la más importante, es sólo una de las posibles formas de concretar jurídicamente la empresa: el empresario puede ser una persona natural que arriesga la totalidad de su patrimonio para concretarla como *empresario unipersonal*, o *empresa unipersonal* como equivocadamente se le pretende denominar<sup>215</sup>. Afortunadamente, también se da el muy frecuente caso de la persona natural que, precisamente para evitar ese compromiso total de su patrimonio, toma de él sólo determinados recursos, asignándolos a la realización de un objeto económico: tal es el caso de la *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*<sup>216</sup>, persona jurídica sin socios, pues se constituye unipersonal y especialmente para el desarrollo de las denominadas “*micro*” y “*pequeña empresa*”<sup>217</sup> que no por serlo son las menos importantes en la economía de nuestro País, sino todo lo contrario<sup>218</sup>.

Sin embargo, “*el ejercicio en común de actividades económicas*”, se desarrolla mediante la constitución de las *sociedades* que regula la Ley N°26887, ya citada anteriormente, en las cuales una pluralidad de empresarios, mínimo dos, concretan, mediante un “*pacto social*”, su voluntad de crear un *empresario societario*, persona jurídicamente distinta de ellos, mediante su inscripción en el *Registro de Sociedades* de los Registros Públicos<sup>219</sup>, lo que ha sido ya mencionado.

<sup>214</sup> El “*empresario corporativo*”, o “*corporación*” son términos que en el Perú carecen de sentido jurídico. Proviene y aluden a la “*corporation*” del “*Common Law*” y equivalente a nuestra “*sociedad anónima*”.

<sup>215</sup> *Empresa unipersonal* es la denominación propuesta por SUNAT para que las personas naturales con negocio se formalicen mediante su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC). Esta denominación implica un evidente equívoco pues se sustantiva a la empresa como si fuera persona jurídica, siendo como queda dicho el objeto de la actividad del empresario.

<sup>216</sup> Decreto Ley N°21621, “artículo 1.- La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa”

<sup>217</sup> DS.007-2008-TR, TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, art.4°:(La Micro y Pequeña Empresa es) “*la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene por objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios*”

<sup>218</sup> De acuerdo con la información del Instituto Nacional de Estadística e Informática en el 2004, las Micro y Pequeñas Empresas formalmente constituidas, absorbieron el 76,7% de la PEA ocupada de Lima Metropolitana, lo que equivale a casi 2 millones 840 mil personas. La misma fuente informa que en el 2002, la oferta de empleo de las MYPE llegó al 88% en el Sector Empresarial.

<sup>219</sup> Res. N° 200-2001-SUNARP-SN.- Reglamento del Registro de Sociedades.



De acuerdo con lo analizado en los párrafos precedentes, podría clasificarse el *sistema empresarial peruano* de acuerdo con las siguientes *especies de empresarios*:

I.- *El empresario unipersonal*: es un ser humano que visualiza cómo satisfacer sus necesidades sirviendo a los demás para que satisfagan las suyas, identificándose plenamente con la empresa y, consecuentemente asumiendo individualmente los riesgos y las responsabilidades resultantes de su actividad empresarial frente a la colectividad;

II.- *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*: persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al del Titular que lo aporta y constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa bajo la conducción y administración de terceros o del propio titular con el *nomen juris* “*Titular Gerente*”, limitando su responsabilidad económica al monto aportado, bajo el amparo del ya citado Decreto Ley N°21621;

III.- *Las Sociedades*, pluralidad de personas, por lo menos dos, que deciden constituir, de acuerdo con la ya citada Ley N°26887, General de Sociedades, un solo empresario distinto jurídicamente a ellos para lo cual además de aportar recursos patrimoniales individualmente determinados a la formación del patrimonio de la persona jurídica que crean, le asignan órganos de administración societarios y nombrando sus integrantes de acuerdo con la ley determina, es decir, la organizan, de acuerdo con los modelos siguientes:

a) *La Sociedad Anónima* que puede ser, además de genérica, *abierta o cerrada*, es el modelo al que le es aplicable más del 80% de las normas contenidas en la Ley y en el que, no sólo *la responsabilidad personal de los socios por los actos que ésta realice está limitado al monto aportado*, representado por un número de *acciones*<sup>220</sup> de acumulación individual ilimitada, sino que su gobierno corresponde a esa acumulación o mayoría de las *acciones conformantes de su capital*<sup>221</sup>;

b) *La Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada*, modelo que se diferencia de la *sociedad anónima cerrada sólo* en que los títulos representativos de los aportes individuales no pueden ser *acciones*; pues, como ella es un modelo que admite sólo hasta veinte socios y su gobierno corresponde al que acumula la participación mayor<sup>222</sup>;

c) *La Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada Civil*, es distinta empresarialmente de las anteriores pues no se constituye con fin comercial alguno sino para realizar el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios que no pueden ser más de treinta y responden por las deudas sociales sólo hasta el límite de sus aportes<sup>223</sup>;

d) *La Sociedad Civil Ordinaria*, dedicada a la prestación de los mismos servicios que la anterior pero en la que no hay limitación del número de socios pues éstos responden personalmente en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales pues, ya no priman los capitales sino las calidades personales, y lo hacen, salvo pacto diferente, en proporción a sus aportes<sup>224</sup>;

220 Ley 26887, artículo 82º.- Definición de acción.- “ Las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164º y las demás contempladas en la presente Ley”.

221 Ley 26887, arts.50º al 264º.

222 Ibidem, arts.283º al 294º.

223 “ , “ 295 “ 303º

224 “ , “ . 295º “ 303º

e) *La Sociedad Colectiva*, como la precedente las calidades personales de los socios son la motivación constitutiva pero, en este caso, para fines productivos o comerciales, con responsabilidad solidaria e ilimitada de ellos frente a terceros por las obligaciones de la persona jurídica<sup>225</sup>;

f) *La Sociedad en Comandita Simple o por Acciones* en la cual hay unos *socios colectivos* que aportan el capital social representado en acciones y responden personal<sup>226</sup>, solidaria e ilimitadamente como en el modelo anterior, ante terceros por las obligaciones de la persona jurídica, en tanto que los socios comanditarios lo hacen limitadamente, sólo hasta la parte del capital que se hayan comprometido a aportar<sup>227</sup>.

IV.- *Las Cooperativas* que deben constituirse sin propósito de lucro, procurando mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua de sus miembros, o *autogestión*, el servicio inmediato de éstos y el mediato de la comunidad, y adquiriendo la calidad de persona jurídica, desde su inscripción en los Registros Públicos<sup>228</sup>.

Cabe observar en el inserto precedente, cómo la actividad económica del hombre empieza individualmente, asumiendo personalmente tanto los beneficios como los riesgos, es decir, la responsabilidad de todos sus actos. Esta actitud, y el rigor de sus consecuencias, tiende a ser superada en el Perú en 1976 con la creación de la ya mencionada *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, que desdobra la singularidad física del empresario, mediante la creación una *persona jurídica* a partir de la decisión de la *persona natural* que desaparece jurídicamente detrás de ella<sup>229</sup> y aprovecha tanto sus propias virtudes, cualidades y potencialidades, como sus debilidades, limitaciones y carencias. Para superar éstas y atildar aquéllas, el hombre

225 “ , “ 265° “ 277°

226 “ , “ 278° “ 282°

227 El inciso 4 del art.281° de la L.26887 que norma la Sociedad en Comandita Simple, establece que “*Para la cesión de la participación del socio colectivo se requiere acuerdo unánime de los socios colectivos y mayoría absoluta de los comanditarios computada por capitales. Para la del comanditario es necesario el acuerdo de la mayoría absoluta computada por persona de los socios colectivos y de la mayoría absoluta de los comanditarios computada por capitales*”, olvidando que en este modelo societario no hay *socios colectivos*.

228 Decreto Supremo N° 074-90-TR., Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas. La ausencia del “*animus lucrandi*”, amén de la *autogestión* y su histórica vinculación con el régimen socializante del Gobierno de la Fuerza Armada (1968 – 1970), han aislado en el Perú. injusta e inadecuadamente, a este potencialmente eficiente modelo empresarial del ámbito económico. Hay cooperativas en todas las naciones del mundo con independencia de modelos políticos o económicos. En los Estados Unidos las hay muchas y se afirma que en Europa existen unas 300.000 cooperativas, que emplean a cerca de 5 millones de personas. Están presentes en todos los Estados e influyen en la vida cotidiana de más de 140 millones de ciudadanos, que son socios de cooperativas. Las cooperativas prosperan en mercados competitivos y tienen una cuota de mercado significativa en sectores como la banca, los seguros, la distribución alimentaria y la agricultura. Crecen también rápidamente en los sectores de los servicios sanitarios, los servicios a empresas, la educación y la vivienda. Teniendo en cuenta esta realidad, la Comisión Europea ha publicado una “*Comunicación sobre fomento de las cooperativas en Europa*” con la que pretende que se aproveche al máximo el potencial que ofrecen las cooperativas. Para ello propugna fomentar una mayor utilización del modelo cooperativo en Europa, seguir mejorando la legislación europea sobre las cooperativas y mantener y mejorar la situación de las cooperativas, así como su contribución a los objetivos comunitarios. Proclama por último la necesidad de la participación activa de todos los Estados miembros en esta tarea.

229 La creación de esta novedosa persona jurídica se dio mediante el Decreto Ley N°21621, es decir, por el autodenominado Gobierno de la Fuerza Armada en su segunda etapa y retó al mundo con la concepción de brindar a la denominada “*pequeña empresa*” un adecuado medio de desarrollo, lo que resumen sus siguientes considerandos: “*Que por Decreto Ley 21435 se ha dictado la Ley de la Pequeña Empresa de Propiedad Privada, a fin de promover su desarrollo y contribución a la generación de empleo y riqueza en la economía nacional; Que dicho Decreto Ley considera a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como forma de organización empresarial con personalidad jurídica diferente a la de su Titular a fin de facilitar el eficaz desenvolvimiento de la Pequeña Empresa; Que dicha forma jurídica de organización empresarial, limita la responsabilidad de su Titular al patrimonio comprometido en la Empresa, introduciendo un efecto promocional y de estímulo a la capacidad empresarial y a la movilización de capitales, que muchas veces permanecen inactivos o no son utilizados eficientemente; (...)*”.

aprendió a compartir la actividad económica, procurando además limitar el riesgo, la responsabilidad de superarlo y el *animus* de servir a los demás.

Es de observarse que el Derecho ya había sancionado la forma de lograr las ventajas del modelo precedente, mediante la *sociedad colectiva* en la cual, si bien hay una *persona jurídica* que actúa como escudo protector de sus constituyentes, la responsabilidad individual de éstos se mantiene, en cuanto sobrevenga la insuficiencia de aquélla, solidaria e ilimitadamente. Se hace más notable aun esta suerte de *beneficio de excusión*<sup>230</sup> de los socios en la *sociedad en comandita por acciones* al agruparlos en dos segmentos diferenciables por el aporte en acciones de unos, *socios colectivos*, que dan su nombre a la sociedad, se concretan al aporte del capital representado en acciones y responden ilimitada, solidaria y personalmente por las obligaciones sociales y otros, a los que la ley denomina *comanditarios*, que se avocan a cumplir con el objeto social, o sea la *empresa* para cuya realización ha sido constituida la *persona jurídica*.

Sin duda, los modelos societarios avanzan hacia la pluralidad y la máxima limitación de la responsabilidad individual y lo logran con la sociedad anónima, en la cual la constitución supone la suscripción y pago de un número determinado de acciones por cada uno de, por lo menos dos socios, sin límite máximo alguno, en términos generales, pues cabe, como queda dicho, el de veinte socios en la *Sociedad Anónima Cerrada*. El límite de la responsabilidad de cada socio está dado por el número de acciones que haya suscrito, resultando el más eficaz modelo para lograrlo.

Los economistas han establecido que las necesidades del ser humano son infinitas, en tanto que los bienes y medios para satisfacerlas son siempre escasos<sup>231</sup>; sin embargo, la historia demuestra que la creatividad humana también lo es. La computadora que uso no era concebible cincuenta años atrás pero hace milenios que el hombre vuelca sus pensamientos y transmite sus ideas en diversas formas que han ido evolucionando desde las remotas pinturas rupestres, las expresiones cuneiformes

---

<sup>230</sup> Se menciona este beneficio por cuanto la sociedad responde en primer término de acuerdo con sus recursos, agotados los cuales, sobreviene la responsabilidad individual e ilimitada de los socios colectivos, de acuerdo con lo dispuesto en el art.273° de la L.26887.

babilónicas, los códigos mayas y nuestros misteriosos petroglifos hasta las diversas formas de la comunicación virtual de nuestros días.

**4.3.3. Persona jurídica, empresario y empresa.-** En el acápite precedente se evidenció que la empresa debe ser entendida como el objeto de la actividad del empresario, sea cual fuere la calidad o forma jurídica que éste ostente. Tal parece ser la conclusión a la que arriba la doctrina contemporánea, como puede apreciarse en la autorizada expresión de Broseta Pont cuando afirmó<sup>232</sup>, luego de largo análisis que “... *la empresa se considera un bien inmaterial que pertenece al empresario y cuya titularidad se protege a través de las normas que regulan la competencia desleal...*”<sup>233</sup>. Resulta pues obvio que la personalidad jurídica corresponde sólo a quien o a quienes como personas naturales deciden libremente la creación la denominada “*persona jurídica*”, luego de someterla al reconocimiento del Estado, mediante la inscripción registral.

Sin embargo, en importantes normas de Derecho positivo peruano actual<sup>234</sup> y en el habla corriente se insiste en personalizarla postergando al empresario, desconociendo su naturaleza objetiva de carácter económico y olvidando que, como ya se ha citado y ahora se reitera, “*La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley*”<sup>235</sup>.

Además, y esto debió ser sustantivamente lo primero, la Constitución vigente al referirse en su artículo 59<sup>o</sup><sup>236</sup> a la “...*libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria...*”, sólo puede hacerlo con relación al ser humano, el único al cual puede atribuirse tal valor en su calidad de *persona*, como lo establece su propio

<sup>231</sup> Supra, # 3.2, p.19.

<sup>232</sup> Manuel Broseta Pont murió en su natal Valencia en un atentado atribuido a la ETA, en enero de 1992.

<sup>233</sup> Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil, Pons, Madrid, p.93

<sup>234</sup> Ley 26702, General del Sistema Financiero, del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, art. 12°: “*Las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima, salvo aquéllas cuya naturaleza no lo permita*” ...  
Glosario: *Empresas: Las empresas del sistema financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias, con exclusión de aquellas que prestan servicios complementarios*”.

<sup>235</sup> Código Civil, art.77°.

<sup>236</sup> Constitución Política del Perú, “artículo 59°.- “ *El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades*”.

texto en diversos numerales de su artículo 2º<sup>237</sup> y que ha inspirado sin duda, nuestro querido maestro Fernández Sessarego<sup>238</sup>. Continúa la Constitución refiriéndose a “ ... *La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal*”, en el 60º<sup>239</sup>, evidenciando reiterativamente la presencia del *Estado, persona jurídica de Derecho Público*, como ya se vio, actuando a la par de la de las personas de Derecho Privado que realizan actividad empresarial.

Pero no es sólo el empresario o el grupo de inversionistas el que ha de concretar la empresa: requieren de un número variable de personas de formación diversa que se vincula a ellos gradualmente, mediante el *contrato de trabajo*, lo cual nos aproxima a Keynes para quien la ocupación plena<sup>240</sup> es el supuesto necesario para que un Estado encuentre el equilibrio económico interno que puede entenderse como la situación en la cual todos los ciudadanos ven satisfechas sus necesidades esenciales gracias a los ingresos que obtienen de sus actividades laborales e incluso pueden destinar una parte al *ahorro*, vale decir, a un consumo futuro o a una inversión que consideran útil o productiva. De lo expresado emana no sólo la importancia económica y social de la actividad empresarial, como generadora de trabajo, contribuyendo al incremento del consumo y, en consecuencia, de la demanda en su entorno, sino que, a la vez, con su participación en la producción de bienes y servicios, promueve activamente el crecimiento de la oferta respectiva en el mercado.

Adicionalmente, la realización de la empresa implica que el capital aportado a tal efecto, se materialice inventarios y bienes necesarios para llevar adelante su administración unitaria para el logro de la producción, su colocación en el mercado y el consecuente beneficio económico, lo cual llevó a Garrigues a definirla como “*la organización de los factores de producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada. Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad,*

<sup>237</sup> Constitución Política del Perú, “artículo 2º Toda persona tiene derecho: (...) 8.A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley. 16 A la propiedad y a la herencia. 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. (...)”.

<sup>238</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como Libertad*, Studium, Lima, # 2, El Sentido del Derecho, p.101.

<sup>239</sup> *Ibidem*, artículo 60º.-“*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal*”.

<sup>240</sup> Keynes, John Mynard, *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p.26

*aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de la ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforma a las exigencias de la explotación económica*<sup>241</sup>. En el mismo, nuestro querido maestro Ulises Montoya Manfredi afirmó que *“en el aspecto económico, la empresa es la organización de los factores de la producción, capital y trabajo, con el fin de obtener una utilidad*<sup>242</sup>, expresiones que implican necesariamente la actividad de la persona natural, actora de organización referida pues, como expresó Bauche, citando a Fernández Novoa: *“el empresario no se confunde con el capital ni con el trabajo, ni tampoco con los elementos de la naturaleza y de la ciencia. Antes al contrario, el empresario se interpone entre los citados factores coordinándolos y armonizándolos para una finalidad producida*<sup>243</sup>”.

Lo expresado podría conducir al cuestionamiento de la *persona jurídica* como empresario, atribución que sólo correspondería al ser humano por cuanto es a éste que el Derecho otorga los atributos de tal en el artículo 2° de la Constitución Política<sup>244</sup>, para luego declarar en el Código Civil, que ella *“... tiene existencia distinta de sus miembros (...)*<sup>245</sup>; no obstante, también establece que *“La persona jurídica miembro de otra debe indicar quién la representa ante ésta*<sup>246</sup>, entendiéndose que ese *“quien”* es necesariamente es una persona natural, un ser humano, como expresamente lo establece la ley N°26887 en sus artículos 14°, al nombrar e inscribir registralmente a sus representantes y sus facultades<sup>247</sup>; también debe hacerlo, de conformidad con el artículo 160°, al establecer la conformación del directorio de las sociedades

241 Garrigues, Joaquín.- “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. Reimpresión de la Séptima Edición. Editorial Temis. Bogota-Colombia. 1987, p. 162.

242 Montoya Manfredi, Ulises.- “Derecho Comercial”. Edición Aumentada y Actualizada por Ulises y Hernando Montoya Alberti. Tomo I. Décima Edición Actualizada. Editorial Grijley. Lima-Perú. 1999, p.87.

243 Bauche Garcíadiego, Diego Mario.- La Empresa. Editorial Porrúa S.A, México, 1977, p. 18.

244 Constitución Política del Perú, art.2°*“Toda persona tiene derecho: ...”* refiriéndose sólo a la persona nacida de conformidad con las leyes biológicas.

245 Código Civil, art.78°.

246 Ibidem , art. 79°.

247 Artículo 14°.- Nombramientos, poderes e inscripciones.- *“ El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes. Estos actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso. Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar. El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto”*.

anónimas<sup>248</sup> y al artículo 193°, si se designa gerente<sup>249</sup> o liquidador<sup>250</sup> a una persona jurídica.

Si la persona jurídica carece de capacidad para actuar materialmente, pues es obvio que es una ficción legal<sup>251</sup>, mal puede cumplir por sí misma con la realización de la empresa, dado que no existe empíricamente. Los actos, cuya autoría le es ficcionalmente atribuida, ser siempre realizados por un ser humano, única persona jurídica, como lo afirmó Kelsen<sup>252</sup>, valiéndose de la *representación*<sup>253</sup>, que debe establecerse tanto en el pacto social como en el estatuto de la sociedad<sup>254</sup>. Mediante esta humana expresión de voluntad, la única persona jurídica, el ser humano, decide libremente otorgar determinadas capacidades a los órganos del *corpus* que crea facultado por la ley, expresión suprema del Estado que la admite y sanciona. Así la *persona jurídica* que nosotros bien conocemos, resulta el *corpus juridicus*, la “*corporación*”<sup>255</sup>, que actúa mediante órganos con funciones y poderes determinados que están conformadas y delegados, respectivamente, a personas naturales quienes conservan la responsabilidad de los actos que realicen usando las capacidades que les son otorgadas, frente a su entorno, incluido el Estado que sancionó la conformación y

<sup>248</sup> Ley 26887, art. 160°.- Calidad de accionista y persona natural.- “No se requiere ser accionista para ser director, a menos que el estatuto disponga lo contrario. El cargo de director recae sólo en personas naturales”.

<sup>249</sup> Ibidem, art. 193°.- Designación de una persona jurídica.- “Cuando se designe gerente a una persona jurídica ésta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a ésta”.

<sup>250</sup> Ib., art.414°.- Liquidadores.- (...)” Los liquidadores pueden ser personas naturales o jurídicas. En este último caso, ésta debe nombrar a la persona natural que la representará (...)”

<sup>251</sup> Ihering, por su parte, pensaba que los verdaderos sujetos de derechos de una persona jurídica son sus miembros, puesto que ellos son los beneficiarios y destinatarios de la utilidad que el patrimonio puede rendir. La persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos.

<sup>252</sup> Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre,(Teoría Pura del Derecho), (2ª ed., Verlag Franz Deutche, Leipzig y Viena, 1960, reimpr.1967) #33 pg.178: “ (...) ist die sogennante physische Person eine juristische Person”, (... “es la llamada persona física una persona jurídica”)citado por Oslé, Rafael Domingo, en ¿Qué es el Derecho Global?, 3ª edición, Universidad de Lima, Fondo Editorial, Lima, 2009, p.185. (Ver nota al pie # 88, p.29)

<sup>253</sup> Código Civil, arts.145° a 167°.

<sup>254</sup> Ley N° 26887, art. 12°.- Alcances de la representación.- “La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social. Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles. La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción”.

<sup>255</sup> Ut supra, n.a p., #88, p.29

la delegación, pues sólo el ser humano es responsable ante la sociedad civil<sup>256</sup>, económica y penalmente<sup>257</sup>.

No puede dejar de ser citado el maestro Uría que realiza una síntesis muy clara de nuestra afirmación del empresario, persona natural o jurídica, como único sujeto activo del Derecho Económico Privado cuando define jurídicamente a la empresa como “*el ejercicio profesional de una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios*”<sup>258</sup> y al conceptualizar al empresario en función a ella diciendo que “... es obvio que toda empresa necesita un sujeto que organice y ejercite esa actividad. Ese sujeto es el empresario: persona física o jurídica, que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derecho nacidos de esa actividad”<sup>259</sup>.

Finalmente, al resultar pues evidente que el empresario es el sujeto de la actividad empresarial y la empresa, el objeto económico de esa su actividad, se hace manifiesta la íntima complementariedad entre ambos elementos, el jurídico, referido al sujeto, y el económico, el correspondiente al objeto; esta complementariedad es absolutamente recíproca, ya que no puede existir empresario sin empresa, ni empresa sin empresario.

Esa complementariedad recíproca ha de manifestarse en la disciplina jurídica que se oriente específicamente a la regulación de la actividad empresarial: no puede seguir denominándose, como ocurre no sólo en el Perú: *Derecho de la Empresa*, lo cual es un sinsentido, de acuerdo con el análisis precedente, sino *Derecho Empresarial*<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> Código Civil, art. 148. Responsabilidad solidaria de los representantes.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

<sup>257</sup> Código Penal, arts.198 y 199

<sup>258</sup> Uría, Rodrigo, Derecho Mercantil, M.Pons, Madrid, 1987, p.34

<sup>259</sup> Ibidem, p. 35

<sup>260</sup> Entre nosotros, muy recientemente, aunque sin concretarse legislativamente, deben mencionarse los conceptos que el brillante Maestro y Magistrado Constitucional Ricardo Beaumont Callirgos propuso en el proyecto de ley que tituló “Ley Marco del Empresariado” que se incluye como Anexo N°..... En el artículo I del respectivo Título Preliminar se lee: “*La presente ley constituye la ley marco para toda la actividad empresarial en el Perú y para todo aquello que se relacione con ella o que coadyuve a su consolidación y desarrollo. Ninguna legislación especial relativa a la actividad empresarial contradice sus preceptos*”. Luego, en el artículo 1º del título Disposiciones Generales, define específicamente a la empresa: “*Empresa es la organización económica dedicada a la producción, transformación o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, socialmente responsable, es decir, que su objetivo y acción no se circunscriben sólo a los términos económicos, sino que involucra a la sociedad, su comunidad y su propio entorno. Puede ser organizada por persona natural o jurídica y, en determinadas circunstancias, según la presente ley, realizada y dirigida también, por cónyuges empresarios, uniones de hecho, sucesiones indivisas, sociedades irregulares y contratos asociativos*”. En esas definiciones, como en todo el texto del Proyecto, se lee y entiende a la empresa objetivamente y al empresario como el correspondiente sujeto.



Y ¿qué hacer con la legislación positiva que subjetiva a la empresa, como la ya citada Ley N°26702, Ley General del Sistema Financiero, de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP<sup>261</sup>?

Finalmente, ¿cómo actúa ese empresario, individual o jurídico, usando debidamente sus capacidades delegadas de acuerdo con los conocimientos, experiencias y habilidades que le son propias para la concreción exitosa de la empresa en el entorno pre-establecido o *mercado*? ¿De qué instrumento se vale?

---

<sup>261</sup> Ver pag.70, nota al pie # 219.

## **5.- EL CONTRATO, INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA COMPLEMENTARIEDAD ONTOLÓGICA Y RECÍPROCA EXISTENTE ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.**

Se ha tratado de los sujetos del Derecho Económico, con mucha mayor atención al Privado que al Público, sin que esto signifique negligencia, sino contrariamente, determinación por razones de especialidad del autor, orientado hacia las relaciones empresariales durante la mayor parte de su ya no muy corta vida. Corresponde metódicamente ahora que nos avoquemos a estudiar el instrumento jurídico del que se valen esos sujetos del Derecho Económico Privado, los empresarios, para concretar la realización de la empresa, mediante la generación de las obligaciones recíprocas, continuas e incrementales vinculantes de los diversos agentes de la oferta y la demanda en el mercado. El instrumento para lograr ese fin netamente económico es el acto jurídico bilateral denominado “*contrato*”, en todos los sistemas políticos y económicos del mundo y desde muchos siglos atrás. Más ampliamente, sin duda, es el instrumento que concreta la complementariedad ontológica y recíproca entre el Derecho y la Economía que constituye nuestra tesis central.

**5.1.- Concepto de Contrato.-** Puede parecer poco útil tratar de formularlo a estas alturas de la evolución del Derecho: hay tanta y tan valiosa bibliografía nacional y extranjera que define este instrumento creador de obligaciones que pareciera que todo está dicho, escrito y analizado al respecto; sin embargo, me atrevo a afirmar que en el sentido de considerarlo un instrumento de la economía, no hay mucho escrito, ni dicho. Además, la bibliografía, parece estar de acuerdo en una etimología del término que

contraría o desdice esa esencia instrumental del contrato. Me parece importante y útil para los fines de este trabajo fundamentar ambas osadas objeciones a las respetabilísimas fuentes doctrinarias aludidas, empezando por los aspectos etimológicos, por remontarse a la génesis de la palabra, para luego tratar de su instrumental importancia económica.

**5.1.1. Análisis etimológico del término “contrato”.-** Las palabras castellanas, como las de la mayoría de los idiomas romances, resultan de las diversas lenguas de los múltiples grupos humanos que, además de los romanos, pasaron por el territorio español de Castilla a lo largo de más de treinta siglos<sup>262</sup>. Celtas, fenicios, romanos, en la antigüedad, visigodos en la temprana Edad Media y, más recientemente, los árabes dejaron su firme huella antropológica, es decir, no sólo en lo étnico sino en la cultura de la Iberia, una de cuyas manifestaciones más importantes es el castellano, hoy la lengua oficial de España, que se determinó trascendente en la Península desde el accionar de los Reyes Católicos, doña Isabel de Castilla<sup>263</sup> y su cónyuge, el aragonés don Fernando<sup>264</sup> en el siglo XV. Ellos participaron activamente no sólo en la unificadora consolidación política de sus reinos, sino también en su definición cultural que se haría definitiva con los Maestros de la Literatura en Edad de

---

<sup>262</sup> Apiano de Alejandría, Historia de Roma, Sobre Iberia. Los pobladores de Iberia antes de la conquista romana. "2.- No es mi propósito, ya que sólo escribo una historia de Roma, preocuparme con detalle de qué pueblos se piensa que fueron sus primeros pobladores y quienes la poseyeron después de éstos. Sin embargo, me parece que en algún momento los celtas, después de atravesar el Pirineo, la habitaron fusionándose con los nativos, lo que explica, por tanto, también el nombre de celtíberos. De igual modo, me parece que los fenicios, navegaron con frecuencia hasta Iberia desde época remota por razones de comercio, se asentaron en una parte de ella. Asimismo, los griegos, al llegar hasta Tartesos y su rey Argantonio, también algunos se quedaron en Iberia. Y creo que Tartesos era entonces una ciudad a orillas del mar, la que hoy día se llama Carpesos. El templo de Hércules que se encuentra en el estrecho lo erigieron, según creo, los fenicios. Y todavía en la actualidad se celebran ceremonias religiosas a la manera fenicia y su dios no es el Hércules Tebano, sino el Tírio. Queden, sin embargo, estos asuntos para los que tratan épocas remotas."

[www.imperivm.org/cont/textos/txt/apiano-de-alejandria\\_historia-de-roma.html](http://www.imperivm.org/cont/textos/txt/apiano-de-alejandria_historia-de-roma.html)

<sup>263</sup> Isabel de Castilla, hija de Juan II de Castilla y de su segunda mujer, Isabel de Portugal (1428-1496), nació en Madrigal de las Altas Torres (Ávila) el 22 de abril, Jueves Santo, de 1451.

<http://es.wikipedia.org>

<sup>264</sup> Fernando II de Aragón, hijo de Juan II el Grande y de su segunda esposa Juana Enríquez. Fue rey de Aragón entre los años 1479 y 1516. Rey de Castilla entre 1474 y 1504 y también regente de la corona castellana entre 1507 y 1516 debido a la enfermedad de su hija Juana, tras la muerte de Felipe el Hermoso. Rey de Sicilia (1468-1516) y de Nápoles (1504-1516).

Oro, con la gesta cervantina de Don Quijote y el brillo de los autores de los siglos XV y XVI, para luego proyectarse al mundo para llegar a ser la lengua de la mayor parte del continente americano y de otras muchas regiones del planeta<sup>265</sup>. Por todos estos antecedentes, cabe considerar la conveniencia de empezar el estudio del **contrato**, como palabra castellana, con su etimología, es decir, analizando el sentido de su conformación originaria.

Analizar es separar un todo en sus partes integrantes “*para llegar a conocer sus principios y elementos*”<sup>266</sup> y tal se tratará de hacer en este trabajo que, evidentemente, a estas alturas de la historia, sin duda no puede, ni pretende ser el primero. Muchos distinguidos autores parten, tanto en nuestra lengua como en otras, de la etimología para procurar un concepto originario de las instituciones jurídicas de las que han de tratar que, como queda dicho es, en nuestro caso, el **contrato**.

**5.1.2.- El análisis etimológico.-** En general, y especialmente para efectos de este trabajo, debe entenderse que la etimología ha de analizar los componentes lingüísticos originarios de las palabras castellanas. El propio término “*etimología*” resulta de los vocablos griegos “*ετυμος*” que significa “*efectivo, verdadero, cierto...*” y el polisémico “*λόγος*”, cuyo sentido va desde “*palabra*” y “*pensamiento*” o “*idea*” hasta “*tratado*”<sup>267</sup>. Consecuentemente, podría decirse que etimología significa “*idea o pensamiento verdadero o cierto*”, lo cual es concordante con las definiciones respectivas de la Real Academia de la Lengua: “**1. f. Origen de las palabras, razón de**

---

<http://es.wikipedia.org>.

<sup>265</sup> Según el Ranking de Idiomas del Mundo por Hablantes Maternos, publicado el 1 de junio de 2007 por anakipoulos.blogspot.com/2007/06/ranking-de-idiomas-del-mundo-por.html, el “español” es hablado por 322 millones de personas que lo hablan, siendo precedido sólo por el “chino mandarín” con 873 millones y seguido por el “inglés” con 307 millones.

<sup>266</sup> Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, 22ª edición

su existencia, de su significación y de su forma” y 2. f. Especialidad lingüística que estudia el origen de las palabras consideradas en dichos aspectos”.

De lo expresado cabe deducir que el análisis etimológico de cualquier palabra castellana debe tener en cuenta la composición de la palabra analizada para alcanzar su verdadera significación originaria, es decir, las ideas que pudieron haber estado en las mentes de las personas, en el momento en que la conformaron el fonema. Por tanto, la definición que no siga esa descomposición analítica elemental, tendrá un dudoso carácter etimológico que bien podría calificarse como “*pseudoetimológico*”<sup>268</sup>.

**5.1.3.- El análisis gramatical pseudoetimológico.-** Con el mayor respeto y personal aprecio al maestro Diez Picaso, la derivación del término contrato del participio pasivo del verbo latino “*contrahere*”<sup>269</sup>, es decir, de “*contractus, contracta, contractum*”, según califique a un sustantivo masculino, femenino o neutro, es gramatical o, más específicamente, sintáctica<sup>270</sup>. Los participios pasivos en latín, y también en castellano, tienen carácter adjetivo, como fluye de lo anterior; el contrato, a cuyo origen etimológico se refiere el citado maestro, es un sustantivo de la *cuarta declinación latina*; su derivación, en consecuencia, puede ser gramatical pero no etimológica. Nuestro querido y recordado maestro Max Arias Schreiber, talvez influido por el maestro español citado, hizo la misma derivación gramatical, entendiéndola etimológica<sup>271</sup>, Su distinguido amigo y colega, el profesor de la Puente se excusó de “seguir paso a paso esta penosa evolución”, refiriéndose precisamente a la del contrato

---

<sup>267</sup> Pabón de Urbina, José M., Diccionario Español Griego Español”, Barcelona, 1967.

<sup>268</sup> Ibidem, “*Ψεύδο*”: mentira, falsedad, error

<sup>269</sup> Diez Picaso, Derecho Civil Patrimonial, Technos, Madrid, p.3

<sup>270</sup> Real Academia Española, “Parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras para formar las oraciones y expresar conceptos”.

<sup>271</sup> Arias Schreiber Pezat, Max, Exégesis del Código Civil Peruano, T.I, San Jerónimo, Lima, 3ª.Ed., p.17

y se remitió a los trabajos de diversos autores, varios de ellos romanistas, que ya se han referido al tema con suficiente profundidad<sup>272</sup>; sin embargo, resulta que no mencionan el tema etimológico, talvez por considerarlo de poca importancia para analizar el término que nos preocupa, criterio que obviamente, con toda modestia, nos atrevemos a no seguir. Nuestro apreciado amigo y colega Aníbal Torres Vásquez, si bien afirma lo mismo agrega que “*en el Derecho romano clásico la palabra *contrahere* no significó celebrar un contrato*” y desarrolla luego una hipótesis histórica distinta<sup>273</sup>. Como venimos afirmando, es necesario ir a un verdadero análisis etimológico para encontrar, con la máxima certeza posible, el sentido válido del término investigado.

**5.1.4.- El análisis etimológico propuesto.-** A diferencia de los autores citados, se trata de encontrar la composición del sustantivo “contrato”, a partir del término latino que lo originó evidente y directamente: “*contractus*”.

En latín, los sustantivos que son significantes de cosas y animales (“*res et animalia*”), corresponden a la cuarta declinación; en cambio, los de las tres primeras declinaciones son atribuibles únicamente a los seres humanos o personas. “*Contractus*” es “*res*” y, por tanto, un sustantivo de cuarta declinación. Mal podría hacerse esta derivación de un adjetivo que es dependiente del género del sustantivo al que califica.

Establecido lo precedente, cabe encontrar en el término bajo análisis dos elementos gramaticales perfectamente diferenciables: la conjunción “*contra*” y el sustantivo “*actus*”, los cuales unidos van a dar el sentido de “*actuar en contra*” que

---

<sup>272</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, El Contrato en General, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. 1ª.Parte, Tomo I, PUCP, Fondo Editorial, p.30.

<sup>273</sup> Torres Vásquez, Aníbal, Código Civil, 3ª ed., Lima, 1996, p.483

significa que una parte desea algo de otra y así lo propone configurando “*la oferta*”. La otra parte, puede o no aceptar el pedido: en el primer caso se produce la “*aceptación*” y, con ello, el consenso y la reciprocidad entre las partes.

El sentido etimológico del término induce pues, un acto de enfrentamiento recíproco, lo que implica la presencia de dos sujetos uno frente a otro, con relación a un objeto de común interés. Uno de ellos desea algo que el otro tiene y éste puede decidir si accede a cambio de algo que el primero posee: intereses contrapuestos pero intercambiables, vale decir, bilateralidad, consenso y reciprocidad que materializan la oferta y la aceptación, implícitas en la etimología de “*contractus*”, conceptos que, al generar un “*vinculum iuris*” superan el primitivismo de la apropiación violenta y abusiva, del asalto, de la rapiña e, incluso, de la conquista y permitieron la libre circulación de los excedentes en un momento de la historia cuando el recolector se hizo agricultor y el cazador, ganadero o criador; mediante el trueque éste ponía a disposición de quien lo requiriera aquello que iba más allá de la posibilidad de su propio consumo: el contrato visto así configuró, como lo apreció la sapiencia del maestro Carnelutti<sup>274</sup>, el imprescindible instrumento de paz, esencial en la evolución económica de la humanidad<sup>275</sup>.

**5.1.5.- Una comprobación histórica.-** Cabe auxiliarnos históricamente para otorgar adicional sustento a la lógica conclusión precedente. El jurista romano Ulpiano definió el contrato precisamente con los conceptos a los que se ha arribado

---

<sup>274</sup> Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el Derecho*, Monografías Jurídicas, Themis, Bogotá, 1998, p.42

<sup>275</sup> El análisis gramatical que me he permitido hacer se basa en los estudios de Latín que hiciera durante cinco años en el Seminario San Totibio de Mogrovejo de Lima entre los años 1946 y 1951, los que pueden ser acreditados debidamente en los archivos de esa respetable Institución.

etimológicamente al afirmar que “*Contractus est ultro citroque obligatio*”<sup>276</sup>, lo que podría traducirse libremente y en términos actuales, diciendo que “*El contrato genera una obligación recíproca entre la partes*”, y es acorde con la conclusión fluyente del análisis etimológico precedente. Similar afirmación atribuye el distinguido romanista Sandro Schipani a Labeón en el Digesto de Justiniano<sup>277</sup>, al decir que *Actum es generalmente todo acto negocial, incluido en el polinomio res, verbis, litteris, consensu ... Contractum es aquel en el que las obligaciones son recíprocas...que se expresa en la propia duplicidad de nombre de la emptio-venditio y de la locatio – conductio*<sup>278</sup>.

Resulta necesario, sin embargo, hacer notar que en la expresión de Ulpiano se identifica el *contractus* con la *obligatio* al utilizar el verbo “esse: ser” en la tercera persona del modo indicativo verbal “est”, lo cual no corresponde a la opinión de ilustres romanistas que consideran que el *contractus*, por si mismo, no era generador de obligaciones pues para ello, era necesario el cumplimiento de formalidades confirmatorias, como la *stipulatio*, gracias a la cual, escribió Gorla “*cualquier convención o pacto (lícitos) podían ser jurídicamente válidos*”<sup>279</sup>.

No obstante, cabe anotar que esa identificación del contrato con la obligación<sup>280</sup> ha trascendido hasta nuestros días en determinados sistemas jurídicos, tal como lo

<sup>276</sup>Ulpianus, Digestum, 50.16.19. La traducción literal de esta sentencia sería: ” El contrato es una obligación de uno y de otro” o, lo que es lo mismo “el contrato genera una obligación recíproca”. Συναλλάγμα – sinalagma - deriva de sun, σύν: juntos, a la vez, al mismo tiempo que, los partidarios, etc. por asociación, por compañía, etc. (Pabón S. Urbino, op.cit., p.559).

<sup>277</sup>Digesto, 50, 16,19

<sup>278</sup>Schipani, Sandro, Derecho Romano, Codificación y Unificación del Derecho – Instituciones - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1883, pp.89/90

<sup>279</sup>Gorla, Gino, El Contrato, Tomo I, BOSCH, Barcelona Casa Editorial, 1959, p.29.

<sup>280</sup>Ennecerus, Ludwig, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, 2º Edición, BOSCH, Barcelona, 1954, p.142: “*En virtud de un contrato, una relación obligatoria puede constituirse (contrato obligatorio), extinguirse (contrato liberatorio) o modificarse (contrato de modificación), cederse un crédito o asumirse una deuda.*”.



hace el muy importante Código Civil alemán vigente desde el año 1900 hasta nuestros días con las respectivas actualizaciones<sup>281</sup>.

**5.2.- Los elementos del contrato.-** Del acercamiento etimológico practicado cabe deducir que para la existencia del contrato deben haber tantos elementos subjetivos cuantos sean necesarios para configurar la *obligación*<sup>282</sup> y el *derecho* que los vincule, es decir, uno *activo* y otro *pasivo*, que aquí se denominan “*partes*” y son diferenciables de las personas. Esta necesaria *bilateralidad* debe estar orientada a un *objeto* específico y a una *finalidad* determinada, vinculada a la satisfacción recíproca<sup>283</sup> de las necesidades o deseos de los sujetos intervinientes o, en términos económicos más generales, a la *oferta* y a la *demanda*. Objeto y fin serían los elementos objetivos del contrato, constituyendo la forma sólo un accesorio, diferenciándose con ello la actual modalidad contractual de la clásica, como bien lo señalaron los hermanos Mazeaud<sup>284</sup>, desde los albores del siglo XX.

Recientemente, el maestro italiano Vincenzo Ropo (Ed. *Giuffrè, Milano, 2001*) ha propuesto tres *componentes* del contrato, en vez de *elementos*, como los expuestos en el párrafo precedente, al parecer en concordancia con otros maestros italianos contemporáneos (Galgano, Alpa, Rescigno, Ferri y otros, según la bibliografía a que

<sup>281</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (Código Civil, BGB, Libro 2, Derecho de las Obligaciones.

<sup>282</sup> Iustiniani Imperator, Corpus Iuris Civilis, Instituta, Liber III. Titulum XIII, (XIV), “*Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringitur alicuius solvendæ rei, secundum nostræ civitatis iura*” (La obligación es un vínculo de derecho, por el cual uno debe entregar una cosa para satisfacer la necesidad de quien la paga, de acuerdo con las normas jurídicas de nuestra ciudad).

<sup>283</sup> Supra, ref.199. Se denominaban clásicamente *sinagmáticas*, término que, como ha quedado evidenciado, se origina en la palabra griega (συνάλλαγμα) que significa precisamente *reciprocidad*.

<sup>284</sup> Mazeaud, Henry y León; Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones: El Contrato, la promesa unilateral, Parte II, Vol. I .Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960, p.72: “*El sistema formalista contractual en el Derecho Romano cayó en insuficiente por las nuevas necesidades económicas razón por la cual se llegó a establecer un sistema consensual para cubrir estos vacíos pero con aplicación limitada a determinados contratos. Por el contrario nuestra regulación contractual, si bien se basa en el consensualismo, no solo es aplicable a determinados contratos nominados sino que se extiende a los innominados*”

hace referencia). No obstante, parece percibir sinonimia entre ambos términos cuando dice que “*No es un contrato el supuesto de hecho en el que falte uno o mas de estos elementos*”. Estos *elementos* o *componentes* son *el acuerdo, la materia jurídico – económica y voluntad enderezada a un fin*<sup>285</sup>. Al parecer, tanto en el primero, *el acuerdo*, como en el tercero, *la voluntad enderezada a un fin*, la presencia del ser humano es obvia y *la materia jurídico – económica* se identificaría con los elementos objetivos antes planteados, *objeto y fin*, con lo cual se sortearían las diferencias

Se sostiene pues que los elementos subjetivos del contrato han de ser siempre dos, con intereses contrapuestos de *valor*<sup>286</sup> equivalente para constituir sendas *partes* en los dos extremos del vínculo obligacional que ellas generan por sus propias voluntades, acordando satisfacer sus respectivos y complementarios intereses e integrándose en la misma relación jurídico-económica. De esto se colige el indispensable *consenso* entre ellas, las *partes*, sin el cual no se conformará el contrato, ni se generará el vínculo obligacional<sup>287</sup>. Pero, ¿qué se entiende por “*partes*” en el contexto contractual? ¿Porqué no emplear el término “*persona*”, en referencia a los elementos subjetivos del contrato?

En principio, cabe recordar que sólo las “*personas*” pueden ser *sujetos de derecho*, aunque no todos los *sujetos de derecho* han de ser *personas*, como ocurre

<sup>285</sup> Ropo, Vincenzo, El Contrato, Gaceta Jurídica, 1ªed.peruana, Lima, 2009, # 1.2, p.30

<sup>286</sup> Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Heliasta, Bs.As., 1989, T.VIII, p.367: Valor: *“cualidad de una cosa que lleva a pedir por ella o a pedir para cederla, una suma de dinero o algo económicamente apreciable”*. (Este término es plurisémico en todos los idiomas, por ello, se ha preferido usar el significado que le consignó el distinguido jurista argentino Cabanellas en su Diccionario)

<sup>287</sup> Justinianus, ut supra: “#2.- *Sequens divitio in quator species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut ex quasi contractu, aut ex maleficio, ex maleficium. Prius est, ut de iis, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Enim aequae quator sunt species, aut enim recontrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensus*”.(#2.- Se pueden deducir las cuatro especies siguientes (de las obligaciones, según su origen): las que provienen del contrato, del “cuasi contrato”, del delito o del “cuasi delito”. Las principales entre ellas, son la que provienen del contrato, que explicamos. También entre ellas hay cuatro especies: las que provienen de los hechos, las que se contreen oralmente, o por escrito y por consenso”) En el Derecho privado enseñado por las *Instituta* de Justiniano el “*consensus*” fue una también una de las formas de generar las obligaciones, aun cuando no la única.

con la asociación no inscrita en el Registro respectivo, a la que la ley otorga la capacidad de concurrir a juicio en defensa de sus intereses<sup>288</sup>, o sea que las *partes* que actúan en la estructura de las obligaciones como sujetos activos o pasivos, implican necesariamente, existencia de persona o personas; no puede haber, por lo tanto, *parte contractual* u *obligacional* que no esté integrada por una o más personas. Es el caso de la pluralidad de acreedores, parte activa, o de deudores, parte pasiva, o de ambos, que la ley vincula a la solidaridad o a la mancomunidad de intereses<sup>289</sup>. En este mismo sentido, el maestro de la Puente conceptualizó a las *partes* como “*centros de interés*”<sup>290</sup>, económico, cabe agregar, pues sean integradas por una o varias personas, actúan ambas, la activa y la pasiva, con el fin de satisfacer sus correspondientes necesidades, deseos o intereses que son el objeto común de la relación que entablan en uso pleno de su respectivas y libres voluntades, contrapuestas pero complementarias y solidarias, según ya se ha evidenciado, en la forma que consideren ambas más conveniente.

Lo expresado puede reformularse en los siguientes términos elementales:

- a) Debe darse la bilateralidad subjetiva, es decir que necesariamente deben haber dos partes integradas singular o pluralmente por sujetos capaces, personas, actuando una frente a la otra, lo que implica el deseo de cada una

---

<sup>288</sup> Código Civil, art. 124. *Regulación de la asociación de hecho. “El ordenamiento interno y la administración de la asociación que no se haya constituido mediante escritura pública inscrita, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98, en lo que sean pertinentes. Dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces”.*

<sup>289</sup> Código Civil, art. 1185. Pago del deudor en solidaridad activa. *“El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno”.*

Art. 1186. Exigibilidad del acreedor en solidaridad pasiva. *“El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. (...)”.*

<sup>290</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección I del Libro VII del Código Civil, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol.XI, Tomo II, PUCP, Lima, 1991, p.109.*

de las partes sobre lo que la otra tiene o puede hacer y la disposición de satisfacer sus específicas apetencias libre y recíprocamente en la forma que convengan;

- b) Los objetos del dar o del hacer recíprocos deben tener la existencia que corresponda a su naturaleza, sea ésta física, jurídica, abstracta o convencional, además de no estar prohibido su tráfico por la ley; y,
- c) El fin ha de corresponder a la satisfacción de la necesidad o apetencia de cada uno siendo, por lo tanto, económico.

Los elementos del contrato, así sistematizados, se aproximan a la definición del *acto jurídico* establecida en el Código Civil peruano<sup>291</sup>, con algunas salvedades indispensables.

La primera de ellas se refiere a la singularidad del *agente capaz* que establece el Código, pues parece incompatible con la indispensable *bilateralidad* del contrato, antes referida y con su consecuente *reciprocidad*. El problema queda resuelto precisamente al observarse que cada una de las partes realiza sendos actos jurídicos singulares, *oferta*<sup>292</sup> y *aceptación*<sup>293</sup> que no sólo son recíprocamente complementarios,

---

<sup>291</sup> Código Civil, art. 140°: “*El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

1. *Agente capaz.*
2. *Objeto física y jurídicamente posible.*
3. *Fin lícito.*
4. *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.*

<sup>292</sup> *Ibidem*, art.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 este 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.*

sino generadores precisamente de *obligaciones sinalagmáticas*, empleando el ya mencionado y clásico sinónimo griego<sup>294</sup>. Como consecuencia, la convención produce la confluencia voluntaria de esos dos actos jurídicos singulares que da como resultado la concreción de los fines complementarios convencionalmente previstos por las partes.

La segunda salvedad guarda relación, precisamente, con la naturaleza económica de esos fines convencionales y solidarios, pues se trata de la satisfacción de la necesidad de una de las partes mediante la transferencia de un bien o de un servicio que la otra está en aptitud de proporcionar; se trata pues, de un intercambio nítidamente económico referidos a valores monetarios que las partes consideran equivalentes. Sin embargo, este equilibrio, que obedece a la *Teoría Objetiva del Valor*, puede ser considerado ilusorio, de acuerdo con los postulados de la *Escuela Subjetivista del Valor*, polémica entre economistas que necesariamente debe ser aquí esbozada.

**5.3. Breve apunte acerca de las teorías objetiva y subjetiva del valor.-** Ya se han mencionado las dificultades existentes para conceptualizar el *valor*, habiéndose optado por la definición del profesor Cabanellas, en su Diccionario Jurídico<sup>295</sup>. En esa definición se admite que el bien que se entrega o el servicio que se presta es compensado por el bien o el servicio que se recibe, con plena satisfacción de las

---

Art.1382°. Obligatoriedad de la oferta. “*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*”.

<sup>293</sup> Ib., art. 1375°: Oportunidad de la aceptación.” *La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él*”.

<sup>294</sup> El sinalagma (συνάλλαγμα) se da en los cuatro tipos de obligaciones recíprocas de acuerdo con las respectivas prestaciones: *do ut des* (doy para que des); *do ut facias* (te doy para que hagas); *facio ut des* (hago para que me des); y *facio ut facias* (hago para que hagas).

<sup>295</sup> Supra, nota 148, p.40

partes, lo que constituye el *sinalagma jurídico*, basado en el equilibrio aristotélico<sup>296</sup>, presente en el concepto de *justicia* que esbozó *Ulpiano* como base del Derecho Romano, recogido en el *Digesto* por el emperador Justiniano, ya antes citado<sup>297</sup>, principios en los que se basa la doctrina del *justiprecio*<sup>298</sup> que procura informar el Derecho y la justicia contemporánea, no obstante haber sido duramente objetada.

Proviene las objeciones de la *Escuela subjetivista* para la cual el valor expresa la estimación que cada uno hace de las cosas, atribuyéndoles determinado aprecio que no tiene nada que ver con su consistencia objetiva. Un trozo de cartulina, cuyo valor intrínseco suele acercarse a cero, puede llegar a ser defendido con la vida por tener impresa la imagen fotográfica de un ser querido. Por ello, si se recibiera la oferta de un eventual intercambio, sólo cabría aceptarlo, si el valor de lo que se ofrece a cambio supera al de su conservación. Esto significaría la inexistencia de equivalencia objetiva entre el valor de la oferta y la aceptación, echando por tierra la reciprocidad que apreciamos esencial o imposibilitando la transacción.

Cabe apreciar el alto grado de subjetividad del valor del bien, o del servicio, referido, lo que no necesariamente ocurre de modo continuo en el mundo económico actual o, más precisamente, en el *mercado*<sup>299</sup>, en el cual aparecen dos conceptos

<sup>296</sup> Aristoteles, La Política, caps.VIII y IX.

<sup>297</sup> Justiniani, Iuris Enucleati Ex Omni Vetere Iure Collecti Digestorum Seu Pandectarum, liber primus, 1.1.0. De iustitia et iure, 1.1.10. *Ulpianus libro secundo regularum: pr. Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi: 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. 2. (...)*

(Justiniano, Compilación jurídica de todas las normas antiguas del Digesto o de las Pandectas, libro primero, 1.1.0 De la Justicia y del Derecho, 1.1.10 Libro segundo de la reglas de Ulpiano: pr. (Principio general). Justicia es la constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho: 1. Los preceptos de derecho son estos: vivir honestamente, no causar daño a nadie, dar a cada quien lo suyo.

<sup>298</sup> RAE, justiprecio: 1. m. Aprecio o tasación de algo.

<sup>299</sup> El término “mercado” debe ser entendido como el punto o lugar de concurrencia de la oferta y de la demanda a fin de transar en él precios de bienes y servicios, de acuerdo con la doctrina económica actual. Concurren a ese punto personas naturales y jurídicas e instituciones públicas y privadas tanto para ofrecer bienes producidos y servicios disponibles como para demandarlos en función a la satisfacción de sus necesidades. La confluencia de las expectativas de la demanda sobre los valores monetarios esperados por la oferta configuran el “precio de mercado”.

adicionales: la *utilidad*<sup>300</sup> y la *asimetría de la información*<sup>301</sup>. En estas circunstancias mercantiles, que son las cotidianas en la sociedad actual, confluyen tanto los elementos objetivos, materializados en los precios, oportunidades, cantidades y calidades propuestos por la oferta, como los subjetivos, que concretan la preferencia de la demanda en función a los medios económicos e informáticos con que cuentan los consumidores para satisfacer sus necesidades, conformándose así el consenso requerido para conformación de los respectivos contratos y los niveles esperados del *justiprecio*, con lo cual las objeciones a la equivalencia y a la reciprocidad podrían considerarse relativamente mitigadas<sup>302</sup>.

**5.4.- El contrato en el Derecho peruano.-** Aunque es perfectamente sabido que el “*Contrato*” en el Perú está normado en el Libro VII del Código Civil, bajo el título de “*Fuentes de las Obligaciones*”, en dos “*Secciones*”, la primera de las cuales lleva el epígrafe de “*Contratos en General*” y la segunda, el de “*Contratos Nominados*”, nos ha parecido sistemáticamente conveniente reiterarlo.

El primer artículo de la mencionada *Primera Sección del Código* es el 1351° que define el contrato como “*el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”<sup>303</sup>. La observación permite apreciar que esa definición legal repite los términos del artículo 140° del mismo Código que define el

---

<sup>300</sup> RAE, utilidad. (Del lat. *utilitas*, -*ātis*). 1. f. Cualidad de útil. 2. f. Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo. Dicen Samuelson y Nordhouse que en Economía se refiere a la prioridad que los consumidores dan a los bienes que son ofertados en el mercado. Puede entenderse además como el resultado neto de las operaciones de mercado, luego de cubrirse los costos necesarios para realizarlas.

<sup>301</sup> Para Stiglitz, Akerlof y Spencer, quienes recibieron el Premio Nobel en Economía en el 2001 por sus estudios sobre los mercados con relación asimétrica que se da cuando el consumidor no cuenta con la misma información sobre el producto, servicio o activo ofrecido que el ofertante. Resulta la negación del sistema de competencia perfecta y conduce a un fallo de mercado del que emana un resultado económico ineficiente.

<sup>302</sup> El 2 de setiembre de 2010 se promulgó la Ley N°39571, denominada “Código del Consumidor” uno de cuyos objetivos fundamentales consiste en evitar el efecto nocivo de la asimetría en la información a la demanda en el mercado y la influencia de la publicidad en ese contexto..

acto jurídico, variando la pluralidad de partes y la patrimonialidad de la relación jurídica, lo cual permite aseverar que éste, el acto jurídico, es el género del cual el contrato resulta especie, según puede apreciarse claramente en sus respectivos textos que se presentan en paralelo a continuación:

<p>CC. Art.140°.- “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. . Para su validez se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Agente capaz.</li> <li>2. Objeto física y jurídicamente posible.</li> <li>3. Fin lícito.</li> <li>4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad</li> </ol>	<p>CC. Art.1351.- “El contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.</p>
---	--

En el acto jurídico la manifestación de voluntad es singular; en cambio, el contrato, al ser un “*acuerdo*”, implica “*dos o más*” “*agentes capaces*” que son denominados “*partes*”. El *fin*, no el *objeto*, en ambos casos, es el beneficio esperado por las partes de la *relación jurídica lícita* que entablan, estableciendo un vínculo obligacional que no esté prohibido por la ley; regularla, para establecer un acuerdo operativo; modificar una preexistente y genérica, en el *acto* y específicamente “*patrimonial*”, en el *contrato*; y, finalmente, poner término a la relación igualmente preexistente. El *objeto*, que, en el acto jurídico está conformado, en opinión del muy apreciado jurista Fernando Vidal, “*por los bienes, utilidades o intereses sobre que recae la manifestación de voluntad*<sup>304</sup>”, no aparece en la formulación del *contrato*, sino regulado específicamente a partir del artículo N°1402° del Código de manera distinta, al expresar que “*El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones*”. Se mantiene la diferencia de tratamiento legislativo del objeto del contrato en el artículo siguiente, el N°1403°, aunque éste *in fine* aclara el *bien* es el

<sup>303</sup> Cabe anotar la coincidencia entre nuestro artículo 1351° y el 1321° del Codice Civile italiano: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*.”(El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídico patrimonial)

<sup>304</sup> Vidal Ramírez, Fernando, Teoría General del Acto Jurídico, Cultural Cuzco, Lima, 1ªed., 1985, p.113.



*objeto de la obligación*<sup>305</sup>. El mismo Vidal admite tal contradicción, pero aclara que “no puede ser de aplicación a la generalidad de los actos jurídicos, especialmente a los extrapatrimoniales<sup>306</sup>”. El recordado Maestro Max Arias Schneider consideró que no existe tal contradicción entre el género y la especie por cuanto en el contrato el vínculo obligacional que crea es su objeto y no su finalidad, como no lo es tampoco “la prestación en que se traduce<sup>307</sup>”.

Son muy respetables por cierto las opiniones magistrales justificadoras de la inadmisibile e innecesaria contradicción lógica existente entre el genérico acto jurídico del artículo 140º y los artículos 1402º y 1403º del Código Civil que corresponden a su especie económica, el contrato. Resulta inadmisibile lógicamente, por cuanto las características específicas que son propias de una especie no pueden ser contradictorias con las del género, pues ella quedaría anulada; además, resulta innecesaria, por cuanto, semánticamente, *objeto* y *fin* son sinónimos<sup>308</sup>. ¿Para qué crear distinciones legales que sólo han de causar confusión?

Por lo expuesto, resulta evidente que los elementos del acto jurídico debieran coincidir con el sentido semántico de sus términos, con lo que se obviarían objetivamente las contradicciones que se originan en la subjetividad de los legisladores. Consecuentemente, si los numerales dos y tres del artículo 140º de nuestro Código Civil, se unificaran, dada su sinonimia, se reiterarían en el contrato todos sus elementos: es esencial la capacidad de las partes; el objeto hacia el cual se dirige su voluntad debería ser “física y jurídicamente posible”, por cuanto si no lo fuera, físicamente, carecería de sentido la realización del acto y la ilicitud implicaría su imposibilidad jurídica; su forma continuaría siendo decidida por las partes, si la ley no hubiera previsto una cogente para tal acto.

---

<sup>305</sup> Código Civil, artículo 1403º.- “Licitud de la obligación y posibilidad de la prestación. La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.”

<sup>306</sup> Ibidem

<sup>307</sup> Arias Schreiber, Max, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, T.VI, 1985, p.62

<sup>308</sup> RAE : “**objeto** : cosa, elemento, cuerpo, ente, pieza - **finalidad**, propósito, objetivo, **fin**, intención”

**5.4.1.- Plurilateralidad y bilateralidad.-** La *plurilateralidad* significa que el *acuerdo*<sup>309</sup>, puede darse entre dos o más *partes*<sup>310</sup>, lo cual es difícil de sostener en la relación obligacional que tiene como fuente el contrato, ya que en ella sólo puede haber una *parte* acreedora y otra deudora; cada una de las *partes*, no obstante, puede ser integrada por más de una *persona*<sup>311</sup>. Debe entenderse, en consecuencia, que la pluralidad de partes superior de dos, no es posible, lo cual conlleva la necesidad de modificar el artículo 1351º del Código Civil.

Como ya se anotó, no es nuestro Código Civil el único que incurre en esa ilogicidad; más aun: pareciera haberla heredado del art. 1321º *Còdice Civile italiano*<sup>312</sup>, que tanto ha influido en nuestros legisladores, a pesar de las lúcidas observaciones de la doctrina italiana a la incongruencia implícita en el término “*partes contractuales*”<sup>313</sup> del referido Código. Messineo concluye que pueden haber actos de tipo negocial en el que se dé la pluralidad de partes, mas éstos no son *figura contractual* ya que ésta sólo admite su dualidad<sup>314</sup>

Hay diversos modelos contractuales que parecen contradecir lo expresado. Los más citados en este sentido son el “*Contrato a favor de Tercero*”<sup>315</sup>, el *Fideicomiso*<sup>316</sup> y

<sup>309</sup> RAE, acuerdo:(...) 3. m. *Convenio entre dos o más partes.*( ... )

<sup>310</sup> Este es un término absolutamente pluriséptico: la RAE le asigna 26 significados directos diferentes, ninguno de los cuales corresponde al sentido con el cual es usado en el Código Civil peruano; tal vez, octavo se acerque algo a éste: “8. f. *Cada una de las personas que contratan entre sí o que tienen participación o interés en un mismo negocio*”, aunque, como se puede apreciar, considera sinónimos ambos términos, *parte* y *persona*, lo cual no corresponde al de “*centro de interés*” que le da nuestra Ley, diferenciándolo de *persona*, pues cada una de las partes puede estar conformada por el interés singular de una sola persona o plural, por el de muchas. Ver: de la Puente Lavalle, Manuel, *El Contrato en General*, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol XI, 1ªparte, Tomo I, PUCP, Fondo Editorial, 1991, p.74 a 76.

<sup>311</sup> de la Puente Lavalle, Manuel, *El Contrato en General*, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol XI, 1ªparte, Tomo I, PUCP, Fondo Editorial, 1991, p.76: “*Cabe pues alabar al Código civil peruano, en cuanto se refiere al contrato como el acuerdo entre dos o más partes, debiendo entenderse, eso sí, que cada una de estas partes está constituida por una o más personas (en este último caso unidas por un interés común).*”

<sup>312</sup> Supra, p.86, nota # 289.

<sup>313</sup> Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T.I, Eds.Jurídicas Europa - América, Bs.As., pp.76 a 80, # 3 y 4.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p.77.

<sup>315</sup> Código Civil, arts.1457º a 1469º

<sup>316</sup> Ley 26702, Ley General de Instituciones Bancarias, de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones, arts.241º a 274º.

el *Contrato de Tarjeta de Crédito*<sup>317</sup>; sin embargo, su examen permite evidenciar que configuran lo que me permito denominar *complejos contractuales*, es decir, que cada uno de ellos se relaciona con otro u otros contratos entre distintas partes pero siempre bilateralmente y con el mismo objeto y fin.

**5.4.1.1.- El Contrato a favor de Tercero.-** En este contrato una parte, el *promitente*, se obliga, ante el *estipulante* interesado, a “*cumplir una prestación a favor de un tercero*”, *beneficiario*, cuyo derecho es el fin de esa convención bilateral<sup>318</sup>. Empero, para que este *beneficiario* pueda hacerlo valer, debe prestar su consentimiento en sendas *declaraciones* dirigidas a cada uno de los dos contratantes. De acuerdo con el respetable criterio de muchos maestros, esta intervención dispuesta por la ley convierte en una tercera parte al eventual beneficiario<sup>319</sup>; no obstante, la misma ley dispone que su falta de aceptación, no deja sin efecto la obligación entre las partes, sino que el *estipulante* puede, en ese caso reclamar el derecho<sup>320</sup>, confirmándose así la bilateralidad esencial de la relación que, al complicarse con la referida *declaración*, resulta ser un “*complejo contractual*”.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe resaltar que el término “*declaración*” empleado por el legislador por denominar la intervención del beneficiario implica precisamente que éste no es parte del contrato sino que, por voluntad de los únicos que lo son, el estipulante y el promitente, puede llegar a adquirir determinado derecho, si lo consiente mediante ese documento unilateral del cual no emana.

---

<sup>317</sup> Ibidem, arts.241° a 274°

<sup>318</sup> Código Civil, art.1457°.

<sup>319</sup> “ “ , “ 1458°.

<sup>320</sup> “ “ , “ 1460°.

**5.4.1.2.- El Contrato de Fideicomiso.-** *Vætera novaque*: por tratarse de un antiguo contrato del *Jus Civilis*<sup>321</sup> y, por reciente y novedoso en el Derecho Privado peruano, específicamente, en el Derecho Financiero Privado<sup>322</sup>, a diferencia del mundo que lo ha venido usando desde su creación romana, con diversas variantes. Actúan dos partes: el *fideicomitente*, quien dispone de parte de sus bienes para entregarlos al *fiduciario* para que los posea y los administre eficientemente, obteniendo de ellos beneficio económico neto para un tercero que se denomina *fideicomisario*, luego de deducir su *comisión* y devolviéndolos al primero, al vencerse el término preestablecido por las partes que no puede exceder de treinta años de acuerdo con la ley peruana<sup>323</sup>.

La doctrina ha considerado este contrato, en algunos casos, como unilateral, dado que es sólo la voluntad del fideicomitente la que puede originarlo<sup>324</sup> y, en el caso de la ley peruana, otorga al *beneficiario* el derecho de intervenir como *tercera parte*<sup>325</sup>. Con relación a la primera opinión, cabe anotar que el *fideicomitente* actúa como *ofertante* frente al *fiduciario* que puede aceptar o no la oferta, configurándose la

<sup>321</sup> Ulpiano, Regulæ 25.1 Fideicommissum, "... est quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur; nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur reliquentis" (... es lo que no se deja mediante fórmulas civiles, sino rogando; no procede con él el rigor del Derecho Civil, sino la voluntad del dador)

<sup>322</sup> DL.770°, Ley de Instituciones Financieras (1993, derogado): "El fideicomiso es un relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero, llamado fideicomisario"

Ley N°26702, Ley General de Instituciones Bancarias, de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones, art.241°: " El fideicomiso es un relación jurídica por la cual el fideicomitente, transfiere bienes en fideicomiso a otra persona denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto a dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero, denominado fideicomisario".

<sup>323</sup> Ibidem, art.251°.

<sup>324</sup> Stewart Balbuena, Alberto, El Fideicomiso como negocio fiduciario, Grijley, Lima, 1996, cap. II, pp.27 a 85.

<sup>325</sup>Ley 26702, art. 250°.-"Fideicomisario que interviene en el contrato. Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento".

*bilateralidad*, como se ha señalado anteriormente<sup>326</sup>. En cuanto a lo dispuesto por la ley peruana, el tercero interviene sólo para recibir los beneficios y derechos que le son otorgados por acto unilateral del *fideicomitente* sin que se le genere ninguna contraprestación u obligación, lo cual desvirtúa su eventual calidad jurídica de parte. El sujeto pasivo de la disposición del *fideicomitente* es el *fiduciario* que queda obligado a cumplirla, pudiendo el *fideicomisario* accionar contra él, en caso de alteración<sup>327</sup>.

**5.4.1.3.- El Contrato de Tarjeta de Crédito.-** Éste es otro contrato del ámbito financiero en el cual parecen intervenir muchas partes pero en el cual, en verdad, se evidencia la *complejidad contractual*, referida anteriormente<sup>328</sup>. En efecto, para concretar las operaciones crediticias a las que se refiere, es necesario que actúen diversas personas naturales y jurídicas, aunque no simultánea, siempre complementaria y secuencialmente.

1.- La primera es una persona jurídica de derecho privado titular de una *patente*<sup>329</sup> que ampara su propiedad nacional e internacional<sup>330</sup> de un sistema electrónico de uso, operación y control de fondos y créditos mediante tarjetas plásticas que permiten conectar los requerimientos de sus titulares con los bancos y otras entidades receptoras de sus depósitos de efectivo u otorgantes de las líneas de crédito

<sup>326</sup>Supra, #6.2, p.38

<sup>327</sup>Ley 26702, art. 252°.- "La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria". (...) Art.263°.- Los fideicomisarios tienen derecho a exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen o del capital mismo, según se estipule en el instrumento constitutivo y figure en el certificado de participación. La acción puede ejercerla cualquiera de los interesados, por la parte que le corresponda en los beneficios y en pro del interés común. Pueden también, en el caso del primer párrafo del artículo 259°, exigir al fideicomitente que integre en el patrimonio del fideicomiso los bienes que ofreció.

<sup>328</sup> Supra, #6.4.2, p.44

<sup>329</sup> D.L.823, Ley de la Propiedad Industrial, art. 22°.- "Se otorgarán patentes para las invenciones sean de productos o de procedimientos en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial. Se entiende por patente el título por el cual el Estado concede el derecho exclusivo de explotación al titular de una invención dentro del territorio nacional".

<sup>330</sup> Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

individualizadas, lo cual les es ofrecido mediante la suscripción del *Contrato de Licencia de Uso de Propiedad Industrial*.

2.- La persona licenciada, normalmente una *empresa financiera* puede suscribir con sus clientes corporativos *Contratos de Afiliación* a su uso o empleo.

3.- Los clientes corporativos, ahora *Establecimientos Afiliados* pueden a su vez ofrecer el empleo de las correspondientes tarjetas a sus clientes, personas naturales o jurídicas, mediante el respectivo Contrato de Uso; y, finalmente,

4.- Los suscriptores del Contrato de Uso, son ahora *usuarios* de las respectivas tarjetas para el pago de los precios de los respectivos consumos.

Puede observarse que cada uno de los contratos descritos sucintamente, son siempre bilaterales y secuenciales, pues cada uno supone la suscripción del anterior, y complementarios, pues sólo se justifican si se extienden hacia los consumidores exponencialmente, manteniéndose, siempre, en cada uno, su naturaleza sinalagmática, evidenciándose que todos operan sistemáticamente para un fin determinado: el uso cada vez más eficiente del crédito en el ámbito económico<sup>331</sup>.

**5.4.2.- La relación jurídica y la obligación.-** En la ley peruana el fin del contrato es la *relación jurídica* y que su objeto es *la obligación*<sup>332</sup>. Semánticamente, una *relación jurídica* se da entre dos o más personas que, al estar regulada por el derecho, produce consecuencias jurídicas. Reale expresó que se entiende por *relación jurídica* la relación humana o de vida que al ser reconocida e integrada en el supuesto

---

<sup>331</sup> Siempre se trata del manejo de crédito: cuando se procura la disposición de depósitos, el depositante ha otorgado su crédito a la entidad depositaria previamente; en el caso de la utilización de la línea de crédito, la entidad comercial o financiera la ha asignado al cliente usuario.

<sup>332</sup> Supra, #5.4 p.43

de hecho de una o varias normas, produce consecuencias jurídicas<sup>333</sup>. Tal es el caso de las *relaciones familiares*: padres con hijos; tíos y sobrinos; abuelos y nietos; parentescos legales: cuñados, concuñados, abuelos paternos; abuelos maternos; etc. El Derecho establece las *relaciones hereditarias* determinadas por sus niveles o *grados*. También se dan entre los miembros de una misma asociación, sindicato u otras organizaciones. Y en la muy importante *relación real de propiedad*, que hace que el propietario de un bien lo sea *erga omnes*<sup>334</sup>.

Pero, si la *relación* es bilateral, voluntaria, consensual y de contenido económico, deviene en *obligación*, como se ha visto, y de la cual puede inferirse que la *relación jurídica* es el género y la *obligación* su especie económica; por lo tanto, el *contrato* sólo genera relaciones de esta especie, es decir, *obligaciones* entre las partes y no sólo *relaciones* entre ellas, como se ha venido analizando. El legislador peruano prefirió emplear el término genérico; talvez debió haber optado por el específico.

**5.4.3.- Lo económico y lo patrimonial.-** Además, el legislador peruano optó por calificar de “*patrimonial*” el fin de la *relación jurídica* que, como queda dicho, debió ser la *obligación*. Este calificativo deriva obviamente de “*patrimonio*”, término proveniente de “*patrimonium*” que en la Roma clásica se refirió especialmente a la *unidad del padre*<sup>335</sup> que se vinculaba a su capacidad jurídica exclusiva como único “*sui juris*”<sup>336</sup> en las relaciones

<sup>333</sup> Reale, Miguel, Fundamentos del Derecho, Depalma, Buenos Aires, 1972, p.248

<sup>334</sup> Rivera, Julio César, Instituciones del Derecho Civil, Parte General, tomo I., 3era edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 2004, p.301

<sup>335</sup> *Patri*: del padre (Genitivo de *pater*); *μόμος*: uno

<sup>336</sup> Quien actúa “por su propio derecho”. Todos los demás miembros de la familia romana eran calificados de “*alieni juris*”, es decir que sus acciones sólo podían ser válidas si se realizaban de acuerdo a la capacidad “ajena”, es decir, del “*pater*”.

familiares y sociales, de acuerdo con el *Jus Civilis*<sup>337</sup>. Sin embargo, el concepto *patrimonio* se extendió a los bienes de la familia y del Estado hasta llegar a la doctrina francesa que desarrolló el concepto a partir de la interpretación del Código Napoleónico a finales de siglo XIX, considerándolo como un atributo jurídico de toda persona, consistente en el conjunto de sus derechos, o “*activos*”, y obligaciones, “*pasivos*”, valorables pecuniariamente que conforman una universalidad sujeta a su voluntad.<sup>338</sup> Los juristas alemanes<sup>339</sup> propusieron la teoría del “*patrimonio de afectación*”, según la cual no es necesaria la vinculación de los derechos y las obligaciones a una persona, sino su dedicación a un fin determinado, como ocurre con el “*patrimonio separado*” en el *fideicomiso*, al que se hiciera referencia anteriormente<sup>340</sup>.

¿Cabe aplicar esos conceptos para calificar como “patrimonial” al contrato, como lo hace el Código Civil peruano? ¿Acaso no es fin del contrato simplemente satisfacer las necesidades de las partes? De acuerdo con esto, ¿no sería pertinente usar el calificativo “económico” en vez de “patrimonial”? Pareciera que sí, aunque no puede negarse que la satisfacción de necesidades de las partes, implica necesariamente cambio en el estructura de sus activos y pasivos, lo cual sin duda es “patrimonial”; sin embargo, no sería apropiado modificar en el artículo 1351° del Código Civil: “*relación jurídica patrimonial*” por “*relación*

<sup>337</sup> Ulpiano, *libro primo institutionum* 1.6.4 (...) “*Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. (...)*”. ( ... Los padres de familia tienen bajo su poder tanto a los púberes como a los impúberes: igualmente a las madres de familia: los hijos e hijas están bajo su poder)

<sup>338</sup> Aubry, Charles et Rau, Charles-Frédéric, *Théorie du patrimoine*, Cours de Droit Civil Français d'après le méthode de Zachariae, T.6me., 4eme.éd., 1873, # 573 Notion du patrimoine, p. 229: “*Le patrimoine est l'ensemble de biens d'une personne, envisagé formant une universalité de droit ... se déduit directement de celle de la personnalité* “... “*Le patrimoine, considéré comme ensemble de biens, ou de valeur pécuniaires ... Pour déterminer la consistance il faut, de toute nécessité déduire le passif de l'actif...*” p.231 (*El patrimonio es el conjunto de bienes de una persona, destinado a formar una universalidad de derecho ... se deduce directamente de la personalidad ... El patrimonio, es considerado como un conjunto de bienes, o de valores pecuniarios ... Para determinar su consistencia, se hace totalmente necesario deducir el pasivo del activo ...*), Wikipedia, versión pdf.

<sup>339</sup> Se atribuye la referencia a los juristas Brinz, Alois von (1820, Wiler im Algäu, 1897, Munich) y Bekker, Ernst Inmanuel (Heidelberg, 1827- 1916), Wikipedia.

<sup>340</sup> Supra # 6.4.3.2 p.46. El patrimonio del fideicomiso ha sido dispuesto por el fideicomitente, retirándolo de su propio patrimonio, asignándole un fin determinado en beneficio del fideicomisario que no es su titular y que debe ser logrado por el fiduciario que lo posee y administra, manteniéndolo separado de su propia masa patrimonial. Es pues un “*patrimonio autónomo sin titular*”



*jurídica con el fin de cambiar la estructura de sus patrimonios*” pero sí lo sería declarar que su objeto ha de ser necesariamente económico<sup>341</sup>.

**5.4.4.- Definición de Contrato.-** Luego de lo analizado en los párrafos precedentes, ¿cabe insistir en la validez de la definición de contrato del artículo 1351º de nuestro Código Civil?

Evidentemente, parece mejor que “*relación jurídica*”, evidenciar que se trata de una especie bilateral del acto jurídico con lo que se supera la cuestionable posibilidad de una relación habitual con más de dos partes; además, al calificarlo de bilateral, se determina la imposibilidad del contrato unilateral. Asimismo, la característica esencial de esta especie del acto jurídico, se hace mucho más nítida si se le califica de “económico”, en vez de “patrimonial”.

De lo expresado cabría proponer a la Comisión Revisora del Código Civil la simplificación del artículo 1351º de éste, con un texto sustitutorio que definiera al contrato como un “*acto jurídico bilateral cuyo objeto es económico*”, lo cual lo constituiría en el instrumento de la complementariedad esencial entre el Derecho y la Economía que se sostiene en este trabajo.

**5.4.5.- La clasificación de los contratos.-** Nuestro Código Civil regula los “*Contratos Nominados*” en la *Sección Segunda del Libro VII, Fuentes de las Obligaciones*”. Obviamente, si los hay “*nominados*”, han de haberlos “*Innominados*” y,

---

<sup>341</sup> Diez Picazo, Luis Derecho Civil Patrimonial, T.I, Volumen Primero, Tecnos, Madrid, p. 40: “4.-*Justificación de la Introducción al Derecho Civil Patrimonial.- Parece necesario, antes de penetrar en el estudio de las instituciones básicas del Derecho Civil Económico, establecer el concepto y los problemas generales que afectan a esta parte del Derecho Civil*”. El maestro declara sutilmente que debiera usarse el adjetivo “económico”. (Personal y sólo anecdóticamente, el maestro me confió años atrás que había denominado así su libro por cuanto a los abogados, destinatarios como lectores. les era muy grato el uso del adjetivo en referencia).

de hecho, es así: la primera referencia a éstos está en el artículo 1353<sup>342</sup>, al establecer que se han de regir por los principios generales de la contratación de la Primera Parte del Libro VII del Código, al igual que los nominados; luego vuelve a mencionarlos en el artículo 1757<sup>343</sup> al referirse a modalidades de prestación de servicios indeterminados específicamente. Como es obvio, los *nominados* son los que tienen un nombre que les asigna la ley: tienen un *nomen juris*; el respetado maestro de la Puente, consideró esto muy tradicional y originado en el Derecho Romano, “*que no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares con su propio nombre y tutelado por una actio homónima*”<sup>344</sup>. Recuerda que asimismo el Código Civil Francés usa el concepto en su artículo 1107<sup>345</sup>. El Código argentino emplea la misma clasificación<sup>346</sup> y lo hacen muchos otros, incluso el unificado paraguayo indirectamente<sup>347</sup>; no así el brasileño de 2002 que ha preferido usar la calificación de “*atípicos*” y someterlos a las normas generales de los contratos<sup>348</sup>, coincidiendo con Spota quien consideró que la tipicidad o atipicidad contractual es la clasificación que debiera usarse, titulando el texto de este párrafo “*# 8 Contratos Nominados (o Tipicos) e Innominados (o Atípicos)*”<sup>349</sup>.

---

<sup>342</sup> C.C., artículo 1353°.- Ámbito de aplicación de las normas generales sobre contratación. *Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.*

<sup>343</sup> Ibidem, artículo 1757°.- Contratos innominados de prestación de servicios. *Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des.*

<sup>344</sup> De la Puente y Lavalle, El Contrato en General, Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Tomo I, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, p.197.

<sup>345</sup> Code Civil, art.1107°: “*Les contrats, soit qu’ils aient une dénomination propre, soit qu’ils n’en aient pas ...*” (Los contratos, tanto los que tengan una denominación propia, como los que no la tengan ... )

<sup>346</sup> CC argentino, art.1143°: “*Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial*”.

<sup>347</sup> CC paraguayo, art.670°: “*Las reglas de este título son aplicables a todos los contratos. Los innominados se regirán por las disposiciones relativas a los nominados con los que tengan más analogía*”.

<sup>348</sup> CC Brasileiro, art. 425.° “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”. (Es lícito que las partes estipulen contratos atípicos, observando las normas generales fijadas en este Código)

<sup>349</sup> Spota, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Vol.I, Depalma, Buenos Aires, p.198.

En verdad, pareciera que esa difícil discusión no es conducente a una clasificación de los contratos de acuerdo con naturaleza económica, lo que parece más idóneo que evidenciar si se conforma a una denominación o a un tipo legal. En principio que hay cierta inutilidad en ambas calificaciones, pues las partes pueden denominar a su contrato libremente, lo cual parece necesario, habida cuenta que el ingenio humano crea nuevas relaciones contractuales constantemente de acuerdo con la evolución del mundo económico. El querido profesor Max Arias Schreiber creó o admitió el término “contratos modernos” para caracterizar ese incesante fenómeno: *“El surgimiento de los nuevos contratos es una viva expresión de la autonomía de la voluntad y su poder creador. Pero los contratos modernos no sólo son producto del liberalismo jurídico, del que la autonomía de la voluntad es una expresión; son también como se ha anotado, producto del dinamismo de la economía que exige un sistema de transacciones, léase un sistema contractual, acorde con la celeridad y seguridad que reclaman los negocios de nuestros días”*, continuando luego a detallar esa influencia en los trece contratos a los que dedica la obra referenciada<sup>350</sup>.

En esa misma línea de pensamiento cabe derivar de nuestra propia investigación una clasificación congruente con los elementos secuenciales de la Economía de Say ya analizados<sup>351</sup>, si se consideraran los *Contratos* como *vinculados a la Producción, a la Distribución y al Consumo*, adicionándose los ya mencionados *Contratos de Prestación de Servicios*<sup>352</sup> que están a disposición

---

<sup>350</sup> Arias Schreiber, Max, *Contratos Modernos*, Gaceta Jurídica, 1ª.Ed., Lima, Marzo, 1999, Presentación, pp.7 a 10.

<sup>351</sup> *Supra* # 2.3.1, n.p.p.# 111

<sup>352</sup> CC., PRESTACIÓN DE SERVICIOS - CAPÍTULO PRIMERO -DISPOSICIONES GENERALES

complementaria de los tres tipos contractuales elementales. La clasificación propuesta permitirá ubicar las modalidades contractuales libremente, de conformidad con la autonomía de la voluntad de las partes<sup>353</sup> y sus necesidades técnicas sin la necesidad de declarar modelo alguno como supletorio de ella, como ocurre con la clasificación actual<sup>354</sup>.

---

Artículo 1755°.- Definición. “*Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente.*”

Artículo 1756°.- Modalidades. “*Son modalidades de la prestación de servicios nominados:*

- a. La locación de servicios.*
- b. El contrato de obra.*
- c. El mandato.*
- d. El depósito.*
- e. El secuestro.”*

<sup>353</sup> CC., artículo 1354°.- Libertad contractual.- “*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo*”.

<sup>354</sup> CC., artículo 1356°.- Carácter supletorio de las normas sobre contratación. “*Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas*”.

## **6. EVIDENCIA DEL DERECHO ECONÓMICO COMO ESENCIALMENTE COMPLEMENTARIO ENTRE TODAS LAS RAMAS DEL DERECHO Y LA ECONOMÍA.**

**6.1. Introducción.-** Hasta aquí, al haber utilizado la definición de Economía de Say<sup>355</sup> para tratar sobre la complementariedad de las disciplinas bajo estudio y haberse orientado el análisis hacia la actividad empresarial, se ha soslayado, en primer término y expresamente, la normatividad correspondiente al Derecho Público y, específicamente, al Derecho Constitucional en el cual está el origen del Estado y del Derecho Positivo<sup>356</sup>. No sería pues completa la evidencia de nuestra hipótesis, si dejáramos atisbar lo referente a tan importante rama del Derecho, así como a las referentes a Derecho Público, en especial, al Derecho Penal.

Igualmente, no es posible soslayar ramas del Derecho Privado en apariencia carentes de contenido económico, que cabe analizar para ratificarlo o rectificarlo, amén de orientar la posibilidad de unificar sus ramas más importantes, si así ocurriera.

**6.2. Las normas de Derecho Económico en el Derecho Constitucional Universal.-** La Constitución es el punto de partida del Estado y del Derecho<sup>357</sup>, por tanto, lo es de la normatividad jurídica, entendida como el Derecho Positivo que regula la vida social y que corresponde ontológicamente a la actividad normativa del Estado,

---

<sup>355</sup> Supra, # 2.3.1

<sup>356</sup> “ “ 3.3.

<sup>357</sup> Kelsen, Hans, op.cit.# 2.2, p.23

como su elemento objetivo y metodológico<sup>358</sup>. Siendo así, resulta evidente que una actividad social tan importante como la económica, orientada al bienestar de todos y cada uno de los seres humanos que se encuentran sometidos a determinada soberanía estatal, debe estar, por lo menos, esbozada por el articulado constitucional.

Sin embargo, es indispensable observar que el término “Constitución”, puede ser hoy entendido formal y objetivamente, es decir, como la hace el ya citado Kelsen, lo que me parece que no corresponde históricamente a su sentido esencial, pues es verificable que existen y han existido estados que carecen y han carecido de norma constitucional escrita. Por esto, siguiendo a Bidart, *“decimos que la constitución de un estado es la que real verdadera y efectivamente lo ordena, lo hace ser y existir tal cual es, lo compone y lo estructura”*, pudiendo expresarse por escrito *“cuando está codificada y sistematizada unitariamente en un texto”* o no, en cuyo caso se estará frente a *“una constitución dispersa o no-escrita”*<sup>359</sup>. Por ello, objetivamente, me permito entender como “constitución” a la imposición o el acuerdo, expresos o tácitos, entre diversas naciones o grupos étnicos que unifica sus autonomías a fin de crear un cuerpo normativo político común que los gobierne (hacia un *“deber ser real”*<sup>360</sup>) y los identifique unitariamente, frente a los demás grupos sociales.

En el sentido precedente bien puede considerarse como una norma constitucional el Código de Hammurabi, pues éste en su preámbulo expresa que el Príncipe Hammurabi fue llamado por los dioses para que dictara sus normas a fin de *“dar la reglas de rectitud en la tierra, para destruir la debilidad y a los malhechores; a*

---

<sup>358</sup> Supra 2.2.4

<sup>359</sup> Bidart Campos, Germán J., Filosofía del Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, p.71.

<sup>360</sup> Ibidem, p.74.

*fin de que el fuerte no abuse del débil, ni el rico del pobre; ...*<sup>361</sup>. En 1891 se publicó en Londres un pergamino que contenía una obra hasta entonces desconocida de Aristóteles que se denomina “*Politeia*” (πολιτεια), palabra que significa “*constitución de un estado*”, entre otras acepciones<sup>362</sup>, por lo que se le difundió como “La Constitución de Atenas”, según Ghirardi, por cuanto el mismo Estagirita, utilizó para referirse, en una primera parte a la organización política de Atenas, desde Dracón o la fundación de la Monarquía en el siglo IV aC, hasta sus días, y en una segunda, a las normas constitucionales, o políticas, que le son contemporáneas<sup>363</sup>.

En Roma, el término latino “*constitutio*”, desde el período de los Reyes, significó la expresión de la “*voluntad del príncipe*”, como lo expresa la primitiva *Ley de las XII Tablas*<sup>364</sup>; más tarde, la decisión del *Imperator*, al decir de Gayo, citado por Petit<sup>365</sup>.

En todo caso, el término “*constitución*” parece significar, a lo largo de la historia antigua, una ley fundamental, esencial en la conformación política de una sociedad determinada. Este concepto puede aplicarse a la “*Magna Charta*” a cuya suscripción fue obligado Juan, de la estirpe Plantagenet, que deviene rey de Inglaterra a la muerte de su hermano mayor Ricardo I. Fue llamado “Juan sin Tierra”, por carecer de herencia paterna al ser el menor de los cinco hijos varones del rey Enrique II de

---

<sup>361</sup> Anexo N°1, ver nota # 5

<sup>362</sup> Pabón S. de Urbin, José M, op.cit. nota # 38, p.# 488.

<sup>363</sup> Ghirardi, Olsen A., La Constitución de los Atenienses, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, p.1 (www.acader.unc..der.ar). (Talvez debiera traducirse textualmente el título de la referida obra citada de Aristóteles como “normas de la ciudad” pues por demás es sabido que “πολις” – polis – se traduce como “ciudad”)

<sup>364</sup> Cabanellas, Guillermo, Repertorio Jurídico, Heliasta, Bs.As.: “*Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permitimus*”: no está permitido a nadie ignorar ni simular desconocer las constituciones de los príncipes, (Lib.I, Tit.XVIII, Ley XII), # 22, p.12.

<sup>365</sup> Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Albatros, Bs.As., 1980:”*Constitutio principis est quod imperator decretat... per legem imperium accipiat*” (Téngase por ley del imperio lo que emperador ha decretado por constitución del príncipe), p.67, #41.

Inglaterra. Para recuperarla, tras la muerte de su hermano, debió enfrentar duras y costosas batallas en territorios continentales que hoy son franceses. Para financiar esas campañas, recurrió a la imposición de tributos a sus disgustados súbditos, los barones ingleses, quienes finalmente le impusieron la aceptación bajo juramento de normas referidas a sus derechos específica y preferencialmente económicos, estableciendo el principio de que nadie, ni siquiera el rey, podría incumplirlas. La *Magna Charta* fue suscrita y sellada por el rey Juan, el 15 de junio de 1215, a las afueras de Londres ante los barones ingleses<sup>366</sup>. Ese documento es considerado el origen de la monarquía constitucional inglesa y acompaña este trabajo como Anexo N°3 por evidenciar históricamente la complementariedad esencial entre lo económico y lo jurídico, como se viene sosteniendo<sup>367</sup>.

El 17 de setiembre de 1787, “*El Pueblo de los Estados Unidos ...*” estableció la “*Constitución de los Estados Unidos de América*” (Anexo 4) que resulta históricamente el primer instrumento positivo configurante de un Estado convencional moderno. Desde su introducción declara como uno de sus fines esenciales “*promover el Bienestar general*”<sup>368</sup>, debiéndose recordar que teleológicamente, el objetivo específico de la Economía es precisamente el “*Bienestar*”, conforme ha sido evidenciado antes<sup>369</sup>, siendo ontológicamente la complementación de la “*Justicia*”, fin axiológico del

---

<sup>366</sup> Oxford University Press, *The Oxford History of Britain*, edited by Kenneth O. Morgan, 1988, pp.146 a 151.

<sup>367</sup> Ver Anexo N°3, La Magna Charta.

<sup>368</sup> “*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, **promote the general Welfare**, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*” (“Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos, en orden a formar una más perfecta Unión, establecer Justicia, asegurar la Tranquilidad doméstica, proveyer la defense común, **promover el Bienestar general**, asegurarnos las Bendiciones de la Libertad a nosotros mismos y a nuestra Posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América) (Traducción y resaltado nuestros).

<sup>369</sup> Supra # 232.



Derecho<sup>370</sup>. Ya en cuerpo de la Constitución, la Sección 8 está dedicada al Derecho Económico Público, otorgando al Senado la capacidad de crear y cobrar tributos uniformemente en todos los Estados de la Unión, pagar la deuda pública y proveer la Defensa y el Bienestar general; los cuatro párrafos siguientes se refieren a la facultad de contraer deudas por los Estados Unidos, la de regular el comercio exterior, la de acuñar moneda y establecer los tipos de cambio con las monedas extranjeras, temas todos normativos de los aspectos más importantes de la macroeconomía<sup>371</sup>.

Cronológicamente inmediata es la *Constitución Francesa de 1791*, que se adjunta a este trabajo en su texto original en francés como Anexo N°5, y que incluye como *Preámbulo* la *Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen* (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) de 1789, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente formada por los Estados Generales, durante la Revolución Francesa. Sin duda, se inspira en la Declaración de Independencia (1776) y en la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) que se ha revisado anteriormente. Para nuestros fines específicos, son aplicables los artículos XIII y XIV de la *Declaration*<sup>372</sup>,

---

<sup>370</sup> “ # 3.1, Cuadro # 1.

<sup>371</sup> “*Section. 8. The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; To borrow Money on the credit of the United States; To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes; To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures; (... )To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States; (... )*” (El Congreso tendrá el poder de crear y cobrar impuestos generales, derechos e impuestos especiales, para pagar las deudas y proveer la defensa común y el bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los impuestos generales, derechos e impuestos especiales deberán aplicarse uniformemente en los Estados Unidos; para tomar préstamos a cargo del crédito de los Estados Unidos; para regular el comercio exterior, y entre los diversos Estados y con las tribus indias; para acuñar moneda, regular su valor de cambio con las monedas extranjeras y fijar el sistema de pesos y medidas; (... ); para establecer el castigo para la alteración de valor de los valores y de la moneda corriente de los <estados Unidos; (...)(Textos traducidos libremente por el autor del inglés originario al español)

<sup>372</sup> Anexo 5.- *Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen, Article XIII: Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également*

referido, el primero, a la contribución equitativa de todos los ciudadanos para subvenir a la fuerza y a la administración públicas y el segundo al derecho de todo ciudadano, por si mismo o a través de sus representantes, a la constatación de la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de verificar su empleo y de determinar su monto, su base imponible, su percepción y período de vigencia. De la *Constitution*, debe ser de nuestra especial interés el *Titre V, "Des contributions publiques"*<sup>373</sup>, todo ello vinculado al Derecho Económico Público.

En lo que respecta al interés económico privado, cabe referirse al artículo XVII y último de la Declaración en el cual se declara que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, agregando la garantía estatal respectiva en el sentido que nadie puede ser privado de ella salvo necesidad pública debidamente comprobada que ha de motivar una previa y justa indemnización<sup>374</sup>.

**6.2.1. La incidencia de la Economía en las Constituciones Políticas peruanas del siglo XX.-** Como se sabe, nuestro País es prolífico en textos constitucionales: desde el Reglamento Provisorio del Libertador San Martín, en Huaura,

---

*répartie entre tous les Citoyens, en raison de leurs facultés.* (Siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los demás gastos de la administración, es indispensable una contribución común. Ésta debe ser distribuida equitativamente entre todos los Ciudadanos, de acuerdo con sus posibilidades.)

**Article XIV:** *Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* (Todos los ciudadanos tienen el derecho, ya por sí mismos o a través de sus representantes, a consentir libremente para determinar la necesidad de las contribuciones públicas, su monto, su base imponible, su percepción y vigencia)

(Textos traducidos libremente por el autor del francés originario al español)

<sup>373</sup> Anexo 5.- *Constitution Francaise du 1791, Titre V - Des contributions publiques*

<sup>374</sup> *Ibidem, Article XVII: La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* (La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadio puede ser privado de ella, sino por necesidad pública, legalmente comprobada y bajo la condición de una justa y anticipada indemnización) (Textos traducidos libremente por el autor del francés originario al español)

febrero de 1821<sup>375</sup>, que marca la eclosión del Estado Peruano soberano, antes integrante de la soberanía española, hasta el último, aprobado mediante referendo en 1993, la personalidad jurídica del Perú ha sido diseñada por dieciséis textos, emanados de sendas asambleas constituyentes.

En la mayoría de esos textos se encuentran disposiciones de naturaleza económica; no obstante, concentraremos nuestra atención sólo en los cuatro promulgados en el siglo XX, vale decir, el de la Constitución de 1920, la de 1933, la de 1979 y el de la vigente desde 1993, cubriendo así, formalmente, las cuatro quintas partes de la historia peruana del siglo XX. Durante su vigencia estas Constituciones, fueron objeto de modificaciones resultantes de la coyuntura política respectiva e, incluso, sufrieron suspensión de facto, siendo sustituidas durante el período de la suspensión, por normas originadas en la fuerza, antes de ser derogadas formalmente; no obstante, el Estado peruano subsistió como tal, siendo históricamente verificable que las normas impuestas *de facto*, han incidido en la normatividad constitucional posterior a ellas.

En este sentido, cabe mencionar que la Constitución de 1920 fue modificada para permitir la “reelección indefinida”<sup>376</sup> del presidente Leguía, lo que ocurrió en 1926<sup>377</sup> y en 1929<sup>378</sup>, provocando la cruenta interrupción de su régimen y la instauración de un gran desorden que, tras breves regímenes transitorios, culmina en una Junta de Gobierno, presidida por el jurista David Samanez Ocampo, la cual

---

<sup>375</sup> El querido maestro sanmarquino, don Vicente Ugarte del Pino, ha sostenido que la primera constitución peruana es la sancionada en 1812 por la Cortes de Cádiz que se denomina “Constitución Política de la Monarquía Española”, no sólo por cuanto fue votada por diputados peruanos y se le juró fidelidad en todos los pueblos del Perú, comprendido dentro del “Territorio de las Españas”, de acuerdo con su artículo 10º sino además, porque Vicente Morales Duárez, jurista limeño y sanmarquino, fue nombrado presidente de dichas Cortes, aunque falleció súbitamente antes de instalarlas.

<sup>376</sup> Chirinos Soto, Enrique, Historia de la República, Editorial Andina, Lima, 1977, p.439

<sup>377</sup> Art. 113º.- *El Presidente durará en su cargo cinco años, a cuyo término podrá ser reelecto por un período igual de tiempo una sola vez.*

<sup>378</sup> Art. 113º.- *El Presidente durará en su cargo cinco años a cuyo término podrá ser reelecto indeterminadamente.*

nombró una Comisión ad-honorem para que formulara un ante-proyecto constitucional<sup>379</sup>, invitó a la denominada “Misión Kemmerer”<sup>380</sup> como asesora para poner orden en la economía y finanzas nacionales y convocó a un Asamblea Constituyente ante la cual el comandante Sánchez Cerro juró como Presidente Constitucional en diciembre de 1931, para luego, el 29 de marzo de 1933, promulgar una nueva Constitución Política. Un mes más tarde, el 29 de abril, fue asesinado<sup>381</sup>. Asumió el mando supremo el Mariscal Oscar R. Benavides como “un nuevo gobierno de orden y de paz pública”, cuyo mandato, prorrogado por la Constituyente en octubre de 1936, concluyó en julio de 1940 con la elección de Manuel Prado Ugarteche. Cabe acotar que los acontecimientos políticos aquí esbozados, tuvieron causas esencialmente macroeconómicas que afectaron sensiblemente al sector privado y sólo fueron superadas cuando se reordenaron legalmente las instituciones fundamentales.

No obstante su relativamente larga vigencia de más de treinta años, la Constitución de 1933 adoleció de mal sino pues, aunque su abrogación expresa se da en 1979, su vigencia sufrió una larga suspensión desde 1968; además, en 1948 el

<sup>379</sup> Ugarte del Pino, Vicente, Historia de las Constituciones Peruanas, Editorial Andina Lima, 1978, p.530

<sup>380</sup> Banco Central de Reserva del Perú, La Misión Kemmerer en el Perú, Informes y Propuestas, Lima, 1ªed. T.I: “(Edwin Walter) Kemmerer, Ph.D. por la Universidad de Cornell y profesor de la Universidad de Princeton, conocido como el “el médoco monetario internacional”, brindaba asesoría a los gobiernos en forma privada en un contexto en que no existían organismos internacionales para tal función. Previo a su venida al Perú había realizado visitas a cuatro países latinoamericanos asesorándolos en la readopción del patrón oro (abandonado como consecuencia de la Primera Guerra Mundial) y mejorando su valuación como sujetos de crédito en el mercado financiero internacional” p.VII

La Misión presentó once Proyectos de Ley, como *Libros(L)*: L.I, Ley Monetaria (Tomo I); Tomo II: L.II, Banco Central de Reserva; L.III, Ley general de Bancos; L.IV, Ley Orgánica de Presupuesto; L.V, Reorganización del Tesoro Nacional; L.VI, Reorganización de la Contraloría general de la República; L.VII, Crédito Público del Perú; L.VIII, Política Tributaria del Perú; L.IX, Ley de Impuesto a la Renta; L.X, autorizando a los Consejos Provinciales y Distritales para Establecer una Contribución Predial; y L.XII, Ley Orgánica de Aduanas. Los Proyectos de Ley de Kemmerer sustentaron sendos Decretos Leyes que aspiraron a reorganizar la economía y las finanzas nacionales evidenciando nuevamente, la complementariedad recíproca que venimos sosteniendo existe entre el Derecho y la Economía.

general Manuel A. Odría, al frente de una Junta Militar, la viola al desconocer al Gobierno del doctor José Luis Bustamante y Rivero, sucesor de Manuel Prado Ugarteche quien, entre 1939 y 1945, lo fue de Benavides. En 1950, el mismo general Manuel A. Odría, “*baja al llano*”, es decir, deja la Presidencia de la Junta para presentarse como candidato único a la Presidencia del República, en el proceso electoral que la misma Junta Militar convocó y que inexorablemente ganó, en medio de una gran turbulencia<sup>382</sup>.

**6.2.2. Los elementos económicos en la Constitución de 1920.-** Desde sus primeros artículos, trata de regular en veintidós importantes normas, la economía del Estado, bastante desordenada e inquieta en esos momentos. El artículo cuarto fue la primera que ostentó naturaleza económica, con el siguiente texto:

***Artículo 4º: “El Estado tiene por fin mantener la independencia e integridad de la Nación; garantizar la libertad y los derechos de sus habitantes; conservar el orden público y atender al progreso moral e intelectual, material y económico del País.”***

La norma precedente fue evidentemente básica al declarar los fines supremos del Estado y las garantías genéricas esenciales que otorga a los “habitantes”, ciudadanos o no; entre esas garantías aparecen las que tienen naturaleza específicamente económica y de ellas, podría afirmarse que emana el Derecho Económico Público, continuando en las siguientes:

***“Art. 7º.- No pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público. Sólo la ley puede exonerar en todo en parte del pago de los impuestos; pero nunca por razón de las personas.***

---

<sup>381</sup> Basadre, Historia de la República del Perú, Lima, 1998, pág. 3347.

<sup>382</sup> Chirinos Soto, op.cit., pp.498 y ss.

**Art. 8º.- La contribución sobre la renta será progresiva.”**

Los dos artículos precedentes abordan temas específicamente tributarios, estableciéndose, en el primero, el sétimo de esta Carta, el principio de legalidad (“*nullum tributum sine lege*”), aunque puede apreciarse hoy la imprecisión técnica de la denominación “*contribuciones*” a los “*tributos*” a que alude doctrinariamente el principio mencionado. Confirma lo expresado el siguiente artículo al referirse al impuesto “*a la renta*” como “*contribución*” y recuerda la inexorable aplicación de elemento condicionante externo, el “*tiempo*”, a esta norma constitucional, por cuanto la evolución del concepto genérico *tributo* y sus diversas especies, sólo va a iniciarse años más tarde, en 1966, con la dación del *Código Tributario de Principios Generales*<sup>383</sup>, para ser recogidos luego, en la Constitución de 1979.

**“Art. 9º.- La ley determinará las entradas y los gastos de la Nación.**

***De cualquiera cantidad cobrada o invertida contra la ley será responsable el que ordene la exacción o el gasto indebido. También lo será el ejecutor si no prueba su inculpabilidad.***

***La publicación inmediata de los presupuestos y de las cuentas de gastos de los Poderes Públicos y de todas sus secciones y dependencias, es obligatoria bajo responsabilidad de los infractores***

**Art. 10º.- La Constitución garantiza el pago de la deuda pública. Toda obligación del Estado contraída conforme a ley es inviolable.”**

Los dos artículos precedentes son de naturaleza fiscal y fuentes de la Legislación respectiva: el noveno de la legislación presupuestaria, estableciendo la responsabilidad de los respectivos ejecutores; y el décimo, obligacional, referido a la deuda pública tanto interna como externa. Como es obvio, estos artículos configuran la

---

<sup>383</sup> Código Tributario de Principios Generales, (D.S. 263-H del 17-08-1966) “*Título Preliminar, Disposiciones Generales, Norma II: Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende impuestos, contribuciones, tasas, alcabalas, peajes, arbitrios, gabelas, derechos y cualesquiera otros gravámenes, nacionales, regionales, municipales o locales, sea cual fuera su denominación, así como el destino del recurso tributario. Los principios de este Código son aplicables, en lo pertinente a otros ingresos públicos diferentes a los tributos*”.

base del accionar económico y financiero propio del Estado, dentro del ámbito del Derecho Económico Público.

***“Art. 11º.- No podrá crearse moneda fiduciaria de curso forzoso, salvo el caso de guerra nacional. Únicamente el Estado podrá acuñar moneda nacional.”***

Esta norma de naturaleza monetaria, evidencia nuevamente la incidencia condicionante del tiempo en mismo espacio nacional, pues hoy la regla es la contraria: el dinero fiduciario es la única moneda de curso forzoso en la República. La exclusividad del Estado se extiende hoy a la emisión de billetes no convertibles, es decir, a la moneda fiduciaria que esta Carta prohibía. Este texto constitucional permitió tácitamente, la emisión y circulación convencionales de los “Cheques Circulares”, en opinión del doctor Gianfranco Bardilla, eminente historiador del Derecho Bancario nacional<sup>384</sup>.

***“Art. 12º.- Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado sea cual fuese el empleo o función que ejerza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquiera forma del Gobierno, están incluidos en la prohibición.”***

Esta norma de naturaleza evidentemente económica, está referida a la remuneración del trabajo prestado al Estado sea en la forma de sueldo o de cualquier otro “*emolumento*”, estipulando la prohibición de percibir más de uno, sea cual fuere la dependencia de la cual procede. Emplea el término “*Gobierno*”, sin duda, para referirse al Poder Ejecutivo.

Más adelante, dentro del Título referido a Garantías Sociales, está la libertad de asociarse y contratar (Art.37), la inviolabilidad de la propiedad, cualquiera que fueran

sus especies y características (Art.38 a 43), la regulación genérica del Estado en los servicios, su nacionalización previa indemnización (Art.44), la libertad de comercio, industria y trabajo (arts.45 a 48), los tribunales de “Conciliación y Arbitraje”(Art.49)<sup>385</sup>, la prohibición del monopolio y su atribución exclusiva al Estado (Art.50) y la regulación legal del interés máximo para los préstamos de dinero (Art.51), así como las prestaciones de beneficencia y servicios asistenciales y crediticios populares (arts.56 y 57) y la capacidad regulatoria de los precios de bienes de consumo por el Estado(Art.58).

Como se aprecia, hay una evidente sensibilidad social, indubitable influencia de las ideologías socialistas y de la doctrina social de la Iglesia de principios del siglo XX.

Como se acotó anteriormente, esta Constitución tuvo un dramático final con la caída del régimen que la promulgó en 1930, lo que motivó la dación de la siguiente, en 1933<sup>386</sup>.

**6.2.3.- La Constitución de 1933.-** La Constitución que fuera promulgada en 1933, dentro del Título II, en el Capítulo I, “Garantías Nacionales y Sociales”, enunció los principios económicos fundamentales del Estado que entonces procuraba configurar.

De acuerdo con su texto, el rol económico del Estado, consistía en actuar como el pagador de la “deuda nacional” (“**Artículo 11.- El Estado garantiza el pago de la deuda pública contraída conforme a la Constitución y a las leyes.**”) y como el gestor de los “empréstitos nacionales (“**Artículo 15.- Los empréstitos nacionales**

---

<sup>384</sup> Bardella, Gianfranco, Cien Años de Historia Económica del Perú , Banco de Crédito del Perú, Lima, 1989, p.247 y ss.



**deben ser autorizados o aprobados por una ley que fije sus condiciones y señale los objetos en que se han de invertir, que deben ser de carácter reproductivo o relacionados con la defensa nacional.”)** Además, estableció el estatismo exclusivo en la emisión monetaria (**“Artículo 12.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billete es privilegio del Estado, que lo ejerce mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda.”**), que ya venía de la de 1931 con la creación del Banco Central de Reserva, la confirmación del Sol de Oro como unidad metálica sin acuñar y la exclusividad del Estado para emitir billetes circulares no convertibles; la **“supervigilancia”** de las empresas bancarias (**“Artículo 13.- Un departamento especial cuyas funciones determinará la ley, ejercerá en nombre del Estado, la supervigilancia de las empresas bancarias.”**), el mantenimiento de la estabilidad monetaria (**“Artículo 14.- El Estado mantendrá por los medios que estén a su alcance, la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario. Sólo en casos excepcionales, a pedido del Poder Ejecutivo, con el asentamiento de la entidad encargada de la regulación de la moneda y con la del Jefe del Departamento que supervigile las empresas bancarias, el Congreso podrá expedir una ley que establezca provisionalmente la inconvertibilidad del billete bancario.”**), la prohibición de los monopolios (**“Artículo 16.- Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional”**), el sometimiento de las empresas a la ley nacional

385

---

Norma que constituye un antecedente de la Ley N° 27398, de Conciliación prejudicial forzosa promulgada el 29 de octubre de 1997

***“Artículo 17.- Las Compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe***

***constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los Tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”.***), la regulación legal de las libertades de asociación y contratación (***“Artículo 27.- El Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Las condiciones de su ejercicio están regidas por la ley”***); la fijación de la tasa máxima de interés por ley (***“Artículo 28.- La ley establecerá el interés máximo por los préstamos de dinero. Es nulo todo pacto en contrario. Serán penados los que contravengan a este precepto”***); la protección constitucional de la propiedad (***“Artículo 29.- La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”***), señalando sus alcances (***“Artículo 31.- La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.”***), modalidades (***“Artículo 34.- La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad.”***) y limitaciones (***Artículo 35.- La ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y la transferencia de determinada clase de propiedad, sea por su naturaleza, o por su condición, o por su situación en el***

*territorio.”); la garantía estatal de los derechos de autores y compositores (**Artículo 30.- El Estado garantiza y protege los derechos de los autores e inventores. La ley regulará su ejercicio.**), la soberanía estatal sobre “las fuentes naturales de riqueza”, su utilización directa y la posibilidad de concesión a particulares ( **“Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.”**); el uso exclusivo de la moneda nacional para el pago de fletes y pasajes (**“Artículo 39.- Las tarifas de pasajes y de fletes se fijarán y se cobrarán sólo en moneda nacional, sin ninguna excepción”**), la participación del Estado en la renta de las empresas mineras (**“Artículo 41.- El Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley.”**); la regulación estatal del contrato de trabajo (**“Artículo 43.- El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo.”**); la seguridad del trabajo industrial y los salarios mínimos (**“Artículo 46.- El Estado legislará sobre la organización general y las seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.”**); la conservación y difusión de la pequeña y mediana propiedad rural (**“Artículo 47.- El Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, expropiar tierras de dominio privado, especialmente las no explotadas, para subdividirlas o para***

**enajenarlas en las condiciones que fije la ley.”)** y los regímenes previsionales de desocupación, vejez, invalidez, muerte, ahorros, seguros y cooperativas (**Artículo 48.- La ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas.**).

Bajo el Título VIII de esta Constitución, se dispone la creación de **“un Consejo de Economía Nacional, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales”**, encargando a una ley la determinación de su organización y funciones. Esta norma legal nunca se dio.

Todas estas normas constitucionales tienen un marcado sentido económico-social y muestran un Estado que quiere ser un activo interviniente en los más importantes ámbitos de la economía nacional, sin invadir el ámbito de la libre empresa cuyo desarrollo procuró impulsar discretamente.

**6.2.3.1.- El mal sino de la Constitución de 1933.-** Como ya se adelantó introductoriamente<sup>387</sup>, la Constitución de 1933 fue tortuosamente<sup>388</sup> respetada hasta el 3 de octubre de 1968, día en el que el General Juan Velasco Alvarado al frente de la llamada **“Revolución de la Fuerza Armada”**, la desconoce y la sustituye por el **“Estatuto del Gobierno Revolucionario”** que promulga como su Decreto Ley N°1, destituyendo al entonces Presidente de la República, el arquitecto Fernando Belaunde Terry y disolviendo el Congreso.

---

<sup>387</sup> Supra # 6.2.1.

<sup>388</sup> Entre 1948 y 1950, la vigencia de la Constitución fue interrumpida por el golpe militar del General Manuel A. Odría quien convocó a elecciones en las cuales fue candidato único, por lo que permaneció en el gobierno cuasi constitucionalmente hasta 1956, año en que Manuel Prado es elegido por un segundo mandato que concluye en 1962 con la intervención de la Junta de Gobierno que presidió el General Ricardo Pérez Godoy, reemplazado al año siguiente por el General Nicolás Lindley quien convoca a elecciones en 1963, siendo en ellas elegido el arquitecto Fernando Belaunde Terry en 1963.

Juan Velasco Alvarado publicaría luego el denominado “**Plan Inca**”, que contuvo los objetivos que se proponía realizar, sin indicar plazos, ni término alguno. Ambos documentos corren como Anexo N°5. Esos documentos, elaborados por una cúpula intelectual de militares, sustituyeron entre 1968 y 1970 a la Constitución promulgada debidamente en 1933 hasta su abrogación en 1969 por una nueva Carta, elaborada y promulgada por una Asamblea Constituyente convocada por el Gobierno Militar<sup>389</sup>.

Si se admite con el tantas veces citado jurista Hans Kelsen<sup>390</sup>, que sólo la voluntad de los ciudadanos al votar por una Constitución puede ser el origen jurídico del Estado y del Derecho, durante esos casi doce años, en el Perú dejaron de existir uno y otro. Sin embargo, quienes asumieron los poderes del Estado, actuaron en representación del Perú durante ese largo período, interna e internacionalmente, afectando sustancialmente las estructuras jurídicas previas en función de la ideología “*ni capitalista, ni comunista*” que pregonaron y constan en el Estatuto y en el Plan Inca, ya mencionados y con las características nacionalistas, independientes y humanistas que en ellos constan<sup>391</sup>.

La primera acción del Gobierno Revolucionario fue la intervención de la International Petroleum Co., subsidiaria de la Standard Oil Co. de New Jersey, continuando con la “nacionalización” de las instalaciones de la refinería de petróleo que

<sup>389</sup> D.L.21949 de 4 de octubre de 1977.

<sup>390</sup> Kelsen, H., op.cit. # 2.2., Cap.2, # 2 : “*Identidad del Derecho y del Estado*”, p.189.

<sup>391</sup> Plan Inca: “*Será **nacionalista**, por estar inspirada en los altos valores de la patria, en los intereses del pueblo peruano y en nuestra propia realidad; **independiente**, por no estar ligada a ideologías existentes, partidos políticos, o grupos de poder y porque luchará contra toda dependencia; y **humanista**, porque considera la realización plena del hombre dentro de una comunidad solidaria, cuyos valores esenciales e inseparables son la justicia y la libertad*”.

detentaba en los campos de la Brea y Pariñas de la provincia de Talara, departamento de Piura<sup>392</sup>. No hubo el justiprecio que suponía una expropiación por cuanto se trataba así de “cobrar los adeudos acumulados durante años por la IPC”. La Standard Oil Co. solicitó de inmediato al Congreso norteamericano la aplicación de la “*Enmienda Hickenlooper*”, norma vigente en los Estados Unidos desde 1962, para proteger a la inversión privada hecha en países extranjeros<sup>393</sup>, aplicada ya a Cuba y otros países. La discusión sobre los adeudos de la IPC al Tesoro Peruano, permitió a la Embajada deferir su aplicación inmediata.

El 24 de junio del año siguiente se dictó el Decreto Ley 17716, “Ley de Reforma Agraria” y, de inmediato, el 26 de junio, se afectaron lo “*Complejos Industriales de Producción Azucarera*” y se dispuso su valorización con fines de expropiación en favor del Estado y su posterior adjudicación a las “*Cooperativas de Producción*” que habían

---

<sup>392</sup> La International Petroleum Company (IPC), filial de la Standard Oil of New Jersey (USA), ingresó al Perú en 1914 como empresa operadora contratada por la London Petroleum Company, consorcio que se constituyó al final del siglo XIX para extraer petróleo en los campos de La Brea y Pariñas (Talara). A principios del siglo XX, precisamente, gracias a los yacimientos de Talara, el Perú era el primer exportador de América Latina. El ex diputado (1956-62) Alfonso Benavides Correa precisó que el 28 de febrero de 1924 la IPC contrató con los herederos de don William Keswick la adquisición de derechos superficiales de las haciendas “La Brea” y “Pariñas”. El 29 de febrero de 1924, ante el Notario Público de Londres, don John Alfred Donnison, la IPC traspasó de la London Pacific Petroleum los derechos que, como concesionaria, ésta tenía para explotar los yacimientos petrolíferos de las indicadas secciones territoriales del departamento de Piura. Desde que se instala en el país la IPC se niega a pagar el canon de la producción y otros impuestos establecidos por la Ley No 4452, del 2 de enero de 1922, aduciendo que el denominado Laudo Arbitral de París (suscrito en París el 24 de abril de 1922) la exoneraba de esos pagos. Al respecto, Alfonso Benavides Correa subraya que Los yacimientos petrolíferos de “La Brea” y “Pariñas” se encuentran sujetos a la Ley No. 4452 y, en consecuencia, no se hallan regidos por las estipulaciones del pretendido Laudo Arbitral de París que, por haberse limitado a incorporar en su texto el pacto nulo “Acuerdo de Arreglo” o transacción celebrada en Lima el 2 de marzo de 1922 por los plenipotenciarios de los gobiernos del Perú y de Gran Bretaña, sin autorización de los parlamentos de ninguno de los dos países ni ratificación de los mismos, no es laudo, no es sentencia arbitral, no es tratado ni es convenio -nacional ni internacional- que vincule la fe del Estado. Precisamente, en función a esta base legal -y con el objeto de cobrar los adeudos acumulados durante años por la IPC- el gobierno del general Juan Velasco Alvarado dispone la nacionalización de la IPC expropiando el 9 de octubre de 1968 sus instalaciones y complejo industrial, incluyendo la refinería, que pasaron a propiedad de la Empresa Petrolera Fiscal (EPF). Petroperú, a partir de su creación, reemplaza a la EPF en la administración de estos bienes y recursos (la refinería de Talara que fue construida en 1925 por la IPC con una capacidad de 10 mil barriles diarios, bajo la administración de Petroperú ha incrementado su capacidad a 67 mil barriles diarios) (**Benavides Correa, Alfonso. Oro negro del Perú, Lima, 1963**). www.Piura y el siglo XXI

<sup>393</sup> Lillich, Richard B., The Protection of Foreign Investments and the Hickenlooper Amendment, University of Pennsylvania Law Review, vol.112, N°8, jun.1964: “The so called Hickenlooper Amendment added to The Assistance Act de 1962, as a legislative manifestation of the belief that the threat to the suspend foreign aid to countries which expropriate American properties without just compensation is a sound effective method of protecting private foreign investment”. (Traducción personal: La así llamada Enmienda Hickenlooper se agregó a la Ley de Asistencia de 1962, como un manifestación legislativa de la convicción de que la suspensión de la ayuda extranjera a los países que expropiaran las propiedades Americanas sin la justa compensación, parecía ser un método efectivo de proteger las inversiones privadas en el extranjero).

de constituir de inmediato los trabajadores respectivos. Entre los predios agrarios y fábricas de producción de azúcar estaban los de propiedad de Sociedad Paramonga Ltda., ubicada en el valle del río Pativilca, al norte del departamento de Lima, y de Cartavio, S.A. en el valle del río Chicama, provincia de Ascope del Departamento de La Libertad, en la costa norte del Perú. Ambas sociedades anónimas tenían como accionista mayoritario a W.R.Grace & Co., corporación constituida por los hermanos Grace en Nueva York y que fuera fundada a mediados del siglo XIX en el puerto peruano del Callao; posteriormente, a principios del s.XX, se fusionó en Nueva York con otras tres sociedades, cuyos titulares eran también los hermanos Grace: una constituida en Londres, Gran Bretaña; otra en San Francisco, California; y la tercera, en Valparaíso, Chile

La afectación de los Complejos Agroindustriales implicó su valorización para efectos de fijar el justiprecio de la expropiación que el Estado debía pagar por cada uno de ellos. Adicionalmente, se dispuso que esa valorización se hiciera de acuerdo con los libros contables respectivos, representados en los balances que cada sociedad debía presentar, luego de notificada la afectación respectiva<sup>394</sup>.

Las doce sociedades anónimas titulares del dominio de los Complejos, cumplieron con esas disposiciones dentro del término establecido y la Secretaría Ejecutiva de la Reforma Agraria<sup>395</sup> procedió al examen pericial respectivo, no

---

<sup>394</sup> Decreto Supremo N°243-69-AP, Reglamento Especial de Valorización de Otros Bienes y Calificación de Pasivos de Negociaciones en Aplicación del Decreto Ley N°17716: “(...) Art.10°.- Los inventarios de productos terminados y productos en proceso serán verificados físicamente en su totalidad y considerados de acuerdo con su valor en libros, previa comprobación de la consistencia del sistema de costo. (...)”

<sup>395</sup> Decreto Ley N°17732 del 19/7/1969: “Art.1°.- Créase el Comité de Supervigilancia Art.61 Derecreto-Ley 17716” (...); Art.3°.- El Comité contará con una Secretaría Ejecutiva que funcionará en la Dirección General de reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de Agricultura y Pesquería, la que tendrá las funciones que le asigne el Comité” (...)

encontrando problema para determinar los valores de la expropiación, salvo en los de Cartavio y Paramonga, los dos Complejos de propiedad de W.R.Grace & Co. cuyos balances no registraban valor monetario alguno en el rubro contable “*Caña en Campo*” o “*Plantaciones*” que, en los demás casos, representaban uno de los activos más valiosos, si no el de mayor monto. Esto resultaba obvio, habida cuenta que, la caña es la materia prima esencial para la elaboración del azúcar. Realizadas las investigaciones respectivas, se determinó que el Directorio de Grace Perú había considerado el valor monetario total de los sembríos de caña en todas sus etapas: siembra, cultivo y cosecha, como el costo agrícola de la producción del azúcar y no sólo el de lo cosechado y llevado a la fábrica en cada ejercicio económico. No existía, en consecuencia, valor alguno de caña en pie en el activo corriente o inventario de materia prima: todos los muy importantes montos invertidos en los campos de caña de Cartavio y Paramonga cada año, habían sido debitados en las cuentas de resultados de ambas sociedades lo que tuvo, como efecto subsidiario, disminuir las utilidades a obtenerse y a minimizar el monto de los impuestos que las gravaban. La imprevista consecuencia de esta maniobra contable fue que en la valorización de Cartavio y Paramonga, la caña sembrada en más de diez mil hectáreas, resultara sin ningún valor en los libros contables; inexistente, por lo tanto, en los respectivos balances; y que, consecuentemente, el monto de su expropiación fuera nulo. Grace consideró esto absurdo<sup>396</sup>. Grupos de profesionales norteamericanos llegaron a tratar de convencer al

---

<sup>396</sup> No obstante, Price, Watherhouse, Peat & Co., auditores de W.R. Grace & Co. a nivel mundial, dictaminaron con relación a Paramonga que “*Los gastos de sembrío y cultivo de caña se absorben en el valor del azúcar ya que, contablemente, no se asigna valor a las plantaciones en predios propios*”. Los auditores Aquiles Apéstegui & Asociados certificaron, refiriéndose a Cartavio, S.A. que “*Con los listados de IBM de los balance de Saldos de Lima y Hacienda que nos sirvieron de base para la valorización de activos y calificación de Pasivos de Cartavio S.A., Azúcar, al 25 de febrero de 1970, no figura la cuenta Plantaciones en forma expresa*”.



Ministro de Agricultura, el General FAP Jorge Barandiarán Pagador, de subsanar la inexistencia de ese valor mediante una valorización pericial de la caña en pie, físicamente existente; la Secretaría Ejecutiva rebatía esa propuesta por cuanto su valor había sido absorbido por los resultados económicos negativos de los balances y la evidente y cuantiosa elusión del impuesto a las utilidades.

W.R.Grace & Co. consideró la valorización de la caña en cero como una confiscación y se adhirió a la solicitud de Standard Oil Co. ante el Congreso de los Estados Unidos para que se aplicara a la República del Perú la ya referida Enmienda Hickenlooper. Esa adhesión fue comunicada por el Departamento de Estado a la Embajada peruana en Washington, cuyo titular era Fernando Beckemeyer Pazos, quien la transmitió a la Cancillería nacional, ejercida por el General Edgardo Mercado Jarrín; éste lo informó al Ministro de Agricultura, responsable de la Reforma Agraria, el ya mencionado General FAP Jorge Barandiarán Pagador, y lo elevó a la Presidencia de la República. Su titular, el General de División Juan Velazco Alvarado convocó a un Consejo de Ministros para tratar el asunto inmediatamente, disponiéndose que en esa sesión estuvieran presentes el Director General de Reforma Agraria, el Ingeniero Agrónomo Benjamín Samanez Concha y el Asesor Técnico de la Secretaria Ejecutiva de la Reforma Agraria, contador mercantil y, a la sazón, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, quien esto informa, Alberto Stewart Balbuena.

El general Velazco empezó la sesión pidiendo al Canciller Mercado Jarrín que diera cuenta de la comunicación de la Embajada Peruana en Washington. Leídos los documentos respectivos el Presidente pidió opinión al Ministro de Agricultura quien

expresó que el problema que causaba la negativa reacción de Grace, debía ser explicado por el Director General de Reforma Agraria; presente éste, propuso que, dada la naturaleza jurídico contable del problema, la explicación la diera el Asesor Técnico de la Secretaria Ejecutiva de la Reforma Agraria, allí presente, lo cual fue admitido. El Asesor graficó su explicación valiéndose de un papelógrafo, al que se acercó el General Velazco, dejando se asiento presidencial, sin duda, para apreciar mejor la exposición. Cuando ésta concluyó, se hizo un profundo silencio en la Sala del Consejo que fue roto por el Presidente, al exclamar: “*¡Así que los gringuitos nos robaban! ...*”. El Asesor reaccionó para explicar que no se tipificaba el “robo”, ni delito alguno en el accionar contable de Grace, por cuanto la “*elusión tributaria*” realizada no constituía acto ilícito y que si no hubiera mediado la expropiación, no hubiera causado ninguna alarma pero que al darse ella, por aplicación de la ley, se evidenció que ellos ya habían cobrado el valor de la caña por adelantado, al consignar pérdidas en sus balances, evitando pagar el impuesto a la renta. Velazco insistió en llamar a eso “robo” con anuencia del Consejo en pleno y, dirigiéndose al Asesor le dijo enfáticamente apuntándole con el índice a la cara: “*¡Mire, doctorcito, usted descubrió el problema y usted verá cómo lo resuelve ... porque de ninguna manera nos van a aplicar la enmienda ... esa los gringos!*”. Retornó a la cabecera de la mesa y agregó, dirigiéndose muy enérgicamente al Canciller: “*¡Tú verás lo que haces!*” y al Ministro de Agricultura: “*¡Y también usted!*”

El problema se resolvió en efecto en Nueva York, en el piso cuarenta del Edificio Grace en Wall Street, en donde ante el Directorio de W.R.Grace & Co., presidido en ausencia de su presidente Peter Grace quien se encontraba en París y se excusó

cortésmente, por el vicepresidente Logan. El Asesor y el Secretario Ejecutivo mantuvieron la posición originaria sin que los más altos ejecutivos y asesores de la empresa que se consideró afectada, pudieran rebatirla, llegándose en la reunión a un incómodo estado de tensión que parecía insalvable pero que el Presidente distendió al proponer la transacción siguiente que pidió fuera comunicada y recomendada al Gobierno peruano: “*Grace ya no quiere seguir operando en el Perú y propone transferir todas sus propiedades e intereses en el País al Gobierno peruano, previa valorización consensuada*”. Con la sola palabra de aceptación de los dos funcionarios peruanos presentes que, como aclararon, no comprometía al Perú y su compromiso de recomendar la transacción al más alto nivel de decisión del Gobierno peruano, Grace había de retirar su solicitud de aplicación de la Enmienda al Congreso norteamericano de inmediato. Y así se hizo.

Standard Oil Co. se adhirió a los términos de la expectativa de la transacción e igualmente hizo llegar al Congreso su desistimiento. Otras negociaciones norteamericanas afectadas por las medidas de política económica del Gobierno de la Fuerza Armada del Perú, también decidieron compartir la fórmula transaccional propuesta por Grace.

Sin perjuicio de la posible transacción, el Asesor había alcanzado a los abogados contratados por la Cancillería peruano un documento que tituló “*Defensa de la posición peruana en el conflicto con W.R.Grace & Co.*”, informándolos además personalmente, en Washington, en el despacho de Edwin Seeger, el jefe del equipo de letrados, para que ellos, a su vez sustentaran la inaplicabilidad de la Enmienda, ante el Congreso norteamericano, lo que finalmente, fue innecesario.

La transacción propuesta fue bien recibida por el Gobierno peruano y se concretó el 9 de agosto de 1973, mediante la suscripción del Convenio Green-Mercado<sup>397</sup> por el cual Perú pagó 76 millones de dólares mediante un préstamo de la Banca de Nueva York al gobierno de los Estados Unidos, a fin de satisfacer las acreencias probadas de las empresas norteamericanas que se adhirieron a ella<sup>398</sup>.

La narración precedente, talvez demasiado prolongada, ha sido incluida con el ánimo de evidenciar la evidente relación entre el derecho de propiedad empresarial afectado por decisiones de política económica fluyentes del instrumento sustentatorio del accionar de un gobierno de facto y, por tanto, ajeno a la Constitución, lo que de hecho evidencia no sólo el riesgo, además de interno, también internacional, de actuar al margen del Derecho que sólo emana de ella, sino el muy evidente matiz económico de las motivaciones reformistas de las relaciones jurídicas causantes de la suspensión del orden constitucional que bien vale la pena examinar.

**6.2.3.2.- Las reformistas motivaciones económicas del Estatuto Revolucionario de la Fuerza Armada<sup>399</sup> y del Plan Inca<sup>400</sup>.**- Los dos documentos programáticos que se enuncian en el título, se dan secuencialmente:

el Estatuto, como un instrumento justificatorio inmediato, fechado el mismo día del golpe de Estado contra el Presidente Constitucional, el arquitecto Fernando Belaúnde Terry<sup>401</sup>, expresando respeto a *“la Constitución del Estado, Leyes y demás*

---

<sup>397</sup> Chirinos, op.cit.538.

<sup>398</sup> UNMSM, Investigaciones Sociales, Año XI, N° 18, Lima, 2007, pp.455/471

<sup>399</sup> Ver Anexo N°6.1

<sup>400</sup> “ “ “ 6.2.

<sup>401</sup> 3 de octubre de 1968

*disposiciones, en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario*<sup>402</sup> ; y,

el Plan Inca que desarrolló específicamente esos objetivos, según se desprende de su texto, publicado el 28 de julio de 1974, luego de casi seis años de gobierno militar, cuando muchas de sus propuestas ya habían sido ejecutadas.

Por esta causa, el análisis motivacional propuesto priorizará el primero y usará el segundo sólo con fines comprobatorios de lo deducido.

Cabe observar que, entre las cinco motivaciones de la Revolución consignadas en el primer párrafo del Estatuto, tres de ellas son de naturaleza marcadamente económica: la primera, *“la impostergable necesidad de poner fin al caos económico”*; la cuarta: *“al entreguismo respecto a las fuentes naturales de riquezas”*; y la quinta: *“(poner fin) a su explotación en beneficio de grupos privilegiados”*<sup>403</sup>. La segunda y en la tercera, que más parecen una apreciación de ética administrativa. Se confirma lo expresado en el párrafo b) de los cinco objetivos generales de la Revolución, declarados en el artículo segundo del Estatuto<sup>404</sup> y que son desarrollados en los treinta y un *“Objetivos Específicos y Acciones”* del Plan

---

<sup>402</sup> Estatuto Revolucionario, art.5º: *“El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a las de la Constitución del Estado, Leyes y demás disposiciones, en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario”*.

<sup>403</sup> Ibidem, art.1º.

<sup>404</sup> Ib.: *“ art.2º El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada tiene por finalidad principal alcanzar los siguientes objetivos:*

- a. Transformar la estructura del Estado, haciéndola más dinámica y eficiente para una mejor acción de gobierno.*
- b. Promover a superiores niveles de vida, compatibles con la dignidad de la persona humana , a los sectores menos favorecidos de la población, realizando la transformación de las estructuras económicas, sociales y culturales del país.*
- c. Imprimir a los actos de gobierno un sentido nacionalista e independiente, sustentado en la firme defensa de la soberanía y dignidad nacionales.*
- d. Moralizar al país en todos los campos de la actividad nacional y reestablecer plenamente el principio de autoridad, el respeto a la ley y el imperio de la justicia.*
- e. Promover la unión, concordia e integración de los peruanos, fortaleciendo la conciencia nacional”*.

Inca<sup>405</sup> que, como puede apreciarse en el Anexo N°6, abarcaron todas las áreas y actividades de la sociedad peruana bajo la conducción totalitaria del Gobierno Militar.

Sin pretender glosar los referidos instrumentos podrían enunciarse las más importantes y trascendentes declaraciones y propuestas económicas que contienen, como sigue:

1. El subsuelo es del Estado y por tanto toda industria extractiva debía tenerlo como titular. La consecuencia, sería la expropiación de la empresas mineras, sean quienes fueran sus titulares. Sólo la pequeña minería podía ser explotada por peruanos. Asimismo dispone que el Estado tendrá a su cargo en forma exclusiva la generación, transformación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.
2. Diferencia crecimiento económico de desarrollo socio-económico, disponiendo que la planificación central realizada por el Estado, fuera obligatoria para éste (macroeconomía) y orientadora para la actividad económica privada (microeconomía).
3. En agricultura disponía que “la tierra es de quien la trabaja”, declara la Reforma Agraria Azucarera en todo el territorio nacional y que “el Estado tendrá la propiedad exclusiva de las aguas”.

---

<sup>405</sup>Plan Inca, “A. FINALIDAD (in fine) ... *La finalidad de la revolución será alcanzada mediante el cumplimiento de los cinco Objetivos Generales que establece el Estatuto del Gobierno Revolucionario, los que, a su vez, deberán lograrse a través de un conjunto de objetivos específicos*”.

4. En cuanto a la actividad empresarial privada, dispone que se otorgue al trabajador participación en la gestión, utilidad y propiedad de la empresa creando para tal fin la *"comunidad laboral"*. Categoriza la actividad industrial por "prioridades" con fines de orientación de los incentivos tributarios, exceptuando a la empresa estatal de Comunidad Laboral y estableciendo la posibilidad de que la "primera prioridad" correspondiera a la actividad empresarial del Estado exclusivamente.

En relación con la industria pesquera establece la *"Explotación hidrobiológica del país al máximo compatible con sus preservación, reservando para el Estado la extracción y transformación en gran escala y la comercialización externa"*. También en la distribución dispone que *"El Estado tomará a su cargo la comercialización externa de los productos de significación económica"*.

En lo financiero, se propone la estatización progresiva de las empresas financieras y de seguros así como *"Establecer la legislación y crear los organismos que aseguren al Estado la dirección y control de la política monetaria y crediticia"*.

Concluye disponiendo que *"Una nueva Constitución Política consolidará las leyes, institucionalizando las transformaciones esenciales e irreversibles logradas por la Revolución"*.

El resumen precedente permite apreciar la marcadísima tendencia de la Revolución hacia la institucionalización del Estado empresario, como principal gestor y conductor de la economía nacional sin estatizarla totalmente, afectando con mucha intensidad a la economía empresarial privada en favor de los trabajadores asalariados

con lo que se inscribe en el marco nacionalista de una economía fundamentalmente autogestora que fuera “*ni capitalista, ni comunista*”, como afirmó reiteradamente el General Velazco Alvarado<sup>406</sup>, procurando distanciarse tanto de la posición comunista entonces liderada por la Unión Soviética y Cuba y de la extrema que propiciaba Mao Tse Tung en China, como del alarmado imperialismo norteamericano, integrándose así al denominado “*Tercer Mundo*”<sup>407</sup>.

Es evidente, asimismo, que los militares que asumieron ese totalitario rol revolucionario, lo entendieron como transitorio para lograr una recomposición nacional jurídico – económica que, para hacerse permanente, debía institucionalizarse constitucionalmente. Tal fue el rol que correspondió a la Constitución de 1979, puesta en vigencia en 1980.

**6.2.4.- La Constitución de 1979.-** Pareja Paz Soldán escribió, haciendo historia de esta coyuntura histórica, que “*Por Decreto Ley N°21949, de 4 de octubre de 1977, el Gobierno Revolucionario convocó a elecciones para 100 Representantes a una Asamblea Constituyente*”. Esas elecciones se realizaron el 4 de julio de 1978 y los Constituyentes electos instalaron la Asamblea el día 28 siguiente<sup>408</sup>. La nueva Constitución, luego del trabajo de las catorce comisiones en que la Asamblea dividió el trabajo legislativo, fue aprobada por el plenario y promulgada el 12 de julio de 1979, siendo “*remitida al Gobierno Revolucionario de facto para su conocimiento oficial y*

<sup>406</sup> Velasco Alvarado, Juan, Discursos, Oficina Nacional de Informaciones, Lima, 1972, Mensaje a la Nación, Arequipa, 3 de octubre de 1971, 3er. Aniversario de la Revolución: “ (...) *la Revolución concreta en el campo económico su fundamental opción política de seguir un camino distinto al que señalan los modelos capitalista y comunista (...)*”, p.240.

<sup>407</sup> Plan Inca 3,c. (4) *Establecer relaciones con todos los países que convenga al interés nacional, y participar activamente en el grupo del “Tercer Mundo”*.

<sup>408</sup> Pareja Paz Soldán, José, Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Ediciones Justo Valenzuela V.,EIRL, Lima, 1966, p.170.



*para su cúmplase*<sup>409</sup>, siendo devuelta con observaciones referidas a “*determinadas disposiciones transitorias de aplicación inmediata*”<sup>410</sup> que no fueron admitidas por la Asamblea, siendo el efecto de esas discrepancias que la nueva Carta entrara en vigencia “*al instaurarse el nuevo régimen constitucional previsto para el 28 de julio de 1980, ya que en ese día el Presidente Belaúnde ordenó el cúmplase y publicación*”<sup>411</sup>.

De lo acotado históricamente podría considerarse que los constituyentes de 1979 actuaron transaccionalmente con el régimen militar que consideró entonces necesario volver a la juridicidad sin retroceder sustancialmente en lo que consideraba un profundo avance logrado hacia la justicia social en el Perú. Por tal razón la Constitución en referencia incorporó muchas de las reformas realizadas por el discutido régimen militar, sancionando con ello los logros que alcanzara, según unos, o institucionalizando los males que generó, para otros.

Evidencia lo expresado el hecho de aparecer en ella, por primera vez en la evolución constitucional peruana y talvez en las de los Estados del mundo, la declaración supremamente humanista de su artículo primero al declarar a “*La persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos están obligados a respetarla y protegerla*”, recogiendo uno de las caracteres esenciales de la Revolución de la Fuerza Armada, expresados en el Plan Inca<sup>412</sup>. Así mismo, integró esta Constitución, un Título, el III, uno entre los ocho que la conformaron, que trató, específicamente, “***Del Régimen Económico***”.

---

<sup>409</sup> Ibidem, p.185

<sup>410</sup> " p.185

<sup>411</sup> Pareja Paz Soldán, op.cit., p.186.

<sup>412</sup> Supra, p.116, nota # 375.

Este Título III, estuvo estructurado con ocho capítulos y cincuenta y cuatro artículos que resultaban el 18% del total de los 307 artículos que integraron la Constitución y constituyeron una síntesis ideológica esencial para el logro del desarrollo económico con justicia social, de acuerdo con planes obligatorios para el Estado que debía concertarlos con la actividad privada.

Precisamente esos conceptos son desarrollados en el Capítulo Primero del referido Título III, entre los artículos 110º y 117º. El primero declara que “***El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana***”. Alude, sin duda, a la polémica originada en el siglo XIX con relación a la preeminencia entre los factores de la producción, el capital y el trabajo, optando por otorgarla a éste<sup>413</sup>. Esto se confirma en el segundo párrafo del mismo artículo, al expresar que el “*pleno empleo*<sup>414</sup> y la *distribución equitativa del ingreso*<sup>415</sup>” deben ser promovidos por el Estado, al mismo tiempo que el fomento de la producción que se realiza dentro del “*pluralismo económico*<sup>416</sup>” que implica la actividad empresarial del Estado<sup>417</sup> y la defensa del “*interés de los consumidores*<sup>418</sup>”, todo ello en un ambiente de iniciativa privada libre y

---

<sup>413</sup> Cabe recordar la concordancia de estas normas con el largo y complejo artículo 42º de la misma Constitución que, en lo esencial decía que “*El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social ...*”

<sup>414</sup> Elemento esencial del capitalismo moderno sustentado por John M. Keynes en el cual se sustenta precisamente la capacidad de consumo que permite y estimula la producción.

<sup>415</sup> Alude a la concentración de la riqueza en pocas manos, la oligarquía, que ha caracterizado tradicionalmente a la economía peruana.

<sup>416</sup> Artículo 112: “El Estado Garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa.” ...

<sup>417</sup> Artículo 113º: “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”.

<sup>418</sup> Artículo 110º (in fine).

“una economía social de mercado<sup>419</sup>”, modelo ecléctico entre el socialismo y el capitalismo mediante el cual se logró la rehabilitación de la destruida Alemania de la segunda posguerra mundial del siglo XX, en donde se continúa aplicando con el éxito consabido.

Además, el artículo 111º norma la planificación obligatoria para el Estado y su concertación con la actividad privada que implica el señalamiento del rumbo de la economía en el mediano y largo plazos.

La garantía estatal al pluralismo económico se declaraba con mucha amplitud y detalle al especificar las diversas formas “*de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad ...*”, en el artículo 112º.

Podría afirmarse que este primer capítulo constituye el marco ideológico para el desenvolvimiento de los demás elementos de la economía nacional que son tratados en los capítulos siguientes y en concordancia con el restante articulado constitucional.

Los capítulos siguientes se referían a sustantivas cuestiones económicas tales como “*los Recursos Naturales*”, considerados “*patrimonio de la Nación*<sup>420</sup>”, tratados en el segundo. En el tercero, con seis artículos, se refería a “*la Propiedad*,” cuyo uso debía ser “*en armonía con el interés social*<sup>421</sup>”; contando con inviolabilidad garantizada por el Estado<sup>422</sup>, aunque era regida por la ley, que podía restringir su adquisición,

---

<sup>419</sup> Artículo 115ª: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”.

<sup>420</sup> Artículo 118º: “Los recursos naturales renovables o no renovables son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares”

<sup>421</sup> Artículo 124º

<sup>422</sup> Artículo 125º

posesión, explotación y transferencia<sup>423</sup>, limitando los derechos privados frente a los bienes públicos<sup>424</sup> y concluyendo con la garantía de los derechos del autor y del inventor<sup>425</sup>.

Por primera vez en el Derecho peruano, la Constitución trataba en el Capítulo IV, “*De la Empresa*”, en siete artículos, procurando definirla en el primero de ellos el 130<sup>o</sup><sup>426</sup>, declarando la libertad de comercio e industria y que sólo podría ser intervenida por el Estado “*en situaciones de crisis grave o de emergencia*”; se prohibieron los monopolios y oligopolios, asegurando la normal actividad del mercado y refiriéndose específicamente a las empresas de comunicación social; continuaba con la promoción de la empresa artesanal, el sometimiento de las empresas extranjeras a la ley y jurisdicción nacionales, concluyendo con el tratamiento de la inversión extranjera<sup>427</sup>.

La *Hacienda Pública* es la materia a la que se abocaba el Capítulo V, pasando al Derecho Económico Público, estableciendo el presupuesto anual que había de preparar el Gobierno Central y aprobar el Congreso, de acuerdo a ley específica<sup>428</sup>. El artículo siguiente detallaba los principios generales sobre los cuales se debía basar la tributación: “*legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación*”, agregando la prohibición del *impuesto confiscatorio* y del

---

<sup>423</sup> Artículo 127°

<sup>424</sup> Artículo 128°

<sup>425</sup> Artículo 129°

<sup>426</sup> [Artículo 130.-](#) “Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley”.

<sup>427</sup> Del artículo 130° al 137°.

<sup>428</sup> Artículo 138°

“*privilegio personal en materia tributaria*<sup>429</sup>”, implicando estas declaraciones garantías intangibles e irrenunciables de los contribuyentes, tanto a nivel nacional como regional y local. Sobre esta materia tributaria, se remitía a la ley, estableciendo la proporcionalidad de la tributación, el gasto y el endeudamiento público con el producto bruto interno<sup>430</sup>. Los artículos 140º y 141º se referían a la deuda pública que debía ser siempre autorizada por ley, con lo cual se procuró constituir un mecanismo de estabilidad constitucional frente a la eventual presión de los acreedores externos, aquí advertido de que el Estado no garantizaba las deudas contraídas por gobiernos de facto.

Los artículos siguientes tuvieron todos naturaleza administrativa: la contratación con fondos públicos, siempre por licitación o concurso de precios en el 143º; la remisión a una ley específica todo lo referido a “*organización, funcionamiento, control y evaluación de las empresas del Estado*”; el régimen contable, “*el Sistema Nacional de Control*” y “*la defensa de los intereses del Estado*” por la Procuraduría, fueron normados por los artículos 144º a 147º y remitidos también a leyes específicas.

El Capítulo Sexto se refería a “*La Moneda y la Banca*” con ocho artículos que van desde el 148º hasta el 155º. Se reiteró en estos artículos que la emisión monetaria es facultad exclusiva del Estado y se explicitó que su ejercicio debía realizarse a través del Banco Central de Reserva, persona jurídica de Derecho Público que, según se declaró, goza de autonomía legal en el ejercicio de sus funciones, y al que se le otorgaron facultades para realizar operaciones interbancarias de crédito para nivelar

---

<sup>429</sup> Artículo 139º

<sup>430</sup> Artículo 141º.

eventuales desequilibrios de las reservas internacionales, hasta el límite que la ley de Presupuesto General de la República le autorizara.

La autonomía mencionada pudo ser cuestionada si se aprecia que la Constitución estableció la forma de gobierno del Banco Central mediante un Directorio elegido paritariamente por los Poderes Públicos Ejecutivo y Legislativo, luego de su respectiva elección para el período constitucional que corresponde a su gestión, lo que pudo generar su directa preeminencia sobre los directores que eligieran y nombraran.

Asimismo, el art.155<sup>o</sup> crea la Superintendencia de Banca y Seguros como el órgano funcionalmente autónomo de control del Estado sobre las empresas “*que operan con fondos del público*” con la conducción de un Superintendente nombrado por cinco años por el ejecutivo y ratificado por el Senado.

En cinco artículos<sup>431</sup> se ocupó “*Del Régimen Agrario*”; en ellos se estableció la prioridad que el Estado acordaba a la agricultura, garantizaba las diversas formas de propiedad privada de la tierra bajo el régimen de “*conducción directa*” que definía, la productividad de la tierra agraria sancionando su abandono con la expropiación por el Estado “*para su adjudicación a campesinos sin tierras*”; establecía cuidadosamente la actividad estatal para garantizar el desarrollo agrario productivo y técnico; definía la “*reforma agraria*” como “*un instrumento de transformación de la estructura social y de promoción integral del hombre del campo*”, prohibiendo con ese fin el latifundio y se orienta a la eliminación gradual del minifundio, estableciendo los límites de la propiedad agraria de acuerdo con las características regionales de su tenencia y apoyando el cooperativismo agrario, así como las formas empresariales asociativas

libremente optadas en todos los ámbitos de la actividad agropecuaria, disponiéndola dación de normas legales para el desarrollo de la Amazonía, “cuidando el equilibrio ecológico”. El último artículo se refería al derecho de asociación de los agricultores, lo que puede entenderse reiterativo de la libertad de asociación que la misma Constitución reconoció a toda persona en el Perú<sup>432</sup>.

Carlos Torres y Torres Lara consideró esta Constitución como “*tardía*” por haber llegado con planteamientos que debieron “*dictarse en la década del 40 o 50*”<sup>433</sup>, por cuanto su régimen “*estaba orientado fundamentalmente hacia un modelo mixto de tipo social demócrata o demócrata social cristiano (mercado social cerrado) ... bueno ... para su tiempo y no para la década del 90*”<sup>434</sup>. No obstante, pareciera que los valores e instituciones que se han revisado aquí fugazmente, hacen falta aun hoy y probablemente sean indispensables en el futuro de la Patria.

Se dice también que este texto fue transaccional entre el capital, el trabajo y el rol promotor y planificador del Estado en la economía, lo cual más parece elogioso. En verdad, aunque durante la mayor parte del período 1968 a 1979 el Producto Bruto Interno Real mostró índices crecientes, ese crecimiento no fue suficiente para alcanzar un incremento per cápita consistente, pues lo consigna al final del período apenas superior al 1% con relación a su inicio, lo que sin duda puede entenderse como un

---

<sup>431</sup> Artículos 156° a 159°

<sup>432</sup> Artículo 2°,11: “Toda persona tiene derecho: ... 11.- A asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos, sin asociación previa.”

<sup>433</sup> Torres y Torres Lara, Carlos, La Constitución Económica en el Perú, 2ª.Ed., Lima, 1998., p.24

<sup>434</sup> Ibidem, p.15

estancamiento en la capacidad adquisitiva de la población y, en consecuencia, de la demanda interna<sup>435</sup>.

La Constitución de 1979 se mantuvo vigente durante entre los años 1980 y 1992, año en el cual, el Presidente elegido de conformidad con su texto, decidió desconocerla, constituyéndose en dictador. Las presiones internacionales lo obligaron a convocar una Asamblea Constituyente que evacuó un nuevo texto que logró aprobar ajustadamente con el 51% de aprobación, en el referendo popular que se realizó el 31 de octubre de 1993.

**6.2.5. La Constitución de 1993.-** Emergió bajo el sino de la presión internacional, la prisa y el afán de distanciarse de la anterior que el régimen elegido dentro de su vigencia desconoció, asumiendo transitoriamente una posición totalitaria, en tanto la Asamblea Constituyente que convocó dictaba un nuevo texto.

Resulta comprensible que el Presidente electo se sintiera incómodo con una Constitución al amparo de la cual debía enfrentarse a un Parlamento hostil, en su mayoría, y que debía soportar durante largos cinco años. Igualmente sin duda le incomodaba la continua presión por el respeto a los Derechos Humanos, en tanto que el terrorismo extendía su control en áreas cada vez más extensas del territorio nacional.

Además, era sumamente tedioso y dilatado el trámite modificatorio establecido por su artículo 306º. No lo usó y, consecuentemente ilegitimizó todos sus actos oficiales, dejando de ser Presidente para convertirse en Dictador. La osada maniobra

---



política de “*disolver el Parlamento*”, tuvo fundamento en el hecho de no contar el Presidente electo con mayoría parlamentaria que pudiera sustentar sus propuestas legislativas, corriendo el riesgo de acentuar su personal debilidad política. Una vez más en la historia de la República, el Perú quedó sometido al marasmo de la autocracia.

Los miembros de la Asamblea Constituyente, precipitadamente convocados por el Dictador bajo la presión de la OEA, entre quienes depusieron su dignidad ciudadana y se le sometieron para sustituir la Constitución violada por el ilegítimo convocante por una nueva que satisficiera sus alardes autocráticos.

En este lamentable contexto, muy contaminado de ilegitimidad, se elaboró la Constitución aun vigente que, luego de concluida, fue sometida al referendo ciudadano para que mediante un “*sí*” o un “*no*”, la sancionara o la rechazara. La mayoría aprobatoria fue precaria pero suficiente, sin perjuicio de existir voces que afirmaban haberse alterado el resultado negativo<sup>436</sup>.

De los antecedentes que hemos recordado sucintamente, resulta dudosa la legitimidad de nuestra Constitución vigente desde el 31 de octubre de 1993, fecha de su promulgación por el Dictador que, mediante ese acto, dejó de serlo. Sin duda, está destinada, bajo el pretexto de la brevedad y la síntesis, a satisfacer las apetencias del autócrata, legitimándolas formalmente. Dentro de este contexto, se trató de respetar el sentido humanista del Título Primero de la Constitución derogada, aunque el texto de artículo primero expresa que “*la defensa de la persona humana y el respeto*

---

<sup>436</sup> Sobre la base de las cifras del Jurado Nacional de Elecciones, hubieron sólo 62% votos válidamente emitidos y de ellos el 47.6% votó por el Sí y 43.4% por el No en el referendo que convocó el Dictador para dar visos de validez o legitimidad a la nueva Constitución ignorada por el 38% de los ciudadanos que no concurrieron a votar o viciaron (6.34%) o anularon (2.64%) su voto.

*de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*” confundiendo la obligación del Estado con su fin, sin duda para distanciarse de la fórmula de la Constitución que derogaba, en la cual la persona humana misma es el fin. Rubio dice que se trata de un fórmula “*imperfecta*”<sup>437</sup>.

Mantuvo, además, el Título III, Régimen Económico, aunque se alteró sustancialmente su contenido. En efecto, en su Capítulo Primero, Principios Generales, si bien consta de ocho artículos, como la derogada, el contenido de cada uno de ellos es evidentemente distinto. El artículo 58º de la Constitución, primero de este capítulo declara la libre iniciativa privada en una economía social de mercado y limita al Estado a orientar el desarrollo y actuar en “*las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*”. Han desaparecido la actividad empresarial del Estado y “*los objetivos de desarrollo*” que se regulaban en el 113º de la anterior Constitución, así como la obligación de reglamentar la *economía social de mercado*.

El artículo 59º declara que “*el Estado estimula la creación de riqueza y la libertad de empresa*” pero omite el reconocimiento del trabajo, derecho y deber, como *fuerza principal de la riqueza*, al cual se refería explícitamente la anterior Constitución, de lo cual se puede implicar la orientación de los constituyentes de 1993.

El pluralismo económico es reconocido por el artículo 60º de la Carta vigente que se define como “*la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa*”, omitiendo enunciarlas y estableciendo *la subsidiaridad* de la actividad empresarial directa o indirecta del Estado, subordinándola a una autorización legal expresa y

---

<sup>437</sup> Rubio Correa, Marcial, PUCP, Fondo Editorial, T.I, Lima, 1999, p.110

previa, “*por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional*”, diferenciándose de la actividad empresarial promotora del Estado, que era la tesis de la Constitución derogada<sup>438</sup>.

Con relación al mercado, la Constitución asigna al Estado la facilitación y vigilancia de la competencia libre, sin prohibir el monopolio, como lo hacía la derogada en su artículo 133º, sino creando la figura menos objetiva del “*abuso de posiciones dominantes o monopólicas*”, en el artículo 61º, la cual puede presentar ventajas mercantiles sobre la anterior<sup>439</sup>, sin perjuicio de enfatizar que el monopolio debe ser considerado contrario a la libertad de mercado al anular no sólo la competencia, en lo que corresponde a la oferta, sino por someter al consumidor a las condiciones que dicte el único ofertante.

Precisamente, en el marco de la libertad de contratación, el artículo 62º regula lo que se ha llamado “*la santidad del contrato*”<sup>440</sup>, al establecer que la ley no puede modificar los acuerdos contractualmente establecidos dentro del ámbito de vigencia legal en el momento de su suscripción. Sugiere el arbitraje, antes que la vía judicial, para la solución de los conflictos y concluye con la creación de los “*contratos ley*” que el Estado puede suscribir “*para establecer garantías y otorgar seguridades*” a la inversión extranjera, preferencialmente.

El artículo 63º siguiente, sanciona la igualdad de tratamiento legal al capital nacional y al extranjero, así como la respectiva reciprocidad en casos de proteccionismo, el sometimiento preferencial a la ley y jurisdicción nacionales tanto para las personas de

---

<sup>438</sup> Constitución Política del Perú, art.113º.

<sup>439</sup> Bullard, González, Alfredo, Los Monopolios en la Reforma de la Constitución, en Actualidad Jurídica, Tomo N° 100 , Gaceta Jurídica, , Lima, p.119º a 133º.

derecho público como privado domiciliadas en el país cuando contratan con el Estado, salvo el caso de tribunales específicos constituidos mediante tratados vigentes y el de los contratos de naturaleza financiera.

El artículo 64º “*garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera*”, concluyendo el Primer Capítulo bajo análisis, en el artículo 65º, con la defensa de los consumidores y usuarios en el mercado.

Es evidente la ausencia de la planificación en la Constitución vigente, lo que condena al Estado a la actuación coyuntural privándolo de metas y objetivos de mediano plazo y largo plazo. Asimismo, se ha soslayado todo registro y control de la inversión extranjera, sometiendo al suyo el interés nacional. Tanto el Gobierno siguiente, como la mayor parte de los sectores políticos y culturales, percibieron claramente esta deficiencia y suscribieron en julio de 2002, el *Acuerdo Nacional de Gobernabilidad*<sup>441</sup> que trata de suplir ese déficit, en tanto no se modifique la Constitución actual.

El Capítulo Segundo, también referido al “*Ambiente y los Recursos Naturales*”, consta de cuatro artículos<sup>442</sup> en vez de los seis de la derogada, y reiteran la soberanía del Estado sobre los recursos nacionales y su aprovechamiento, lo declaran titular de la política nacional del medio ambiente y de la conservación de la diversidad biológica, de la protección de determinadas áreas ecológicas y de la promoción del desarrollo de la Amazonía.

---

<sup>440</sup> Gutiérrez Camacho, Walter, Contrato y Constitución, Adiós a la Santidad de los Contratos, en Actualidad Jurídica, Tomo N° 100, Gaceta Jurídica, Lima, p.143º a 151º.

<sup>441</sup> Anexo N°7.

<sup>442</sup> Arts.66º a 69º

También el afán de brevedad se percibe en el Tercer Capítulo de este Título que se refiere a *“La Propiedad”*, cuya inviolabilidad se reitera en armonía *“con el bien común y dentro de los límites de ley”*, dejando establecida la igualdad de nacionales y extranjeros en el ejercicio de este derecho, con excepción de las zonas limítrofes, así como la potestad temporal del Estado a restringirlo por ley motivada sólo por la seguridad nacional concluyendo con la declaración de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público<sup>443</sup>.

Como en el Capítulo V de la Constitución anterior, aunque modernizando su título *“De la Hacienda Pública”*, la vigente dedica su Capítulo IV al *“Régimen Tributario y Presupuestal”*. El Capítulo faltante es el dedicado a la empresa en la Carta de 1979, como si la actual no la considerara digna de ocupar una parte de la Constitución nacional, no obstante la calidad del empresario, como sujeto activo del Derecho Económico Privado, en la misma forma que el Estado lo es del Derecho Económico Público.

En este ámbito, la Constitución empieza por la declaración del Principio de Legalidad de cuyo ámbito sustrae a los aranceles que pueden ser regulados por decretos supremos. Olvidó los demás principios que sancionaba la Constitución de 1979, con excepción del de *“reserva de la ley”*, sinónimo de Principio de Legalidad ya establecido, el de igualdad y la prohibición del efecto confiscatorio. Prefiere la fórmula general del *“respeto de los derechos fundamentales de la persona”*. Los principios enunciados en la Constitución derogada, constituían una expresa garantía de máxima jerarquía jurídica para el contribuyente de mucha mayor claridad que la de 1993.

---

<sup>443</sup> Arts.70° a 73°

Continúa este primer artículo con la regulación de la facultad tributaria de los gobiernos locales olvidando la de los regionales y dando algunas reglas de administración tributaria.

El artículo siguiente, el 75º, reitera la garantía de la deuda originada sólo por gobiernos constitucionales y aprobados por la ley, resaltando la autonomía de los municipios para lograr financiamientos *“con cargo a sus recursos y bienes propios”*, omitiendo nuevamente a los gobiernos regionales.

El artículo 76º reitera los principios de licitación pública y concurso para la contratación de bienes y servicios; los artículos 77º y 78º se refieren a la gestión y administración presupuestarias, limitándose totalmente la capacidad de los congresistas para crear o aumentar los gastos públicos, para crear tributos con fines determinados, estableciéndose que la iniciativa tributaria corresponde sólo al Poder Ejecutivo y una votación calificada de dos tercios de los congresistas para establecer *“selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país”*, en el artículo 79º.

El artículo 80º se dedica a la técnica de la presentación del presupuesto general de la República, el 81º a la Cuenta General de la República y el 82º a la Contraloría General de la República.

El Capítulo V, *“De la Moneda y la Banca”* recoge la mayor parte de las normas de la Constitución anterior en este mismo tema, incluidas las inexactitudes. El artículo 83º repite la fórmula que establecía en la anterior que *“La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado”*, lo cual es inexacto pues ni los billetes ni las monedas se emiten, pues lo primeros se imprimen y las segundas se acuñan. La

emisión monetaria, que puede ser primaria y de expansión secundaria, es un término genérico que corresponde a la “oferta monetaria” que debe atender el Banco Central de Reserva para satisfacer la “demanda monetaria” del Sector Real de la Economía nacional. Se concreta con la impresión de los billetes y la acuñación de las monedas que son canalizados a través del Sistema Bancario<sup>444</sup>.

El artículo 84<sup>o</sup> distingue entre la “finalidad” del Banco Central de Reserva que “es preservar la estabilidad monetaria” y “sus funciones” que “son regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo y las demás funciones que señala su ley orgánica”, lo que amplía el texto de la Constitución anterior al efectuar las distinciones señaladas. Cabría considerar que talvez esas precisiones pueden no ser histórica y jurídicamente exactas. El Banco Central de Reserva se crea en 1931 sobre la base del preexistente Banco de Reserva y de las recomendaciones de Edwin Kemmerer con la finalidad de ser el exclusivo órgano del Estado peruano encargado de la emisión de la moneda nacional<sup>445</sup>. Esa debiera ser su finalidad hasta hoy, siendo la estabilidad de la moneda emitida una condición cualitativa esencial previa a la emisión en si misma.

El articulado restante es muy similar al de la Constitución precedente, siendo remarcables la prohibición de “*financiamiento al erario*”, directamente efectuado, ya que lo puede otorgar limitada e indirectamente, mediante la adquisición de títulos de deuda del Tesoro Público en Bolsa<sup>446</sup> y el señalamiento de la “*mayoría absoluta del número*

---

<sup>444</sup> Huamán Soto, Pacífico, Teoría y Política Monetaria, Eds.Economía, Lima, 1980, pp.47 a 79.

<sup>445</sup> Banco Central de Reserva del Perú, La Misión Kemmerer en el Perú, , Tomo I, Exposición de Motivos y Proyecto de Ley para la creación del Banco Central de Reserva del Perú, Lima, pp.49 a 178

<sup>446</sup> Artículo 84<sup>o</sup>, in fine.

*legal*” de representantes ante el Congreso Nacional<sup>447</sup>. Asimismo se precisa que los directores son elegidos y nombrados “*por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República*”<sup>448</sup>, manteniéndose la modalidad de elección, lo que reitera la posibilidad de dependencia del órgano emisor a la mayoría partidaria que eventualmente gobierne.

Rolando Castellares acierta cuando propone “*la creación de un solo ente, de una Superintendencia de Mercado de Capitales y Financiero*”<sup>449</sup> en sustitución de la actual Superintendencia de Banca y Seguros que mantiene la Constitución vigente y que proviene de la anterior, considerando que, siendo el órgano del Estado destinado a concretar la protección del ahorro, debiera unificar esa protección a todas las modalidades de ahorro que genere el excedente del ingreso privado, incluido el Mercado de Valores, entonces regulado por una Comisión Supervisora – CONASEV- y hoy por una Superintendencia<sup>450</sup>.

El último capítulo, el sexto de este Título está dedicado al “Régimen Agrario” y a “las Comunidades Campesinas y Nativas”, unificando los dos últimos capítulos de la anterior y reduciéndolos a sólo dos artículos, el 88º que reitera el apoyo preferente del Estado a la agricultura, reservándose la capacidad de fijar límites y extensión de tierras “*según las peculiaridades de cada zona*”, y el 89º que declara la personalidad jurídica de la Comunidades

**6.3.¿Es posible la Economía Social de Mercado sin la intervención planificadora estatal?** El concepto “Economía Social de Mercado”, tiene origen en los

---

<sup>447</sup> CPP., artículo 86.

<sup>448</sup> CPP., artículo 86º, in fine

<sup>449</sup> Castellares Aguilar, Rolando, Moneda y Banca, en Actualidad Jurídica, N° 100, marzo,2002, p.139

<sup>450</sup> Ley N°26126, Orgánica del la Comisión Supervisora del Mercado de Valores del 30-12-92, modificada por Ley N°29782 del 27-07-11



principios juseconómicos que los llamados “ordoliberales<sup>451</sup>” desarrollaron en la Universidad de Friburgo entre 1930 y 1940, antes de la Segunda Guerra mundial, luego de la caída de la República de Weimar y en plena opresión e intolerancia del régimen nacionalsocialista, *“procurando establecer un modelo económico liberal que consideraba al ciudadano como un ser que se manifiesta con independencia y sentido de responsabilidad<sup>452</sup>”*. Dejó de ser una teoría, en la destruida Alemania de la segunda posguerra mundial del siglo XX, con el pensamiento del Canciller de entonces, Ludwig Edghard y sus seguidores y *“está basada en una visión cristiana y liberal del hombre, inspirada por los principios de libertad y responsabilidad individual, subsidiaridad y solidaridad”*, lo cual supone un marco jurídico confiable que asegure el sistema competitivo, la equidad social e impida tanto un poder político excesivo como un exagerado intervencionismo estatal, procurando el logro de una sociedad más humana a la par que una gestión económica exitosa, es decir, la satisfacción de las necesidades sociales, familiares e individuales de la población<sup>453</sup>, lo cual significa alcanzar el estado de bienestar social justo.

Debe tenerse claro que se trata de una economía de mercado, es decir, que interactúan en ella la oferta, en la cual intervienen empresas que compiten para satisfacer una demanda solvente y, por lo mismo exigente, ya que procura disponer de sus ingresos con la máxima eficiencia, es decir, al menor costo. Sin embargo, no se trata del *laissez faire*, por cuanto el marco dentro del cual se mueve el mercado, es puesto por el Estado, con miras al equilibrio social.

---

<sup>451</sup>Fundación Konrad Adenauer, El Concepto de Economía social de Mercado. Principios, Experiencias y Nuevos Desafíos, CIEDLA, Buenos Aires, 1999, p.13

<sup>452</sup>Ibidem, P.12

<sup>453</sup>Stolhenberg, Gerhard, en Prólogo de Fundación Konrad Adenauer, , El Concepto de Economía Social de Mercado: Principios , Experiencias y Nuevos Desafíos, , CIEDLA, Buenos Aires, 1999.

Para Cairo, los elementos fundamentales de la Economía Social de Mercado son, de acuerdo con lo que ocurrió y ocurre aun en Alemania:

- la libre competencia, preservada por el Estado que *“abandona la actitud indiferentista<sup>454</sup>”*,
- la estabilidad monetaria basada en un banco central cuyo rol es apoyar la política económica del gobierno pero debe cumplirlo subordinándolo *“a la propia función del Banco, que es la de velar por el mantenimiento del nivel de precios, quedando así protegido contra presiones políticas de aumento desenfrenado de la masa monetaria<sup>455</sup>”*, dice el mismo autor, refiriéndose a al Deutsche Bundesbank, creado en Alemania en 1957;
- la democracia constitucional que no sólo permite la libertad de los agentes económicos, sino que constituye el fundamento de los derechos que configuran la dignidad del hombre en la sociedad<sup>456</sup>; y,
- el ordenamiento social que *“es sustancial para el sistema y no simplemente un agregado”*, significando que la función del Estado *“no se reduce a la protección de la competencia en el mercado sino que por el contrario, se extiende hasta la procura de los derechos económicos y sociales de las personas<sup>457</sup>”*, siendo además, de la seguridad social que abarca la de salud, accidentes, vejez y subsidios por hijos, vivienda y desempleo, la cogestión de los empresarios empleadores, con los trabajadores en casi todas las decisiones empresariales, procurando la formación de patrimonios en todos los niveles poblacionales, ya sea mediante la adquisición de

---

<sup>454</sup> Cairo Roldán, Omar, La Economía Social de Mercado en el Perú, , CINSEYT y Konrad Adenauer Stiftung,, Cuaderno de Trabajo N°5, Lima, 1995, p.4

<sup>455</sup>ibidem, p.5

<sup>456</sup>ib.p.6

<sup>457</sup>ib.p.7

vivienda como a la compra de acciones de las empresas estatales en los procesos de privatización<sup>458</sup>.

No se menciona, sin embargo, un elemento que parece condicionar todo lo expresado: el pleno empleo que ha de generar el ingreso esencial de la población económicamente activa para activar la demanda e incentivar, consecuentemente, la oferta. La fórmula keynesiana resulta esencial para que la economía social de mercado opere con los elementos que se han analizado. *“Para la Economía Social de Mercado, el trabajo es el factor productivo más importante porque es el único medio por el cual el individuo encuentra su realización como persona y su dignificación<sup>459</sup>”* ha escrito el distinguido economista González Izquierdo, confirmando la apreciación precedente. De lo que cabe colegir que si en un país persiste la mitad de la PEA desocupada o subempleada, mal se puede pretender un mínimo desenvolvimiento de la economía social de mercado. Desdichadamente, como aun tal es el caso del Perú, la fórmula constitucional que lo ubica en el ámbito de la economía social de mercado, es sólo una entelequia planteada en términos adecuados en la Constitución promulgada en 1979, que se mantuvieron, no obstante las voces discordantes, en la aun vigente, con el recorte de los elementos que la primera formulaba.

En efecto, la Economía Social de Mercado en la Constitución de 1979 suponía un régimen económico basado en la justicia social y se orientaba a la *“dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de la realización de la persona humana”*, agregando que *“El Estado promueve el desarrollo económico social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional*

---

<sup>458</sup>Ib.p.9

*utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores*<sup>460</sup>. Ninguno de estos elementos aparece en la Constitución de 1993, razón por la cual su declaración de libertad de iniciativa privada en “*una Economía Social de Mercado*”<sup>461</sup>, resulta vacía y se presta a las más diversas y antojadizas interpretaciones, como muy bien lo analizó Juan Chávez Molina<sup>462</sup>.

El maestro Marcial Rubio Correa, en su enjundioso trabajo sobre la Constitución de 1993 se refiere a la Economía Social de Mercado, sobre la base de resoluciones del Tribunal Constitucional español, señalando que “*La economía social de mercado por consiguiente tiene una serie de componentes de política pública que es preciso tratar con cuidado integral y equilibradamente. La economía social de mercado no es puro liberalismo ni manejo automático de la economía por las fuerzas del mercado sin correcciones ni ajustes*”<sup>463</sup>; en este sentido, considera con Ochoa Cardish, que la planificación económica por el Estado “*es posible y deseable*” en una economía social de mercado, luego de señalar puntualmente que “*Este tema es importante en el Perú porque la Constitución de 1993 suprimió la referencia que la de 1979 hacía a la planificación de la economía en su artículo 111. Esto fue interpretado en el Perú como la proscripción de formas de planeamiento público de la economía. Inclusive el Sistema Nacional de Planificación, existente desde 1962 de manera ininterrumpida, fue desactivado a principios de la década de los noventa*” y llega a la conclusión, que hago mía, de que

---

<sup>459</sup>González Izquierdo, Jorge, La Economía Social de Mercado y el Desarrollo Económico y Social en el Perú, en Retos de Política Económica frente a la Crisis Social, Habitat Perú, Siglo XXI, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p.278

<sup>460</sup>Constitución Política del Perú, 1979, art.110.

<sup>461</sup>Constitución Política del Perú, 1993, art.58

<sup>462</sup>Chávez Molina, Juan, La Economía Social de Mercado, en Actualidad Jurídica, Tomo 100, Marzo 2002, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo, 2003, pp.93 a 98.

<sup>463</sup>Rubio Correa Marcial, El Estudio de la Constitución Política de 1993, PUCP, T.III, Fondo Editorial, Lima, 1999, p.212

“... lo dicho hasta aquí muestra que la planificación es posible y deseable en un sistema de economía social de mercado y, como en el caso español, inclusive en una economía de mercado a secas <sup>464</sup> .

El *Acuerdo de Gobernabilidad*<sup>465</sup> coincidía con esa posición, por lo que, en mayo de 2005, el gobierno del doctor Toledo promulgó la Ley N°28522 que creó el Sistema de Planeamiento Estratégico y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN). Esta norma fue derogada en junio de 2008 por el Decreto Legislativo N° 1068, a fin de adecuar esas instituciones tanto a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que consideró pertinente promulgar el gobierno del doctor Alan García Pérez, como al “*aprovechamiento del Acuerdo de Promoción Comercial Perú . Estados Unidos*”, salvando expresamente las *Disposiciones Complementarias* de la Ley, referidas a aspectos específicos de la administración del Estado.

#### **6.4. Las normas de Derecho Económico en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial.-**

**6.4.1.Recordando algo de lo hecho.-** En el numeral 5 de este trabajo, se ha analizado el “*contrato*”, como el “*acto jurídico*” que constituye el “*instrumento esencial de la complementariedad ontológica y recíproca existente entre el Derecho y la Economía*<sup>466</sup>”, en el nivel de la satisfacción de las necesidades de las “*partes*” que, a su vez, han de estar conformadas necesariamente por “*personas naturales o jurídicas*”

---

<sup>464</sup> Rubio Correa, Aníbal, Op. Cit., p.215

<sup>465</sup> Ver Anexo # “ Acuerdo de Gobernabilidad, “# 3.2. Promover el planeamiento estratégico concertado, políticas de desarrollo sectorial y regional que fomenten el empleo, la formación de capital humano, la inversión, la producción y consumo de bienes nacionales y las exportaciones, en el marco de una política económica de equilibrio fiscal y monetario, y de una política tributaria que permita financiar adecuadamente el presupuesto para lo cual la base tributaria deberá ampliarse hasta alcanzar una recaudación no menor al 18% del PB”.

que vinculan sus intereses económicos mediante la “*relación jurídica*”, generadora de “*derechos*” y “*obligaciones*”, todo dentro del marco genérico del Derecho Privado, siendo difícil precisar cuáles corresponden al Derecho Civil y cuáles al Derecho Comercial. Así, el Libro Primero del Código Civil, se refiere a la “*persona*” en sus dos modalidades, es decir, la “*persona natural*”<sup>467</sup> y “*la persona jurídica*”<sup>468</sup>”, determinando que ésta inicia su existencia con la inscripción en los Registros Públicos que, aunque también están regulados en el mismo Cuerpo legal<sup>469</sup>, inscriben personas jurídicas distintas a las que regula, son constituidas de conformidad con normas específicas, que también ya han sido referidas como “*modelos empresariales*”<sup>470</sup>, y, por tanto, detentan naturaleza distinta a la civil: son las *sociedades mercantiles*. Originariamente, en el Derecho Peruano fueron creadas y reguladas en términos generales y específicos en el Libro Segundo del viejo Código de Comercio promulgado el 15 de febrero de 1902, como “*Contratos Especiales del Comercio*”<sup>471</sup>. Al mismo tiempo y desde 1852, en el Código Civil, estaba vigente el “*Título IV – De la Sociedad o Compañía*” que regulaba el respectivo “*Contrato Consensual*”<sup>472</sup>. Este régimen se mantuvo en el Código Civil de 1933 que derogó al citado de 1852, y en cuyos artículos 1686° a 1748° se regula “*la sociedad*”<sup>473</sup>. Cabe observar que tanto en el régimen comercial como en el civil, las sociedades se constituían mediante contrato.

El régimen comercial de las sociedades fue el primero en cambiar cuando, mediante la promulgación de la *Ley N°16123, Libro de Sociedades Mercantiles del*

---

<sup>467</sup> Código Civil, arts. 1° al 75°

<sup>468</sup> Ibidem, arts. 76° al 133°.

<sup>469</sup> Ib., arts. 2008° a 2045

<sup>470</sup> Supra # 4.3.2. “*Los modelos empresariales en el sistema jurídico peruano*”, p.

<sup>471</sup> Código de Comercio, Libro II: De los Contratos Especiales de Comercio, Sección I: De las Compañías Mercantiles, arts. 124° a 236°

<sup>472</sup> Código Civil (1852), Libro III: De las Obligaciones y los Contratos; Sección II: Contratos Consensuales; Título IV: De la Sociedad o Compañía, arts. 1652° a 1701.

<sup>473</sup> Código Civil (1936), Sección IV: De los contratos; Sección V: De los diversos contratos; Título XIV: De la sociedad, arts. 1686° a 1748°.

*Código de Comercio del 6 de mayo de 1966*<sup>474</sup> se derogaron las normas citadas del Código de Comercio, creando en él un libro específico, como puede observarse. Esto no funcionó, por cuanto la nueva ley, al tener una estructura y un articulado propios, cobró autonomía funcional.

El régimen societario civil se mantuvo vigente hasta 1984, año de promulgación del Código actualmente vigente, por lo que entre 1966 y ese año, 1984, hubieron dos regímenes societarios distintos: el de las Sociedades Civiles, de acuerdo con el Código respectivo; y el de las Sociedades Mercantiles. El 11 de noviembre de 1984 se promulgó el nuevo Código Civil que no considera como uno de los Contratos Nominados que regula, al de Sociedad; el 13 de noviembre de 1984 se publicó el Decreto Legislativo 311, que modifica la Ley 16123, la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, incorporando a su texto el de las Sociedades Civiles del Código de 1933, evitando así que éstas quedaran en anomía y disponiendo que el Poder Ejecutivo aprobara, mediante Decreto Supremo “*el Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades*”, lo que se concretó el 13 de mayo de 1985 con el Decreto Supremo N°003-85-JUS. Sin embargo, no fue éste el texto definitivo, pues el 5 de diciembre de 1997 se derogó al promulgarse la Ley N°26887, la vigente Ley General de Sociedades, a la que se ha hecho amplia referencia anteriormente<sup>475</sup>. Cabe agregar a lo ya analizado que, si bien esta ley se inscribe dentro de la tradicional legislación comercial, es aplicable no sólo en ese ámbito, que corresponde sólo al de la “*distribución*”, sino también y con gran importancia, al “*industrial*” o de la “*producción*”, dentro de las funciones de la Economía y que integran la correspondiente base del

---

<sup>474</sup> Ley N°16123, Libro de Sociedades Mercantiles del Código de Comercio del 6 de mayo de 1966

<sup>475</sup> Supra # 4.3.2.

Derecho Económico, según ya ha sido evidenciado<sup>476</sup>.

Cabe además observar como los elementos que integran a la sociedad son de naturaleza absolutamente civil, tanto objetiva como subjetivamente. Objetivamente, el acto constitutivo de la sociedad es, sin duda, un acto jurídico, pues detenta absolutamente todos sus elementos: las sociedades deben realizar la empresa que es su objeto social; deben tener un fin lícito que siempre va a estar orientado a satisfacer una necesidad o necesidades que se evidencian en el mercado, o sea que su fin es, plena y necesariamente, económico. Subjetivamente, la sociedad es una persona jurídica que se formaliza en la forma prevista por el Código Civil, emanando de un acto jurídico unilateral, pues los otorgantes todos quieren lo mismo, sin intereses contrapuestos, pues tienen la finalidad común y específica de crear una persona jurídica distinta a ellos. Por todo ello, bien han hecho los autores tanto del Código Civil como de la Ley General de Sociedades, en no considerar a este acto como un contrato sino singularmente, “*un pacto*”<sup>477</sup>, especie unilateral del Acto Jurídico, pues, cabe reiterar, los otorgantes no esperan contraprestación recíproca por sus aportes, sino tienen la común intención de crear la persona jurídica, mediante la cual realizarán la empresa, industrial, comercial o de servicios, en que consiste común y unilateral, su objeto social.

Esta profunda interrelación entre lo Civil y lo Comercial es, por lo menos en nuestros días, tan absoluta y universal que resulta muy difícil encontrar figuras jurídicas fácticas en las cuales no hayan elementos de ambas características

---

<sup>476</sup> “ “ 3.2 p.40 y Cuadro N°2, p.42

<sup>477</sup> Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, *Artículo 5°.- Contenido y formalidades del acto constitutivo.- La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria.*



íntimamente engarzados. Si nos auxiliamos otra vez de la etimología, hemos de encontrar que “civil” proviene de “civilis” que, a su vez, tiene como raíz “civitas”, palabra latina que traducimos como “ciudad”; de estos términos cabría inferir que es civil lo que ocurre en la ciudad y por tanto, el “Derecho Civil” ha de corresponder al conjunto de normas que la regulan. Y así nos dice la historia que ocurrió: el “*Jus Civile*”, fue el Derecho de la ciudad de Roma y se aplicaba únicamente a las relaciones entre los “*cives romani*” o “*ciudadanos romanos*”<sup>478</sup>. El resto de personas, *las gentes*, se regían por el “*jus gentium*”<sup>479</sup>. Como consecuencia de esta división del Derecho, de la caída del Imperio Romano y, como bien lo documenta el maestro italiano Ascarelli<sup>480</sup>, con la aparición de la “*civilización comunal ... de trabajo libre*” en contraposición con “*la economía servil romana*”, se hizo manifiesta una actividad de intermediación entre los productores, entonces evidentemente artesanales y estacionarios, y los demandantes de sus productos, es decir, los *mercaderes*. Nuestro recordado Maestro Montoya Manfredi, ubica el fenómeno en la “*Alta Edad Media, a partir del siglo XI*”<sup>481</sup>: los mercaderes y artesanos hubieron de integrar una normatividad consuetudinaria con la cual se protegieran del hostil mundo feudal cuya economía basada en la agricultura, los requería en las ciudades que resurgían, para satisfacer sus necesidades. Así nació el *jus mercatorum* como “*un derecho autónomo de clase profesional, fruto de la costumbre de los mercaderes, con una jurisdicción especial basada en la autonomía corporativa; derecho fruto de la costumbre y la*

---

<sup>478</sup> Gaius, I # 108, 119: “*Jus proprium civium romanorum*”: “Derecho propio de los ciudadanos romanos” (Traducción libre propia)

<sup>479</sup> Gaius, I # 1: “*Quod vero naturalis ratio inter homines consistit, id apud omnes populos costoditur vacaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur*”: “lo que todas las gentes usan se denomina derecho de gentes, se constituye realmente por la razón entre los hombres y custodia las relaciones todos los pueblos”. (Traducción libre propia).

<sup>480</sup> Ascarelli, Tulio, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964 p.32

<sup>481</sup> Montoya Manfredi, Ulises, *Derecho Comercial*, Tomo I, Grijley, 1998, p.8

*autonomía corporativa de los comerciantes y por ello solo a éstos aplicable...*<sup>482</sup>, continua Ascarelli. A lo largo de los siglos, esto fue institucionalizándose para estructurar un Derecho Comercial de orientación subjetivista que otorgaba privilegios y beneficios a las comerciantes y a las corporaciones constituidas por ellos: la Revolución Francesa los abolió, en función a la igualdad que estaba en su lema e hizo necesaria la promulgación de un *Code de Commerce* en 1805 por Napoleón Bonaparte, luego de la del *Code Civil* en 1804, con orientación objetiva, basada en el “*acto de comercio*”<sup>483</sup>, concepto aun hoy no claramente definido y sin duda innecesario, pues bien puede asimilarse al ya mencionado “*acto jurídico*” e integrarse dentro del Derecho Privado, al Derecho Económico Privado, de acuerdo la naturaleza objetiva de sus normas que, en último análisis, corresponderían a la etapa de la distribución de bienes y servicios de la Economía, como ya ha sido planteado.

El Derecho Civil ha seguido su propio camino trazado desde el *Jus Civile*, con la connotación actualizada de la *Civitas* que deviene en el *Estado* de nuestros días y *ciudadanos* los *cives* del punto de partida. Como ha quedado dicho, la Revolución Francesa luego de consagrar los *Derechos Universales del Hombre y del Ciudadano*, los plasmó en la *Constitución Francesa de 1791*<sup>484</sup> y fueron desarrollados en 1804 en el “*Code Civil des Francaises*” que fue difundido por toda Europa por Napoleón Bonaparte, constituyendo el más importante hito histórico en la evolución del Derecho Civil, como es por demás sabido. A partir de entonces, y a diferencia de la vocación clasista del Derecho Comercial, enmarca a todas las personas que se ubican transitoria o permanentemente dentro de los límites de cada Estado, abarcando toda

---

<sup>482</sup> Ascarelli, *ibídem*, p.35

su existencia, desde la concepción hasta la muerte, y la totalidad de sus contingencias, actos y estados, incluyendo sus relaciones intersubjetivas de todo carácter y las intenciones que las motivan, sean afectivas, psicológicas o, específicamente, en la totalidad del ámbito económico, es decir, en lo productivo, lo distributivo, los servicios o el consumo, aspirando a cubrir las necesidades de las personas dentro de su entorno. Si esto es así, habría que admitir que su naturaleza esencial es económica y consecuentemente cabría unificar normatividad con la del Derecho Comercial.

La tendencia unificadora europea continuó en Italia, con el “*Código Civile*” en 1942, que como bien dice Messineo, consistió en la absorción “*en su parte máxima, en el Código Civil, la materia del Código de Comercio de 1882*”<sup>485</sup>. Sin embargo, el maestro agrega que “*la autonomía del Derecho Comercial debe considerarse conservada, no obstante la abolición de un Código de Comercio autónomo: la cuestión no es de autonomía legislativa, sino de **autonomía científica**; se refiere no al Código de Comercio sino al Derecho del Comercio*”<sup>486</sup>, que Vítolo atribuye a que el Derecho Comercial es un “*Derecho **profesional***”<sup>487</sup>, retornado a su original naturaleza subjetiva. También aquí cabría reiterar que el *comercio* es una de las funciones de la Economía, la segunda, en la secuencia de Say que implica, antes, la *producción*, y después, como destino final, el *consumo*, como ya se ha analizado<sup>488</sup>, al conceptualizar el *Derecho Económico*.

---

<sup>483</sup> Montoya, *ibídem* p.10

<sup>484</sup> Ver Anexo 5

<sup>485</sup> Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, Introducción, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1979, p.60.

<sup>486</sup> *Ibidem*, p.60.

<sup>487</sup> Vítolo, Daniel, *op.cit.*, p.30

<sup>488</sup> *Supra* # 3.2, Cuadro #2

**6.4.2. En la Unión Europea.** No puede dejarse de considerar en esta tendencia a la unificación del Derecho Privado en el Viejo Continente Europeo, al *International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado) – UNIDROIT* que se define como “una organización intergubernamental independiente con sede en Roma y cuya finalidad es estudiar lo necesario para modernizar, armonizar, y coordinar el derecho privado y los métodos respectivos así como específicamente el derecho comercial entre los Estados y grupos de Estados formulando normas legales uniformes y reglas para alcanzar esos objetivos”<sup>489</sup>. Actúa coordinadamente con la *United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL* que es el núcleo del cuerpo legal del sistema de las Naciones Unidas en el campo del comercio internacional, con más de cuarenta años de experiencia procurando modernizar y armonizarlas regla del comercio internacional. Coordina, además con la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Se dice por esto que UNIDROI, UNCITRAL y la Conferencia de la Haya actúan con tanta coordinación que se han hecho conocidas en Europa como “las tres hermanas”<sup>490</sup>.

**6.4.3. La unificación de las normas de Derecho Privado en América de habla ibérica.**

**6.4.3.1. En Perú.-** En nuestro País, se trató de iniciar la integración de las dos ramas del Derecho Privado en *el Código Civil Peruano* de 1984, sin lograrlo cabalmente, no obstante la vocación integradora que puede descubrirse, pues luego

---

<sup>489</sup> Anexo 11: “INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW – UNIDROIT - an independent intergovernmental Organization with its seat in the Villa Aldobrandini in Rome. Its purpose is to study needs and methods for modernizing, harmonizing and coordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives”, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

de su promulgación y hasta hoy, subsiste precariamente el viejo Código de Comercio de 1902 que nunca incluyó un régimen propio de *obligaciones*, aunque sí muchos contratos, lo que significa un régimen mixto. Su vocación integradora se hace manifiesta cuando en el artículo 1353° dispone que “*Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato*” y luego, concordantemente, en el artículo 2112° dispone la unificación de muchos de los contratos del Código de Comercio han de regirse por las normas de sus homólogos en el Código Civil: “*Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio*”. No obstante, permanecieron en el antiguo Código contratos tan importantes como el *Contrato mercantil de Transporte Terrestre*, el *Contrato de Seguros*, el *Contrato de Cuenta Corriente Mercantil*<sup>491</sup> y todo el régimen *Del Comercio Marítimo*”, obviándose la oportunidad de unificar los regímenes civil y comercial.

**6.4.3.2. En Paraguay.-** El 23 de diciembre de 1985 fue promulgado el *Código Civil de la República del Paraguay* que comenzaría a “*regir el 1° de enero de 1987*”<sup>492</sup>. Su artículo 2810°, además de derogar el Código Civil precedente y muchas otras normas, expresamente deroga “*el Código de Comercio promulgado por Ley de 29 de*

---

<sup>490</sup> Ibidem.

<sup>491</sup> El régimen era “*De la cuenta corriente mercantil y bancaria*” pero la Ley N°26702, *Ley General del Sistema Bancario, de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, derogó los artículos referidos a la cuenta corriente bancaria y otros vinculados a esa actividad específica, por lo que quedan vigentes lo que regulan la cuenta corriente mercantil.

<sup>492</sup> Código Civil de la República del Paraguay, art.2813°.

*agosto de 1891 y sus modificaciones ...*”, con lo cual unifica con vocación de totalidad, los regímenes civil y comercial en ese país que deviene el primero en hacerlo<sup>493</sup>.

**6.4.3.3. En Brasil.-** A la experiencia paraguaya ha seguido en 2001 el “*Código Civil Brasileiro*”, elaborado bajo la conducción del notable maestro, citado en este trabajo anteriormente, Miguel Reale, recientemente fallecido, en el cual la unificación de Derecho Civil y Derecho Comercial, es total, siguiendo la pauta marcada por su antecesor Augusto Texeira de Freitas en su *Esboço do Código do Direito Civil*.

**6.4.3.4. El frustrado esfuerzo argentino.-** No puede dejar de mencionarse el gran esfuerzo que se realizó en Argentina durante la última década del siglo XX que culminó con la presentación al Congreso de un Proyecto de Código Civil sustitutorio del decimonónico Código de Vélez Sarsfield con un informe de la Comisión que lo redactó que resulta un completísimo trabajo acerca de la unificación del Derecho Privado en el mundo que, en lo pertinente, hago mío, incorporándolo como Anexo 10 a este modesto trabajo.

**6.4.3.5.- Un intento de síntesis conceptual de lo precedente.-** Como ha quedado evidenciado, el concepto Derecho Privado es entendido por la doctrina como la integración del Derecho Civil con el Derecho Comercial. Esta concepción implica, alternativamente:

- a) que el Derecho Comercial es el Derecho de la Economía, abarcado no sólo la función económica de la *distribución* sino también las de *producción* y de *consumo*. Tal es la tesis, aunque incompleta, puede apreciarse esbozada por el artículo 1º, numeral 2, de nuestro Código de Comercio, incluir a *las compañías mercantiles e industriales, como comerciantes*<sup>494</sup>;

<sup>493</sup> Exceptúa de la derogatoria del Código de Comercio al *Libro Tercero III “De los derechos y obligaciones que resultan de la navegación”*.

<sup>494</sup> Código de Comercio, artículo 1º.- *Son comerciantes, para los efectos de este Código:*

1. *Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.*
2. *Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.*

- b) que el Derecho Comercial es el Derecho de la empresa, Así el Código de Comercio argentino en vigencia desde 1910, incluye a la empresa industrial al declarar en su artículo 8º, como *actos de comercio* a “5.- Las **empresas de fábricas**, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes”, con la atingencia del término “empresas”; el Código de Comercio de más reciente promulgación en nuestra América, es el de Colombia, en vigencia desde 1971, a desgaire de la tendencia unificadora, tiene concepción parecida pero más detallada, al declarar en su “ Art. 20.\_ Actos, operaciones y empresas mercantiles. Concepto. Son mercantiles para todos los efectos legales: ...12) **Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes**; 13) *Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes*;14) *Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios*; 15) *Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones*;16) *Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza; ...*”.Esta concepción es acogida por muy importantes sectores doctrinarios<sup>495</sup>.

Al respecto, considero que ninguna de las concepciones legales ni las doctrinarias se han acercado al análisis ontológico que ha ocupado nuestra atención y que orienta el debate hacia una integración que consolide los elementos de la economía en un cuerpo jurídico integrado por ellos, es decir, la producción, la distribución y el consumo, o sea, el Derecho Económico. Bien dijo nuestro Maestro Ulises Montoya Manfredi que “*El moderno derecho económico adecúa el concepto de*

---

<sup>495</sup> Ver: Garrigues, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil, Tomo I,Ed. Porrúa, Madrid, 1981, p.35: “ ... *Un C. de c. para las instituciones genuinamente mercantiles ( estatuto del comerciante o empresario mercantil individual o social)*...”

*comerciante a la realidad económica. El comerciante es sólo una parte del empresariado, al igual que los sectores industrial, técnico o profesional. En el centro del derecho económico está el empresario o la empresa*<sup>496</sup>. Siguiendo la línea de pensamiento del Maestro, cabe recordar que durante por lo menos dieciocho siglos de nuestra era, la actividad comercial fue el eje de la actividad económica; es en el siglo XIX en que la industria comienza a desplazarla, culminando su preeminencia en nuestros días.

**6.5.- La Industria, en el Perú.-** En nuestra Patria, la atención política hacia la industria se empieza a perfilar en 1940 con la Ley N°9140, promulgada con la firma del Presidente Manuel Prado Ugarteche, que trató de estimularla mediante incentivos tributarios. Luego, en la década de 1950, en su segundo gobierno, el Presidente Prado promulgó la Ley N°13270, denominada "*Ley de Promoción Industrial*" que, con mucha mayor técnica que la anterior, procuró una efectiva incentivación a la producción extractiva y manufacturera, creando además el Ministerio de Industria, antes confundido con el del Comercio. El Gobierno Militar de la Fuerza Armada tuvo especial atención en la industria dictando el Decreto Ley N°18350 que denominó "*Ley General de Industrias*" que clasificó esta actividad de acuerdo con cinco "*Prioridades*", reservando las de la primera: "*Industrias Básicas*", exclusivamente al Estado que, como consecuencia, absorbió, con exclusividad, la explotación de las industrias extractivas minera, pesquera y de hidrocarburos. Este régimen permaneció hasta la promulgación de la Ley N°23407, denominada también "*Ley General de Industrias*", luego de recuperado el régimen constitucional, por el Presidente Belaunde Terry, en su

---

<sup>496</sup> Montoya Manfredi, Ulises, op.cit., T.I, p.82



segundo gobierno y que mantiene su vigencia, aunque muy modificada. Esta Ley se dicta dentro del marco<sup>497</sup> de la “*Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas de las Naciones Unidas*”<sup>498</sup>, conocida hasta hoy como *CIU*.

**6.6.- Tratamiento legal del Consumo en el Perú.-** Adicionalmente, también es necesario notar que el consumo adquiere preeminencia consciente en la misma reciente etapa histórica de las relaciones socioeconómicas. La Constitución Política de 1979 en su artículo 110°, dispuso la defensa del “*interés de los consumidores*” por el Estado<sup>499</sup>. En 1991 se dicta el Decreto Legislativo 716, la primera “*Ley de Defensa del Consumidor*” en el Perú.

El artículo 65° de la Constitución de 1993, vigente, reitera al Estado como defensor de los consumidores y usuarios<sup>500</sup>. Cabe recordar que el tantas veces citado J.B.Say sostuvo que la producción generaba su propia demanda<sup>501</sup>, hasta que Keynes lo contradujo, demostrando lo contrario a mitad del siglo XX, es decir, que se producirá aquello que la demanda, conformada por los consumidores, requiere y necesita. En nuestro País, como queda dicho, se estimuló el desarrollo industrial, pero sólo a partir de citada norma constitucional se consideró al consumo en su dimensión paritaria con la producción y la distribución, aunque siempre con el tono de la parte débil de la

---

<sup>497</sup>Ley 23407, Título Preliminar, art. II.- “*Están comprendidas en la presente ley las actividades consideradas como industrias manufactureras en la Gran División 3 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIU) de todas las Actividades Económicas de las Naciones Unidas. No están comprendidas en esta Ley las actividades de transformación primaria de productos naturales, que se regirán por las leyes que regulan la actividad extractiva que les da origen*”.

<sup>498</sup> Anexo 12.

<sup>499</sup> CP del Perú, 1979, art. 110°.- “*El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores*”.

<sup>500</sup> Constitución Política del Perú, art. 65°.- “*El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población*”.

<sup>501</sup> Say, Jean Baptiste, *Tratado de Economía Política o Exposición sencilla del modo con que se forman, se distribuyen y se consumen las riquezas.*, Biblioteca Cervantes, HTML, Tomo primero, Capítulo I, “*...el simple hecho de la formación de un producto abre, desde ese preciso instante, un mercado a otros productos*”.

relación a la que hay que defender, de “*métodos comerciales abusivos*” y haciendo prevalecer sus derechos, como lo establece el *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, promulgado en el 2010 mediante Ley N°29571.

El artículo IV del *Código* identifica “*consumidor* con “*usuario*” y los define como “*Las personas naturales o jurídicas adquieren, utilizan o disfrutan como consumidores o usuarios finales productos o servicios materiales o inmateriales ...*”, como un primer tipo; el segundo lo conforman “*los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa respecto a aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio*”; y el tercero, genérico, es descrito como todo aquel que adquiere usa o disfruta para sí un producto o servicio, es decir, un consumidor o usuario final.

Mucho más simple y sintética es la definición del texto actual del Código Civil Alemán que dice en su artículo 9 que es consumidor “*la persona física que celebra negocios jurídicos que por su finalidad no pueden vincularse a su actividad empresarial o profesional*”<sup>502</sup>.

**6.6.1.- El consumidor dentro del marco del consumo como noción económica dinámica.-** Ya se ha repetido que en la secuencia de Say, el consumo es la etapa final, la última<sup>503</sup>, y agrego, la más importante, por cuanto si no hubiera consumo que satisfacer, no habría producción factible. Más aun, si cupiera determinado consumo, éste tampoco sería factible si los consumidores que lo encarnan, carecieran de los ingresos necesarios para atender a la eventual oferta, lo

<sup>502</sup> [http://www.indret.com/pdf/078\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf): El § 9 BGB define al consumidor como la persona física que celebra negocios jurídicos que por su finalidad no pueden vincularse a su actividad empresarial o profesional ((*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*))

<sup>503</sup> Supra, # 6.6.1, in fine.

que nos conduce a la también ya mencionada formulación de J.M. Keynes y a lo entonces expresado que bien vale la pena reiterar: *“corresponde al Estado procurar el pleno empleo que posibilite tanto el ingreso como el ahorro permitiendo su incremento del ahorro, el del consumo, el de la producción y, consecuentemente, del bienestar social”*<sup>504</sup>.

Conduce lo anterior a considerar que el punto de partida para iniciar una empresa productiva o comercial es la existencia de la demanda, es decir, de consumidores en los cuales pueda descubrirse tanto una necesidad insatisfecha como la capacidad de solventar su precio, o sea que prefieran consumir sus ingresos satisfaciéndola al costo que se le ofrezcan a ahorrarlos. Esto significa que tienen un excedente entre sus ingresos, provenientes del trabajo que realizan, y el monto de su egreso por el consumo ordinario. El trabajo, su remuneración, y la calidad de ésta, fija, variable, mínima, o alta, son determinantes para la concreción resultante del *“espiral virtuoso del desarrollo”*<sup>505</sup> que demandan tanto el bienestar de la Economía como la Justicia del Derecho.

Finalmente, cabe recordar la apreciación mercantilista que aun hoy considera el lucro como la finalidad del actuar del empresario: es evidente que el empresario para lograrlo debió haber determinado la existencia de consumidores dispuestos a obtener el bien o el servicio ofrecidos; consecuentemente, la satisfacción de las necesidades del consumidor han de ser la finalidad inmediata del actuar inicial y motivador de todo empresario<sup>506</sup>.

---

<sup>504</sup> “ # 2.4.2.1

<sup>505</sup> Entiendo como “espiral virtuoso del desarrollo” la figura circular resultante de la fórmula de Keynes ya mencionada, es decir: Ingreso = consumo + ahorro en el sistema financiero -> crédito empresarial -> incremento de ingreso empresarial -> incremento del empleo (hacia el pleno empleo keynesiano) -> incremento del consumo , del ahorro, del crédito empresarial ...”

<sup>506</sup> La Constitución de 1979 definía: *“Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción **cuya eficiencia y contribución al bien común** son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley”* señalando lo resaltado como la exigencia legal que debía hacerseles en primer término”.

## 7.- EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

**7.1. Introducción.-** Es evidente que este trabajo se ha concentrado específica y preferencialmente en el Derecho Económico Privado y es que mi vida profesional se ha desenvuelto durante más tiempo en ese ámbito, aun cuando mis experiencias más intensas han correspondido ciertamente a mi asesoría al Sector Público, como creo haberlo evidenciado<sup>507</sup>; además, no puedo dejar de reconocer las objeciones que se hacen a esa dicotomía, Derecho Público y Derecho Privado: baste recordar la cita de Kelsen en el sentido de que tanto el Derecho como el Estado emanan de la Constitución<sup>508</sup> y la propia y demostrada evidencia ontológica de que el Estado es uno de los elementos de la consistencia del Derecho<sup>509</sup>, y de la Economía<sup>510</sup>, para admitir que tal clasificación es simplemente formal y, talvez, sistemática pero no ontológica. Esta evidencia me permite ingresar a una rama del Derecho Público, en cuya plasmación empírica se aúnan el actuar estatal y el empresarial necesariamente: el Derecho Económico Internacional que, en adelante siglaré como DEI.

**7.2. El accionar internacional del Estado.-** Hemos ya caracterizado ontológicamente al Estado como la primera persona jurídica emanante de la Constitución política, con autoridad suficiente para hacer de la costumbre, ley, e imponer su voluntad soberana ante quienes lo admitieron así al constituirlo. Pero no sólo se impone sobre ellos, sino ante los demás Estados que lo rodean, tanto los

---

<sup>507</sup> Supra, 6.2.3.1, 6.2.3.2

<sup>508</sup> “ 6.2.3.1, ref. #367

<sup>509</sup> “ 2.3

limítrofes, frente a los cuales hace prevalecer sus fronteras, obviamente respetando las de ellos, como protegiendo sus intereses económicos, que resultan ser los de la producción de sus industriales, de sus comerciantes y de sus consumidores, frente a los extranjeros tanto próximos como remotos. Con tal fin, los Estados suscriben “*tratados*” mediante los cuales se vinculan consensualmente, como ocurre con las partes en la contratación privada; sin embargo, entre los *tratados* y los *contratos* cabe señalar como una importante diferencia que los primeros son facilitadores de la actividad económica de los empresarios exportadores o importadores de cada Estado interviniente que cumple un rol promotor de la actividad económica de sus propios países. Claro está que hay innumerables tratados que no tienen fin económico propiamente dicho, como puede serlo la Carta de Organización de las Naciones Unidas que se firmó en 1945 en la ciudad de San Francisco, California, Estados Unidos de Norteamérica, como conclusión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, al concluir la Segunda Guerra Mundial que constituye un tratado multilateral pues aspira a que todos los Estados del mundo lo suscriban. De su seno, no obstante, han surgido organizaciones netamente económicas y universales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, así como sectoriales, el Banco Interamericano de Desarrollo.

Además, desde la segunda mitad del siglo XX vienen apareciendo diversos modelos de tratados generadores de instituciones económicas internacionales, de bloques de Estados que convienen una política económica común y otros que instrumentan la vocación integradora del mundo actual.

**7.3. Los ejecutores en la economía internacional.-** Son múltiples los referidos tratados generadores de instituciones económicas internacionales, tales como “*La Unión de París para la Propiedad Industrial*”, más conocida como “*Convenio de París*”, talvez la más antigua pues data de 1883, y trata de proteger la “*propiedad industrial*” de manera tal que la titularidad de patentes, marcas o diseños industriales, quede protegida no sólo mediante los registros nacionales sino en el mundo, mediante el de la *Unión*. Otras instituciones de gran importancia son el *Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)*, la *Organización Mundial del Comercio (OMC)*.

Entre los bloques de Estados que convienen una política económica común debe recordarse la *Comunidad Andina de Naciones (CAN)*, originada en el *Acuerdo de Cartagena*, suscrito en 1969 por Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Venezuela se incorporó en 1973 pero decidió retirarse en 2006; en cambio, ese mismo año, Chile que decidió separarse del Acuerdo en 1976, se ha reincorporado como *miembro asociado*. Ha dado lugar a una *Zona de Libre Comercio* que opera desde 1993 entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Otro bloque importante se originó en Asunción, Paraguay, integrando con este país a Uruguay, Argentina y Brasil en el *Mercado Común del Sur* o *Mercosur* en 1991; Venezuela se adhirió en el 2006 y los países miembros de la CAN lo hicieron igualmente, como asociados.

Desde 1998 el Perú es miembro del *Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico*, gran bloque netamente económico de Estados conocido como *APEC*, siglas de su denominación en inglés: *Asia-Pacific Economic Cooperation*.

No puede dejar de mencionarse en este escueto bosquejo a la *Unión de*

*Naciones Sudamericanas* o *UNASUR* que se origina El 18 de diciembre de 2004, en la III Cumbre Suramericana en Cuzco, en la cual los presidentes de los 12 países de América del Sur firmaron la decisión de conformar la *Comunidad de Naciones Suramericanas*, lo cual se logra con la suscripción del *Tratado Constitutivo* en Brasilia el 23 de mayo de 2008, el cual establece en su artículo segundo, que tiene como objetivo “*construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados*”. La amplitud del objetivo de este tratado multilateral, obliga a resaltar aquello que específicamente lo vincula con la integración económica que es, preferencialmente, nuestro tema en este trabajo.

Talvez el más importante bloque económico político sea la *Unión Europea*, hoy conformada por veintisiete países europeos. Se fundó en la década de 1950, a partir de la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* por Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Desde entonces ha procurado paz, estabilidad y prosperidad entre los países europeos cuyas historias han sido permanentemente conflictivas, ha creado una moneda única, el *euro*, y viene construyendo progresivamente un mercado único en el que personas, bienes, servicios y capital circulan entre Estados miembros con la misma libertad que si lo hicieran dentro de un

mismo país. Esto lo está tratando de hacer a partir de la cooperación económica, considerando que los países que comercian entre sí se hacen económicamente interdependientes, lo que se evitaría volver a los ancestrales conflictos.

Como puede apreciarse en los ejemplos precedente, otra característica de los bloques internacionales es su *multilateralidad*, es decir, que en su constitución intervienen más de dos partes, siempre estados que procuran una integración entre ellos; puede considerárseles por eso *Tratados de Libre Comercio Regionales*. Sin embargo, suelen presentarse con frecuencia .inclusiones bilaterales, preferentemente de naturaleza económica que tratan de lograr un intercambio de bienes y servicios de recíproca conveniencia, en las mejores condiciones de precios y volúmenes de acuerdo con los respectivos intereses de desarrollo a sus respectivas sociedades. Modelo de este tipo es el *Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos*, suscrito el 12 de abril de 2006 que entró en vigencia plena en ambos países el 1 de febrero de 2009. El Perú continúa negociaciones de otros tratados semejantes, como por ejemplo, el suscrito bilateralmente el 14 de julio de 2010 con la *Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA)*, conformada por Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega, con miras a impulsar su oferta exportable y continua negociaciones con el mismo fin con China, hoy el principal destino de los productos mineros peruanos y con Japón que no le va muy a la zaga.

**7.4. La síntesis esencial.-** Los Estados negocian y suscriben tratados pero los que compran y venden son los productores nacionales que utilizan las vías abiertas por la negociación pública: este es el sino del Derecho Económico Internacional, la



eficiente síntesis de la actividad promotora del Estado con la actividad empresarial dentro del marco la libertad de comercio que definió la Constitución de 1979<sup>511</sup> y la libertad de la iniciativa privada dentro de la Economía Social de Mercado que instituyó la vigente<sup>512</sup>. Talvez sea este equilibrio logrado por un Derecho Internacional Económico sea el antídoto para la “*debilitación de la estatalidad*” que ha percibido con preocupación Fukuyama en nuestros días y su invocación por “*un mejor aprendizaje de construcción del Estado*” que, a su entender, “*resulta... crucial para el futuro del orden mundial*”<sup>513</sup>.

---

<sup>511</sup> Constitución Política del Perú de 1979 (derogada), artículo 117º: “*El Comercio exterior es libre dentro de las limitaciones que la ley determina por razones de interés social y del desarrollo del país. El Estado promueve la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden económico internacional justo*”.

<sup>512</sup> Constitución Política del Perú de 1993, artículo 58º.- “*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado*”.

<sup>513</sup> Fukuyama, Francis, *La Construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Buenos Aires, 2005, #4, pp.175 a 178.

## 8.- COLOFÓN

Tengo, al relativo final<sup>514</sup> del camino, la sensación, plenamente subjetiva, de encontrarme en sintonía con el fenómeno de la *globalización*, tan evidente en nuestros días. A mi lado, tengo un teléfono que obtuvo mi hija Charo, residente en Florida, para su oficina en Lima mediante el cual puedo comunicarme directamente con cualquier número de los Estados Unidos, sin pasar por la conexión de larga distancia, como si estuviera haciéndolo con mi vecino o con cualquier teléfono local. Otro hijo mío puede usar su teléfono como parte del servicio de la Internet, hablar conmigo desde Florida, sin límite de tiempo, ni costo de larga distancia. Un tercero me ha conectado al sistema Skype para dialogar no sólo sin término ni precio, sino viendo recíprocamente nuestras imágenes en las pantallas de las respectivas computadoras de cada uno, él normalmente en California, y yo frente a la misma PC con la que escribo estas líneas; así he conversado con él desde Indonesia, al otro lado del mundo. Ocasionalmente, puedo ver desde mi sillón partidos de fútbol que se juegan en Europa o en cualquier otro continente, como si se tratara del campeonato local. Cuando terminaba pregrado en nuestra Facultad, hacen casi 50 años, un compañero muy acucioso él, viajó a la Argentina, a México y a España, para posibilitarse la consulta directa de fuentes bibliográficas referenciales para la elaboración de su tesis de bachiller, requisito hoy eliminado legalmente. Yo, en cambio, anexo a este trabajo el *Código de Hammurabi*, la *Constitución de Atenas*, la *Magna Charta* y otros documentos de trascendencia

---

<sup>514</sup> Relativo, por cuanto siento que hay aun mucho más que hacer, como dijera César Vallejo, aunque el tema y problema que me he atrevido a tocar, el cisma entre el Derecho y la Economía, ha quedado resuelto ontológicamente.

histórica que he considerado importantes en diversos capítulos de mi trabajo, reuniéndolos en mi computadora a partir de una breve búsqueda en ese universo de información que es la Internet, cuya mención reitero en este mismo párrafo.

El mundo en que vivimos se comprime cada vez más aceleradamente, en términos de espacio y tiempo: lo muy distante ayer, hoy se hace virtualmente próximo y lo muy remoto atrás en el tiempo, puede ser visto y analizado aquí y ahora. Los descendientes de Moon Watcher, el personaje de la ficción de Arthur Clarke, referido por mí en el cuerpo de este trabajo<sup>515</sup>, no sólo hemos dominado a nuestros egoístas adversarios con el fémur de un elefante, sino al espacio y al tiempo con nuestros ordenadores, acercándonos al concepto de *la aldea global* cuya creación se atribuye a un filósofo canadiense llamado Marshall McLuhan, según *Wikipedia* una enciclopedia virtual inmensa que no ocupa sitio. Llegar al *Cipango* y al *Catay* y regresar a Venecia, tomó a Marco Polo toda una vida: de ella salió niño y retornó viejo, dejando enterrados en el camino a sus padres, sus tíos y algunos de sus hermanos, según se cuenta de sus propios escritos<sup>516</sup>. El viaje de Venecia al Japón o a China, hoy no toma sino unas pocas horas de cómodo vuelo. Poco tiempo atrás, el principal mercado de nuestro País, que no existía como tal en los tiempos de Marco Polo, eran los Estados Unidos: hoy lo es la antes remota China y se aproxima a serlo Japón.

En nuestro mundo jurídico me parece que la evolución no puede obviar esas circunstancias culturales que, sin duda, han de impulsar al Derecho hacia una integración cada vez más íntima y total en el espacio y en el tiempo; como ocurre

---

<sup>515</sup> Supra, Introducción, nota # 71.

<sup>516</sup> Ver: Collins, Maurice, Marco Polo, FCE, 1996.

también con la obtención de bienes para la satisfacción de las necesidades no sólo de nuestra ciudad, como entre los helenos y los romanos, los predios feudales, o los imperios de otrora, sino de todo el planeta o, mejor, del *Globo*, para seguir con la feliz expresión de McLuhan. En un momento histórico se hizo necesaria la creación de un instrumento jurídico que protegiera a quienes sacrificaban su patrimonio e, incluso, su vida, para vincular a los oscuros productores artesanales con los poderosos magnates que habrían de disfrutar sus exóticos productos al amparo de normas originadas en el *Jus Civile*, como se ha evidenciado; coincidió esa necesaria normatividad con la máxima importancia que entonces tuvo la *distribución* frente a la capacidad productiva y al consumo limitados; mas ese largo período ya precluyó, dando lugar en cambio, a la necesidad de integrar normatividad, economía, lenguas: en otros términos, *cultura*.

Este trabajo pretende acercarnos a una evidente forma de integración jurídico - económica: la ontológica, basándola precisamente en los elementos propios de cada una de las ciencias sociales de que se ocupa y evidenciando que una necesita de la otra, por lo que el *cisma* que las ha enfrentado durante varios siglos, ha de superarse, para convertirse en la complementariedad recíproca que les es esencial, como está ya hoy ocurriendo. La larga comprobación empírico – legislativa creo que ha evidenciado lo propuesto y espero sea útil para la integración de las disciplinas jurídicas, incluso más allá de la normatividad objetiva específica, mediante el Derecho Económico, concebido ontológicamente, como se ha venido sosteniendo en este trabajo.

## CONCLUSIONES

1. Desde que se tienen evidencias históricas, las normas de orden y convivencia que fueron impuestas muy frecuentemente, por la autoridad teocrática de un hombre o una casta, integraron siempre muchas disposiciones económicas, es decir, destinadas a permitir la satisfacción de las necesidades mediante la producción y distribución de bienes y servicios, conjuntamente con otras de naturaleza diferenciable, lo que permite afirmar que el Derecho y la Economía tienen un remoto y común origen social, allende el siglo X antes de nuestra era, habiendo permanecido integrados durante la mayor parte de la evolución de la humanidad, ya que su separación científica, o *cisma*, como me he atrevido a llamarla, acaece sólo a partir del siglo XVIII d.C., evidenciándose un cierto grado de inútil enfrentamiento entre ambas disciplinas cuya solución se ha propuesto en nuestros días, tratando de aplicar los métodos de una en la otra. No existe ninguna necesidad de utilizar la metodología propia de cada una de ellas para analizar a la otra; tratar de hacerlo, ontológicamente generaría incongruencias teleológicas, es decir, dificultades para el logro eficiente de sus respectivos fines.
2. Este trabajo propone una solución distinta del problema a partir del análisis ontológico de ambas disciplinas, Derecho y Economía, lo que ha de permitir la apreciación objetiva de sus consistencias que evidencian cinco elementos en ambas, tres de los cuales les son comunes en tanto que los dos restantes las diferencian específicamente, dentro de un marco espacial y temporal determinados.

## 2.1. Los tres elementos comunes son:

- 2.1.1. El elemento antropológico, es decir, el ser humano que deviene *persona*, al ser individualizado, consciente y responsable por sus acciones u omisiones;
- 2.1.2. El elemento sociológico o sociedad conformada por un conjunto de personas, vinculadas por lazos de reproducción, habla e intereses comunes y, por lo general, asentado sobre un espacio territorial que consideran propio y excluyente;
- 2.1.3. El elemento político o Estado, consistente en el ordenamiento específico que las personas integrantes de grupos sociales afines se autoimponen para garantizarse identidad, convivencia pacífica, estabilidad y satisfacción de necesidades comunes.

## 2.2. Los dos elementos específicos:

### a. Para el Derecho:

- 1.1.4. El elemento objetivo o norma jurídica, mediante el cual el Estado expresa su voluntad soberana que impone a todos los miembros de la sociedad coercitivamente;
- 1.1.5. El elemento axiológico o valor supremo a alcanzarse para todos los miembros de la sociedad: la Justicia.

### b. Para la Economía:

- 1.1.4. El elemento objetivo consistente en la determinación y procuración de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de los miembros de la sociedad;
- 1.1.5. El elemento axiológico o valor supremo a alcanzarse para todos los miembros de la sociedad: el Bienestar.

El ámbito permanente en que el ser del Derecho y de la Economía son concebibles implica dos elementos condicionantes externos: el espacio, de ubicación en el universo y el tiempo, como dimensión diacrónica, vital y humana.

3. Los elementos comunes evidencian la naturaleza social de las dos disciplinas en cuestión y las hermanan con otras con las cuales los comparten: sociología, antropología, etc. Los elementos específicos, si bien las diferencian favoreciendo su distanciamiento, también se manifiestan complementarios, lo que produce su necesaria y recíproca aproximación, haciendo necesario que cada disciplina conserve su propia metodología en beneficio de la otra y de la sociedad, sin aplicar la propia fuera de su propio marco, como lo ha propuesto el Análisis Económico del Derecho.
  
4. Si bien las dos conclusiones precedentes se manifiestan en el ámbito filosófico, conducen a su aplicación empírica inmediata, dando solución al cisma históricamente existente entre la Economía y el Derecho. Así, los elementos secuenciales de la Economía, vale recordar, *producción, distribución y consumo*, encuentran inmediata correspondencia jurídica en el *Derecho Industrial*, el *Derecho Comercial* y el *Derecho del Consumidor*, respectivamente, lo que permite inducir que, de su conjunto resulta el *Derecho de la Economía*, o como se propone para mayor objetividad, el *Derecho Económico*.

5. El Estado manifiesta su poder *erga omnes* mediante la norma jurídica que, al referirse a lo económico, lo hace el sujeto activo inmediato del *Derecho Económico Público*; sin embargo, la norma constitucional de la cual emana puede limitar ese ámbito, o sea el de las disciplinas jurídicas que lo tendrán como sujeto activo exclusivo, estableciendo que, más allá de esos límites, podrán actuar libremente los ciudadanos que, hasta los albores del siglo XX fueron denominados “*comerciantes*”, aludiendo a la “*distribución*” de los bienes y servicios en la sociedad, soslayando la “*producción*” y el “*consumo*” que irrumpen como funciones inicial y final de la Economía al correr las primeras décadas de esa misma centuria con el “*empresario*”, persona natural o jurídica, como el *sujeto activo* del “*Derecho Económico Privado*” y la *empresa*, como el objeto de su actividad.
  
6. El empresario es el sujeto de la actividad empresarial y la empresa, el objeto económico de esa su actividad, lo cual hace manifiesta la íntima complementariedad entre ambos elementos, el jurídico, referido al sujeto, y el económico, el correspondiente al objeto; esta complementariedad es absolutamente recíproca, ya que no puede existir empresario sin empresa, ni empresa sin empresario.



7. .La única *persona sea natural* o *jurídica* es el *ser humano*; por tanto, la *persona jurídica* de nuestro sistema legal, que nosotros bien conocemos, resulta el *corpus juridicum* que concreta la voluntad de esa *única persona*, singular o pluralmente, conformando la “*corporación*” para que actúe mediante órganos cuyas funciones y poderes son determinados y conformados mediante *representación* a otras *personas*, quienes conservan la responsabilidad de los actos que realicen usando las capacidades que les son otorgadas, frente a su entorno, incluido el Estado que sancionó la conformación y la representación, pues sólo el ser humano es responsable ante la sociedad civil, económica y penalmente.
8. La ley peruana incurre, en algunos casos, en la incongruencia jurídica de dotar personalidad jurídica a la empresa y de subordinar, formalmente, a la persona jurídica que le otorga legitimidad.
9. Todos los ciudadanos somos *sujetos pasivos* de la normatividad del *Derecho Económico Público*, mediante la cual, su *sujeto activo único: el Estado* concreta su finalidad axiológica: “*la justicia distributiva*”. En cambio, las relaciones jurídicas de *Derecho Económico Privado*, se basan en la *libertad* y en la *igualdad* de sus actores, las *personas, empresarios* o no, que, indistinta, consensual, libre y recíprocamente, deciden vincularse para crear *derechos subjetivos*, en favor de la *parte activa*, y las *obligaciones* que consideran equivalentes, a cargo de la *parte pasiva* configurando el *contrato*.

10. Etimológicamente, la palabra *contrato*, “*contra... actum*”, en sus raíces latinas, implica el enfrentamiento de intereses económicos subjetivos que se satisfacen, ya no con la violencia primitiva, sino con el acuerdo solidario de las voluntades de las partes, configurando así un evidente instrumento de paz. De acuerdo con lo expresado, el contrato debiera considerarse y definirse legalmente, como *la especie bilateral del acto jurídico cuyo objeto lícito y posible, tiene siempre una finalidad económica necesariamente valorable en términos monetarios*. Dado que nuestro ordenamiento legal considera la licitud del fin como requisito del acto jurídico, me he permitido proponer la modificación del artículo 140º de nuestro Código Civil, en la primera Recomendación que me parece fluyente de este trabajo. De esta Recomendación emana necesariamente una segunda, la reformulación del artículo 1351º del mismo Código.
11. La primera de ellas se refiere a la singularidad del *agente capaz* que establece el Código, pues parece incompatible con la indispensable *bilateralidad* del contrato, antes referida, y con su consecuente *reciprocidad*. El problema queda resuelto precisamente al observarse que cada una de las partes realiza sendos actos jurídicos singulares, *oferta* y *aceptación* que no sólo son recíprocamente complementarios, sino generadores precisamente de *obligaciones sinalagmáticas*, empleando el clásico sinónimo griego. Como consecuencia, la convención produce la confluencia voluntaria de esos dos actos jurídicos singulares que da, como resultado empírico, la concreción de los fines económicos complementarios, recíproca y convencionalmente previstos por las partes, amén de su bilateralidad.

12. El Código Civil peruano admite que las “*partes*” sean más de dos, confundiéndolas, sin duda, con “*personas*”: *una parte puede estar integrada por más de dos personas*, tanto activa como pasivamente. Puede apreciarse que los contratos en los que parece darse pluralidad de *personas* superior a dos, configuran “*complejos contractuales*”, en los cuales *varios contratos bilaterales se vinculan para alcanzar un fin económico complejo*.
13. Nuestro sistema mantiene la clasificación de los contratos como *nominados e innominados*, siendo evidente que si se trata del instrumento jurídico esencial de la Economía, sería conveniente clasificarlos de acuerdo con la estructura secuencial de ésta, es decir, como *contratos de producción, de distribución y de consumo*, adicionándose *los contratos de servicios* como complementarios de todos los anteriores, lo que permite recomendar la modificación de la Segunda Parte del Libro VII de nuestro Código Civil.
14. Puede afirmarse que todas las constituciones, actuales o históricas, se refieren expresa o tácitamente a los aspectos económicos de las sociedades cuyos Estados tratan de conformar, siendo su tratamiento una de las motivaciones más importantes para su emisión. Lo mismo ha ocurrido con las cuatro constituciones peruanas del siglo XX y el Estatuto Revolucionario de la Fuerza Armada que, conjuntamente con el Plan Inca, reemplazó a la Constitución de 1933, entre los años 1968 y 1980, año en el que entra en vigencia la Constitución promulgada en 1979.

15. La importancia de lo económico se resalta en la Constitución de 1933 que dispone la creación de *un Consejo de Economía Nacional, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales*, disponiendo que por ley se concretaran su organización y funciones. Esta disposición legal, nunca se dio.
16. La Revolución de la Fuerza Armada suspendió la vigencia de la Constitución de 1933 y puso en vigencia transitoria el programa de reformas políticas y económicas que denominó el Plan Inca conduciendo al Perú hacia la institucionalización del Estado empresario, como principal gestor y conductor de la economía nacional, sin estatizarla totalmente. La economía empresarial privada fue afectada con mucha intensidad a en favor de los trabajadores asalariados, orientándose a otorgarles participación en la propiedad, la gestión y la participación en las utilidades de las unidades productivas. Se inscribe en el marco nacionalista de una economía fundamentalmente autogestora “ni capitalista, ni comunista” , procurando distanciarse tanto de la posición comunista entonces liderada por la Unión Soviética y Cuba y de la extrema que propiciaba Mao Tse Tung en China, como del alarmado imperialismo norteamericano, integrándose así al bloque de países del desde entonces denominado “Tercer Mundo” .Es evidente, asimismo, que los militares que asumieron ese totalitario rol revolucionario, lo entendieron como transitorio para lograr una recomposición nacional jurídico – económica que, para hacerse permanente, debía institucionalizarse constitucionalmente. Tal fue el rol que correspondió a la Constitución de 1979, puesta en vigencia en 1980.

17. La Constitución de 1979, recogiendo lo esencial de Revolución que con ella concluía, se manifestó plenamente humanista desde su artículo primero, marcando un universal hito histórico. Asimismo dispuso, por primera vez en la historia constitucional peruana, de un *Título III* denominado “*Del Régimen Económico*” integrado por cincuenticuatro artículos que representaron el 18% del total de las normas contenidas en la Carta. El primero de los ocho capítulos que estructuran este Título, constituyó el marco ideológico de los elementos del sistema económico nacional al establecer la libre iniciativa privada y el pluralismo económico dentro de una economía social de mercado y la planificación como obligación del Estado y opción para la actividad privada, como parámetros del desarrollo. Consideró, además, al trabajo, derecho y deber, como fuente originaria de la riqueza y medio de realización de la persona.
18. Debe mencionarse el artículo 130° de la Constitución de 1979, que trata de definir esencialmente a la “*Empresa*”, esfuerzo inédito en este nivel normativo e, incluso, legalmente. Expresó que “*Las empresas son unidades de producción*” que debían contribuir al “*bien común*” eficientemente, lo que debía serles exigido por el Estado, “*de acuerdo a ley*”, con lo que soslayaba el lucro como motivación primaria del empresario. El verbo “ser” empleado, subjetivaba a la empresa. La ley que requería la norma constitucional nunca se dio y consecuentemente resultó sólo declarativa, desapareciendo en el Régimen Económico de la Constitución vigente.

19. También la Constitución de 1993, presenta un *Título III, Régimen Económico* que mantiene el principio de la libertad de la iniciativa privada dentro de una economía social de mercado, reduce el ámbito del pluralismo económico y omite declarar al trabajo como fuente principal de la riqueza, así como a la planificación, como instrumento orientador del rumbo económico del Estado. El Acuerdo Nacional de Gobernabilidad, sin pretender modificar la Constitución vigente, ser formalmente norma legal alguna, ha permitido, gracias al consenso político, subsanar algunas de esas omisiones al establecer como lineamientos de gobierno del Estado, en especial en lo que este trabajo considera importante, *“Promover el planeamiento estratégico concertado, políticas de desarrollo sectorial y regional que fomenten el empleo, la formación de capital humano, la inversión, la producción y consumo de bienes nacionales y las exportaciones ...”*

20.- El Derecho Civil, a diferencia de la vocación clasista del Derecho Comercial, enmarca a todas las personas que se ubican transitoria o permanentemente dentro de los límites de cada Estado, abarcando toda su existencia, desde la concepción hasta la muerte, y la totalidad de sus contingencias, actos y estados, incluyendo sus relaciones intersubjetivas de todo carácter y las intenciones que las motivan, sean afectivas, psicológicas o, específicamente, en la totalidad del ámbito económico, es decir, en lo productivo, lo distributivo, los servicios o el consumo, aspirando a cubrir las necesidades de las personas dentro de su entorno. Si esto es

así, habría que admitir que su naturaleza esencial es económica y consecuentemente cabría unificar a su normatividad, la del Derecho Comercial. Esta es una vocación normativa que se originó en Europa y se ha extendido a muchos de los sistemas jurídicos románicos de occidente, incluyendo al Código Civil peruano de modo imperfecto, ya que aun rige en nuestro sistema de Derecho Privado, el viejo Código de Comercio promulgado en 1902 con experiencias decimonónicas. No obstante subsisten corrientes actuales en contrario, es decir, que proponen mantener la codificación mercantil autónoma.

21. Adicionalmente, es de observarse que el Derecho Comercial o Mercantil, de acuerdo con su origen histórico, orienta sus regulaciones hacia la distribución, una de las funciones de la Economía desde inicios del siglo XIX, en tanto que la producción, el consumo y los servicios han cobrado marcada relevancia en la evolución social hacia el bienestar y su contrapartida jurídica, la justicia distributiva, estimulando a la normatividad jurídica hacia una adecuada regulación unificada hacia lograrla.

22. Considero que ninguna de las concepciones legales ni las doctrinarias que se inclinan hacia la unificación, ni las que la rechazan, se han valido del análisis ontológico que ha ocupado nuestra atención y que orienta el debate hacia una integración que consolide los elementos de la economía en un cuerpo jurídico integrado por ellos, es decir, la producción, la distribución y el consumo, o sea, el Derecho Económico, concepto que propuso claramente nuestro querido maestro Montoya Manfredi.

23. Los Estados negocian y suscriben tratados pero los que compran y venden son los productores nacionales que utilizan las vías abiertas por la negociación pública: este es el sino del Derecho Económico Internacional, la eficiente síntesis de la actividad promotora del Estado con la actividad empresarial dentro del marco la libertad de comercio que definió la Constitución de 1979 y la libertad de la iniciativa privada dentro de la Economía Social de Mercado que instituyó la vigente.

24. Con el Derecho Económico se consolida la evolución instrumental jurídica que ha permitido al *homo sapiens sapiens* acercarse al cumplimiento del mandato bíblico de conquistar el planeta y dominarlo en beneficio de la evolución de su especie..



## RECOMENDACIONES

1. Modificar el artículo 140º del Código Civil con el siguiente texto:

**Artículo 140º.- Definición y elementos de validez.**

**El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:**

1. **Agente capaz.**
2. **Objeto física y jurídicamente posible.**
3. **Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.**

2. Modificar el artículo 1351º del Código Civil con el siguiente texto:

**Artículo 1351º.- Definición de contrato.**

**El contrato es un acto jurídico bilateral cuya finalidad es económica.**

3. Modificar la segunda parte del Título VII del Código Civil mediante la clasificación de los Contratos en función de su naturaleza económica predominante, es decir, **como contratos de producción, contratos de distribución y contratos de consumo**, sin perjuicio de **mantener como complementarios a los contratos de prestación de servicios**.
4. Unificar los regímenes civil y comercial en un Código de Derecho Económico Privado.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Alpa, Guido; Pulitini, Franceco; Rodotà, Stefano, Romani, Franco, Interpretazione Giuridica e Analisis Economica, Dott. A.Giuffré Editore, Milano, 1982

Ahrens, Hienrich, Curso Completo de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho, , Madrid, Carlos Bailly – Bailliere, 1864,

Aquino, Tomás de, Summa Teologica, Prima Secundæ (I-II), El Hombre,

Arias Schreiber Pezat, Max, Exégesis del Código Civil Peruano, T.I, San Jerónimo, Lima, 3ª.Ed.

Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, T.VI,  
1985.

Aristóteles, Etica a Nicómaco, Libro Quinto, Teoría de la Justicia,  
La Política, Peisa, Lima.

Banco Central de Reserva del Perú, La Misión Kemmerer en el Perú, Informes y Propuestas, Lima, 1ªed.

Bardella, Gianfranco, Cien Años de Historia Económica del Perú , Banco de Crédito del Perú, Lima, 1989.

Basadre, Historia de la República del Perú, Lima, 1998

Bauche Garcíadiego, Diego Mario.- La Empresa. Editorial Porrúa S.A, México, 1977,

Benavides Correa, Alfonso. Oro negro del Perú, Lima, 1963

Bercker, Gary, A Treatise of the Familiy, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1991, [www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos\\_ecoreg/CERCL/421.PDF](http://www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos_ecoreg/CERCL/421.PDF)

Bidart Campos, Germán J., Filosofía del Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires

Bodino, citado por Roll, op.cit.p.79, ref.1

Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil, Pons, Madrid

Bullard González, Alfredo, Derecho y Economía, El análisis económico de las

instituciones legales, Palestra Eds., 2010

Cabanellas, Guillermo, Repertorio Jurídico, Heliasta, Bs.As.

Cabrillo, D. Francisco, La Economía de la Familia, Universidad Complutense de Madrid, [www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos\\_ecoreg/CERCL/421.PDF](http://www.jcyl.es/jcyl/cee/dgeae/congresos_ecoreg/CERCL/421.PDF)

Cairo Roldán, Omar, La Economía Social de Mercado en el Perú, , CINSEYT y Konrad Adenauer Stiftung,, Cuaderno de Trabajo N°5, Lima, 1995

Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review , Vol.85, p.1089, April 1972.

Calabresi, Guido, Themis N°25

Carnelutti, Francesco, Cómo nace el Derecho, Monografías Jurídicas 54, Ed.Themis, Bogotá, 1998, p.10

Castellares Aguilar, Rolando, Moneda y Banca, en Actualidad Jurídica, N° 100, marzo,2002

Chávez Molina, Juan, La Economía Social de Mercado, en Actualidad Jurídica, Tomo 100, Marzo 2002, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo, 2003,

Chirinos Soto, Enrique, Historia de la República, Editorial Andina, Lima, 1977,

Clarke, Arthur C., Una Odisea Espacial, 2001, Biblioteca Básica Salvat, Salvat Editores, Navarra, 1970

Coase, Ronald H., El Problema del Costo Social, [www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf](http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf)

Cottely, Esteban, Teoría del Derecho Económico, Frigerio, Buenos Aires, 1971

Cuvillier, Armand, Las Ideologías, a la luz de la sociología del conocimiento, Universidad Nacional, México, 1967

De la Puente y Lavalle, Manuel, El Contrato en General, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI. 1ª.Parte, Tomo I, PUCP, Fondo Editorial

Desmond, Morris, El Mono Desnudo, Plaza & James, S.A., Editores, Barcelona, 1975

Diez Picazo, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tecnos, Madrid, Vol.I,

Ennecerus, Ludwig, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, 2° Edición, BOSCH, Barcelona, 1954

Ferguson, J.M., Historia de la Economía, 1ª edición en español, FCE, 1994

Fernández Sessarego, Carlos, El Derecho Como Libertad, Studium, Lima, 1987

Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía Abreviado, Ed. Sudamérica, 14ª edición, Buenos Aires, 1983

Friedrich, Carl Joachim, La Filosofía del Derecho, FCE, Breviarios, México, 1997

From, Erick, Marx y su Concepto del Hombre, Marx, Kart, Manuscritos Económicos, FCE, México, 1964

Fukuyama, Francis, La Construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI, Buenos Aires, 2005

Fundación Konrad Adenauer, El Concepto de Economía social de Mercado. Principios, Experiencias y Nuevos Desafíos, CIEDLA, Buenos Aires, 1999

García Maynez, Gabriel, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1951

García Morente, Manuel, Lecciones Preliminares de Filosofía, Losada, S.A., Buenos Aires, 1962

Garrigues, Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil". Tomo I. Reimpresión de la Séptima Edición. Editorial Temis. Bogota-Colombia. 1987

Gentile, Jorge Horacio, El Derecho De La Constitución" En El "Mundo Trialista", Universidad Nacional de Córdoba, Rep. Argentina, Córdoba, 2002.

Gény, Francisco, Método de interpretación y Fuentes en Derecho Privado positivo, Comares, Granada, 2000,

Ghirardi, Olsen A., La Constitución de los Atenenses, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina,

Goldschmidt, Werner, Introducción a la Filosofía del Derecho, Depalma, Buenos Aires, 6ª.ed., 1996

González Izquierdo, Jorge, La Economía Social de Mercado y el Desarrollo Económico y Social en el Perú, en Retos de Política Económica frente a la Crisis Social, Habittat Perú, Siglo XXI, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989

- Gorla, Gino, El Contrato, Tomo I, BOSCH, Barcelona Casa Editorial, 1959
- Hammurabi, Código de,
- Hernández Marín, Rafael, Historia de la Filosofía del Derecho Comparada, 2ªed., Tecnos, 1989
- Hertling, Ludwig, Historia de la Iglesia, Ed. Herder, Barcelona, 1964
- Hobbes, Thomas, Leviathan, Londres, 1651, *Ebooks Release Date: October 11, 2009*
- Huamán Soto, Pacífico, Teoría y Política Monetaria, Eds. Economía, Lima, 1980
- Ihering, Rudolf von, Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires,
- Josué, en Nacar Colunga, Elionio y Colunga Cueto, Alberto, Sagrada Biblia, Decimoséptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973.
- Justiniani Digesta, (Google, The Roman Law Library, Hulot's edition | Krueger and Mommsen's edition: I, II, III).
- Justiniani Institutiones, (Google, The Roman Law Library, Hulot's edition | Krueger and Mommsen's edition: I, II, III).
- Kelsen, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3ªed., Lima, 2001
- Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, Bs.As.,
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2ª ed., Verlag Franz Deutche, Leipzig y Viena, 1960, reimpr. 1967
- Keynes, John Maynard, Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero, FCE, 2ªed. esp., 12ªreimpresión, México, 1992
- Laptev, V., Derecho Económico, Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- Legaz y Lacambra, Luis, Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 3ªed., 1971
- León XIII, Encíclica *Rerum Novarum* ( *De Las Novedades*) Carta Encíclica Del Sumo Pontífice sobre la "Condición" de los Obreros, 15-05-1891
- LeRoy Miller, Roger, Economics Today, Harper Collins Publishers. 6th. Ed., New York, 1988

Levi, Angelo, *Il Diritto Economico*, Roma, 1886

Lillich, Richard B., *The Protection of Foreign Investments and the Hickenlooper Amendment*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.112, N°8, jun.1964

Malpartida Castillo, Víctor, *Introducción al Derecho Económico*, Lima, 1996.

Marx, C. y Engels, F., *Obras Escogidas*, Ed. Progreso, Moscú

Marx, Carlos, *El Capital, Crítica de la Economía Política*, T.I., FCE, México, 1976

Mazeaud, Henry y León; Mazeaud, Jean, *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones: El Contrato, la promesa unilateral, Parte II, Vol. I*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960,

Medema, Steven G., Associate Professor of Economics, University of Colorado at Denver Coase, Ronald, *El Problema del Costo Social*; Richard O. Zerbe, Jr., University of Washington, Graduate School of Public Affairs, 0730, *The Coase Theorem*, <http://encyclo.findlaw.com/0730book.pdf>

Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T.I, Eds.Jurídicas Europa - América, Bs.As.,

Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Introducción*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1979

Miller, Roger LeRoy, *Economics Today*, Harper Collins Publishers, New York, 6th.Ed.,1988

Moisés, *Éxodo*, en Nacar Colunga, Eliono y Colunga Cueto, Alberto, *Sagrada Biblia*, Decimoséptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973.

*Génesis*, en Nacar Colunga, Eliono y Colunga Cueto, Alberto, *Sagrada Biblia*, Decimoséptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973.

*Levítico*, en Nacar Colunga, Eliono y Colunga Cueto, Alberto, *Sagrada Biblia*, Decimoséptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973.

*Deuteronomio*, en Nacar Colunga, Eliono y Colunga Cueto, Alberto, *Sagrada Biblia*, Decimoséptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973.

Montanelli, Indro, *Historia de Roma*, Debolsillo, Barcelona, 2004,

Montesquieu, Charles de Secondat, Barón de, *De L'Esprit des Lois*, P.Pourrat Editeurs, París, 1831

Montoya Alberti, Ulises, Derecho Económico, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966.

Montoya Alberti, Ulises, El Derecho Económico, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa N°33, noviembre, 1989

Montoya Manfredi, Ulises.- “Derecho Comercial”. Edición Aumentada y Actualizada por Ulises y Hernando Montoya Alberti. Tomo I. Décima Edición Actualizada. Editorial Grijley. Lima-Perú. 1997.

Pabón S. de Urbin, José M., Diccionario Griego – Español, Barcelona, 1967

Pareja Paz Soldán, José, Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Ediciones Justo Valenzuela V., EIRL, Lima, 1966,

Petit, Carlos, Mercatura y Jus Mercatorum, Materiales para una Antropología del Comerciante premoderno” en Del Jus Mercatorum al Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 1997

Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Albatros, Bs.As., 1980  
Platón, La República, Libro VII

Posner, Richard A., El Análisis Económico del Derecho, traducción de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª Ed., 1998.

The Economics of Justice, Harvard University Press,  
Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981

Proudhon, Pierre Joseph, La capacidad jurídica de la clases, trabajadoras, 1845.

Radbruch, Gustav, Intruducción a la Filosofía del Derecho, Breviarios, FCE, 3ª.Ed. en español, México, 1965

Real Academia Española, Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, Espasa-Calpe, Madrid, 1989

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición

Reale, Miguel, Fundamentos del Derecho, De Palma, Bs .As.1976

Recasens Sichez, Luis, Vida Humana, Sociedad y Derecho, La casa de España en México, 1939

Rehme, Paul, Historia Universal del Derecho Comercial, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1941, p.49

Rivera, Julio César, Instituciones del Derecho Civil, Parte General, tomo I', 3era edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 2004

Roll, Eric, Historia de las doctrinas económicas, Fondo de Cultura Económica, 5ª ed.en español, México, 1942

Ropo, Vincenzo, El Contrato, Gaceta Jurídica, 1ªed.peruana, Lima, 2009,

Ross, Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, Eudeba, Buenos Aires, 2ªed., 1997,

Rousseau, Jean Jacques, El Pacto Social, Sarpe, Madrid, 1985,

Rubio Correa Marcial, El Estudio de la Constitución Política de 1993, PUCP, T.III, Fondo Editorial, Lima, 1999

Samuelson, Paul A., y Nordhaus, William D., Economía, McGraw Hill, 17ª, Ed., 2000, Madrid,

Samuelson, Paul, Curso de Economía Moderna, Aguilar, Madrid, 16a.Edición, 1a. reimpresión, 1969

Santisteban, Fernando, El Primate Responsable, Antropobiología de la Conducta, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2005

Santos Briz, J., Derecho Económico y Derecho Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989

Say, Jean Baptiste, Catéchisme D'Économie Politique, Une édition électronique réalisée à partir du fac-similé de l'édition originale telle que reproduite par la Bibliothèque Nationale de France

Manual Práctico de Economía Política

Scheller, Puesto del Hombre en el Cosmos

Schipani, Sandro, Derecho Romano, Codificación y Unificación del Derecho – Instituciones - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1883

Sierralta Ríos, Aníbal, Introducción a la Juseconomía”, PUCP, Fodo Editorial, Lima, 1988.



Smith, Adam, Investigación de la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones, Ediciones Orbis, S.A, Tomos I y II, Barcelona, 1983. (Revisión y adaptación al castellano moderno de la traducción de Licenciado José Alonso Ortiz, publicado en 1794 por la Redacción de <<España Bancaria>>. Título del original en inglés: “*Inquiry into thr Nature and the causes of the Health of Nations*,

Solís Espinoza, Alejandro, Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima, 1991

Spota, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Vol.I, Depalma, Buenos Aires,

Stamler, R., Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la Historia – Una investigación filosófico-social, Ed.Reus, Madrid, 1929,

Stewart Balbuena, Alberto, El Fideicomiso como negocio fiduciario, Grijley, Lima, 1996,

Stolhenberg, Gerhard, en Prólogo de Fundación Konrad Adenauer, , El Concepto de Econom{ia Social de Mercado: Principios , Experiencias y Nuevos Desafíos, , CIEDLA, Buenos Aires, 1999..

Torres Vásquez, Aníbal, Código Civil, 3ª ed., Lima, 1996

Ugarte del Pino, Vicente, Historia de las Constituciones Peruanas, Editorial Andina Lima,

Ulpianus, Digestum

Uría, Rodrigo, Derecho Mercantil, M.Pons, Madrid, 1987, p.34

Vidal Ramírez, Fernando, Teoría General del Acto Jurídico, Cultural Cuzco, Lima, 1ªed., 1985

Vítolo, Daniel, “Lex Mercatoria”, Astrea, Bs.As., 1988

Weber, Max, Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, FCE, México, 1987

Witker, V., Jorge, Derecho Económico, HARLA, Colección de Textos Universitarios, México, 1985

## INDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN .....	1
1.- EL CISMA, COMO PROBLEMA .....	2
1.1.- Comprobación empírica del cisma .....	2
1.2.- Comprobación histórica del cisma .....	3
1.3.- Las Hipótesis .....	16
1.4.- Mi marco teórico .....	17
1.5.- Estructura del trabajo .....	18
2.- DESARROLLO ONTOLÓGICO DE LOS CONCEPTOS “DERECHO” Y “ECONOMÍA” .....	21
2.1. La ontología .....	22
2.2. Concepto Ontológico del Derecho .....	23
2.2.1.- El Tridimensionalismo.....	24
2.2.1.- El elemento antropológico del Derecho.....	26
2.2.2.- El elemento sociológico.....	27
2.2.3.- El elemento político.....	28
2.2.4.- El elemento objetivo y metodológico.....	30
2.2.5.- El fin axiológico o elemento teleológico.....	30
2.2.6.- Síntesis conclusiva.....	31
2.2.7.- Los Elementos Condicionantes Externos.....	32
2.2.8.-¿Es la Pentaelementalidad exclusiva de la Consistencia del Derecho?.....	35
2.3. Concepto Ontológico de la Economía.....	36
2.3.1. ¿En qué consiste la Economía?.....	36
2.3.2. El concepto de Economía.....	38
2.3.3. El concepto “bienestar”.....	41
3.- LA HIPÓTESIS DE UN CONCEPTO ONTOLOGICO INTEGRADOR: EL DERECHO ECONÓMICO.....	45
3.1. Relación elemental entre el Derecho y la Economía. ....	45
3.1.1.- Los Elementos Condicionantes Externos.....	47
3.2.- El Derecho Económico.....	47
3.3.- Ubicación del Derecho Económico en el ámbito general del Derecho, de acuerdo con los sujetos activos intervinientes.....	49
3.4.- Concepto propuesto para el Derecho Económico.....	50
3.5.- Evolución doctrinaria del Derecho Económico.....	51
3.6.- El Derecho Económico en el Perú.....	54
3.7.- Atingencias personales a la evolución conceptual del Derecho Económico.....	56
3.8.-Breve esbozo histórico-conceptual sobre el Análisis Económico del Derecho o “Law and Economics” y su relación con el Derecho Económico .....	58

4.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DERECHO ECONÓMICO	
4.1.- El Estado, como elemento subjetivo esencial del Derecho Económico Público .....	65
4.2.- La personificación del Estado.....	66
4.3.- El “ <i>empresario</i> ” como elemento subjetivo esencial del Derecho Económico Privado.....	66
4.3.1. El <i>empresario</i> y la <i>empresa</i> .....	67
4.3.2. Los modelos empresariales en el sistema jurídico peruano.....	68
4.3.3. Persona jurídica, <i>empresario</i> y <i>empresa</i> .....	72
5.- EL CONTRATO, INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA COMPLEMENTARIEDAD ONTOLÓGICA Y RECÍPROCA EXISTENTE ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.....	78
5.1.- Concepto de Contrato	
5.1.1. Análisis etimológico del término “ <i>contrato</i> ”.....	79
5.1.2.- El análisis etimológico.....	80
5.1.3.- Análisis gramatical pseudoetimológico .....	81
5.1.4.- El análisis etimológico propuesto.....	82
5.1.5.- Una comprobación histórica .....	83
5.2.- Los elementos del contrato.....	85
5.3.- Breve apunte acerca de las teorías objetiva y subjetiva del valor.....	89
5.4.- El contrato en el Derecho peruano .....	91
5.4.1.- Plurilateralidad y bilateralidad.....	94
5.4.1.1.- El Contrato a favor de Tercero.....	95
5.4.1.2.- El Contrato de Fideicomiso .....	96
5.4.1.3.- El Contrato de Tarjeta de Crédito.....	97
5.4.2.- La relación jurídica y la obligación.....	98
5.4.3.- Lo económico y lo patrimonial.....	99
5.4.4.- Definición de Contrato.....	101
5.4.5.- La clasificación de los contratos.....	101
6. EVIDENCIA DEL DERECHO ECONÓMICO COMO ESENCIALMENTE COMPLEMENTARIO ENTRE TODAS LAS RAMAS DEL DERECHO Y LA ECONOMÍA .....	105
6.1. Introducción.....	105
6.2. Las normas de Derecho Económico en el Derecho Constitucional Universal.....	105
6.2.1. La incidencia de la Economía en las Constituciones Políticas peruanas del siglo XX.....	110
6.2.2. Los elementos económicos en la Constitución de 1920.....	113
6.2.3.- La Constitución de 1933.....	116
6.2.3.1.- El mal sino de la Constitución de 1933.....	120
6.2.3.2.- Las reformistas motivaciones económicas del Estatuto Revolucionario de la Fuerza Armada y del Plan Inca.....	128
6.2.4.- La Constitución de 1979.....	132
6.2.5.- La Constitución de 1993.....	140

6.3.- ¿Es posible la Economía Social de Mercado sin la intervención planificadora estatal?.....	148
6.4.- Las normas de Derecho Económico en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial.....	153
6.4.1. Recordando algo de lo hecho .....	153
6.4.2. En la Unión Europea .....	160
6.4.3.La unificación de las normas de Derecho Privado en América de habla ibérica.....	160
6.4.3.1. En Perú.....	160
6.4.3.2. En Paraguay .....	161
6.4.3.3. En Brasil.....	162
6.4.3.4. El frustrado esfuerzo argentino.....	162
6.4.3.5.- Un intento de síntesis conceptual de lo precedente .....	162
6.5.- La Industria, en el Perú .....	164
6.6.- Tratamiento legal del Consumo en el Perú.....	165
6.6.1.- El consumidor dentro del marco del consumo como noción económica dinámica.....	166
7.- EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL.....	168
7.1. Introducción.....	168
7.2. El accionar internacional del Estado.....	168
7.3. Los ejecutores en la economía internacional.....	170
7.4. La síntesis esencial.....	172
8.- COLOFÓN.....	174
CONCLUSIONES.....	177
RECOMENDACIONES.....	189
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	190
INDICE.....	199

#### ANEXOS EN CD ADJUNTO:

- 1.- Código de Hammurabi
- 2.- Aristóteles, La Constitución de Atenas
- 3.- Magna Carta
- 4.- Constitución de los Estados Unidos de América
- 5.- Constitution Francaise de 1791
- 6.- Estatuto Revolucionario y Plan Inca
- 7.- Acuerdo de Gobernabilidad
- 8.- Code Civil Suisse
- 9.- Unidroit

