FILOCAM

AGOSTO 2022

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MORON

VOLUMEN XXIII

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Co- directores: Adrián Cetrángolo – Marcelo Díaz - Iván Ponce Martínez
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM

Director — Martín Aldax
Jefa de Redacción y Coordinación General — Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción — Osvaldo Nan - Cristian E. Callegari

Staff permanente — Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena - Mariana Kaul - Mariela Blanco - Mariana Rozenhauz - Luciana Sofía Frega - Claudia Basiliz - Gustavo Baellia - Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro - Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro Janevic – Olga Mater – Marcela Leal - Carlos Birocco - Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge Oscar Rossi – Gonzalo Rodríguez Naon – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max Molina

Arte de tapa — Telescopio James Webb Nasa - Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen XXIV 4

Dos años – *Cristian Callegari* 5

Sin paz no hay derecho. Una mirada institucional de los valores del Sistema Jurídico Político – *Agustín Bernardo Bonaveri* 7

El Banquete de Platón. Su ley y elementos estructurantes. El vino. La palabra. El Eros - *Héctor Raffo.* 13

Hacía una filosofía de la responsabilidad civil médica - *Jorge Oscar Rossi.* 20

La ficción Contractualista y la problemática de género - *Cristian Callegari* 44

Análisis constitucional a la insoslayable agenda directriz pendiente del Código Civil Peruano. Réquiem a los dogmas perezosos y a las modificaciones innecesarias - *Jorge Isaac Torres Manrique* 55

Contratapa Literaria – Luna – *María Celeste Teotino* 79

Presentación Filocam Volumen XXIV

Presentación FILOCAM Volumen XXIV

Dos años

Cristian Callegari[1]

Llegamos a los dos años de nuestra publicación, creativa idea de Martin Aldax, Filocam es una revista digital instalada en el ámbito de la colegiación y sus notas y ensayos ya son citados en distintos foros académicos. Cynthia Callegari, con su profesionalidad mes a mes revisa, corrige y sugiere, Martín Aldax la dirige y diagrama y con Osvaldo Nan, completamos el grupo que asumió el riesgo de mes a mes de cumplir con el desafío de no censurar, ni interferir en las publicaciones, de sumar a académicos, doctrinarios y abogados que tengan la motivación de publicar sus ideas. No estamos solos, el grupo FiloCam, acompaña y adquiere protagonismo en la publicación, difundiendo, acompañando notas propias y de gente cercana que con sus ideas propone un mundo mejor, más allá de nuestra posición crítica.

El punto cero que nos disparó fue la pandemia y el cambio interno por el que atravesamos nos hizo reflexionar, nos hizo pensar y nos ayudó a ser mejores, asumiendo el camino de la conciencia, de intentar buscar una verdad (aún bajo el sino de la posverdad) y de salir de la cotidianeidad que nos proponía el encierro, el cambio tecnológico, para así crear nuestra propia ideología. Redescubrimos conceptos como biopolítica, poder, derecho, discurso, rizoma y sobre todo el panóptico y sociedad disciplinaria. Giorgio Agamben en la misma época en que creamos nuestra revista escribía el 30

[1] Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es miembro del Tribunal de Disciplina de la AAT, asambleísta en el CPACF, Revisor de cuentas de a AAT, además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, y es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

de julio de 2020: "*la infección pandémica del virus que tiene en jaque a sociedades enteras es una coincidencia y una oportunidad imprevista, que ha de aprovecharse para mantener bajo control el pueblo de los sometidos*"[2], ese pensamiento sincrónico, fue el punto de partida de nuestro instituto, nuestro pensamiento y nuestra publicación.

Nuestro mundo se quemaba, nos mostramos desnudos, indefensos, y escribimos, sin saber que alguien lo leería, ya que no sabíamos si nos liberaríamos del incendio y tuvimos la inmensa dicha que alguien nos leyó, nos copió y nos replicó; a partir de Filocam varios Institutos de nuestro colegio de abogados y de otros vecinos crearon publicaciones similares, como medio de trascendencia y quizás salvataje.

Nos resta parafrasear a Agamben quien decía en octubre de 2020 que "*el ser humano hoy desaparece, como una cara de arena borrada en la orilla. Por lo que toma su lugar ya no tiene un mundo, es sólo la vida desnuda, muda y sin historia a merced de los cálculos del poder y de la ciencia. En cambio, tal vez es sólo a partir de este desastre que un día podrá lenta o bruscamente aparecer algo distinto –no un dios, por cierto-, pero tampoco otro ser humano, un nuevo animal, quizás, un alma de cualquier manera viviente…*"[3]

.

[2] Agamben Giorgio, ¿En qué punto estamos? La epidemia como política, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora. 2020

[3] Agamben, Giorgio, Ob. Cit.

Sin paz no hay derecho. Una mirada institucional de los valores del Sistema Jurídico Político[1]

Agustín Bonaveri[2]

Parto de la premisa que la paz es un presupuesto necesario para la existencia del derecho. Y esto ha quedado demostrado por el opuesto a la paz, que es la guerra, en tanto la guerra es la consolidación de los más horrendos crímenes y delitos.

Así lo enseña Alberdi, al decir: *"El crimen de la guerra. Esta palabra nos sorprende, sólo en fuerza del grande hábito que tenemos de esta otra, que es la realmente incomprensible y monstruosa: el derecho de la guerra, es decir, el derecho del homicidio, del robo, del incendio, de la devastación en la más grande escala posible; porque esto es la guerra, y si no es esto, la guerra no es la guerra. Estos actos son crímenes por las leyes de todas las naciones del mundo. La guerra los sanciona y convierte en actos honestos y legítimos, viniendo a ser en realidad la guerra el derecho del crimen,*

---

[1] El presente trabajo refleja algunas partes de mi exposición en el evento "SIN PAZ NO HAY DERECHO. La docencia jurídica del mundo NO CALLA ANTE LA GUERRA" del 31 de marzo de 2022 disponible en YouTube https://www.youtube.com/watch?v=fw9CTrmvgOA

Este evento, que reunió a docentes de más de unas cincuenta Facultades de Derecho de diversos países de América y Europa, fue convocado por el Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en conjunto con el Máster en Cultura Jurídica de la Universitat de Girona (España) y el Tecnológico de Antioquia (Colombia) y coordinado por el Profesor Ricardo Rabinovich-Berkman.

2 Abogado. Especialista en Derecho y Economía Ambiental por la Universidad Carlos III de Madrid y Especialista en Organizaciones sin Fines de Lucro por la Universidad de San Andrés. Maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en Derecho Ambiental y Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ha publicado diversos trabajos en el área de derecho público. Actualmente se desempeña como Director de Asuntos Legales de la Dirección Nacional de Migraciones.

contrasentido espantoso y sacrílego, que es un sarcasmo contra la civilización"[3].

Ahora bien, ante este trágico escenario que presenta la guerra, ¿qué puede hacer el derecho? ¿es posible algún aporte por la paz?

Entiendo que muy poco puede hacer el derecho para alcanzar la paz.

Desarrollaré seguidamente esta -en principio- pesimista afirmación.

Llambías definía al derecho como el orden social justo. Apoyándome en la definición de este gran jurista, la complemento agregando que el derecho es el orden del orden social justo.

Con ello quiero resaltar que para que exista derecho –y a partir de allí la definición o alcances que se le quiera dar al término- es necesario que previamente exista un orden, una organización de la sociedad –con los alcances que se le quiera dar también a estos dos términos-.

Toda vez que el derecho pertenece al mundo del deber ser, en tanto que la guerra se encuentra en el mundo del ser, y como explicaba el filósofo empirista David Hume, entre el mundo del ser y el mundo del deber ser existe un abismo lógico, no es posible traspolar directamente acciones de un campo al otro, toda vez que sus lógicas responden a planos diferentes[4].

---

[3] ALBERDI, Juan Bautista, *El Crimen de la Guerra*, Obras selectas , Nueva edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería "La Facultad" de Juan Roldán, 1920, t. XVI, pág. 9. Consultado en http://www.hacer.org/pdf/Guerra.pdf

[4] HUME, David, *Tratado sobre la naturaleza humana* (Libro III, Parte I, Sección I) del año 1740 "No puedo evitar añadir a estos razonamientos una observación que quizás puede tener alguna importancia. En cada sistema de moralidad que he observado hasta ahora, encuentro siempre que el autor procede algunas veces en la forma ordinaria de razonamiento, y establece la existencia de Dios, o hace observaciones sobre asuntos humanos, cuando de repente soy sorprendido porque, en vez delas usuales copulaciones de proposiciones «es» o «no es», me encuentro con proposiciones ninguna de las cuales no está conectada con un «debe» o «no debe». Este cambio es imperceptible, pero es sin embargo de consecuencias últimas; porque como este «debe», o «no debe», expresa alguna nueva relación o afirmación, ésta debe necesariamente observarse y explicarse; al mismo tiempo debe darse una razón para algo que parece completamente inconcebible: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son completamente diferentes de ella. Pero como los autores no toman comúnmente esta precaución, debo intentar recomendarla a los lectores; y estoy persuadido que esta pequeña atención

Si así no fuera, bastaría, por caso, positivizar en normas jurídicas todos aquellos anhelos de la sociedad, como ser la felicidad, la alimentación, la vivienda, la educación, el equilibrio ambiental, la salud y por qué no la paz misma, y esperar a que el derecho, como un rey Midas de lo Justo, transforme todos esos anhelos sociales, no ya en oro, sino en realidades tangibles.

La experiencia indica que no es así.

Es menester aclarar que no me opongo al reconocimiento de los derechos.

Por el contrario, considero que ha sido uno de los grandes avances del Estado constitucional democrático de derecho su reconocimiento en tratados internacionales y, en el caso de Argentina, dotarlos de jerarquía constitucional. Pero estoy destacando, en este caso, que plasmar derechos en instrumentos positivos, constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para su efectivo goce. Y que por el hecho de hacerlo –acción en el plano del deber ser- no necesariamente en forma directa se va a plasmar en la realidad –plano del ser-.

En este sentido, algunas de las constituciones más avanzadas, con los aportes de la ingeniería institucional y de las experiencias europeas y americanas en la materia, se desarrollaron en el continente africano tras la descolonización.

Por todo ello, es que considero que el derecho poco puede hacer frente a la guerra.

Pero esta primera aproximación, poco fructífera en el camino hacia la paz, abre un espacio al aporte que sí puede –y debe- hacer el mundo académico respecto a los valores que sustentan al ordenamiento jurídico.

---

subvertiría todos los sistemas vulgares de moralidad; y permite ver que la distinción de vicio y virtud no se encuentra simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón".

Inicio este derrotero a partir de una mirada institucional, entendiendo a la institución como "*el conjunto coherente de actos o acciones humanas*"[5], es decir, aquello que decanta tras una práctica social sostenida en el tiempo y que adquiere una forma propia. Esta práctica o hecho social tendrá contornos que la irán modelando desde el deber ser: aspectos morales y jurídicos.

Así, es posible distinguir tres elementos que conforman una institución: a) la situación o hecho social; b) la valoración; c) la regulación. Comenzaré por este último.

La regulación o marco normativo de la institución, esto es, el derecho, como se ha señalado precedentemente, resulta insuficiente en aras de alcanzar la paz, toda vez que, en cualquier situación de guerra, la potencia del derecho queda licuada ante la arrolladora presencia de lo fáctico, la violencia destructora de la confrontación bélica.

No obstante, la valoración como elemento axiológico de la institución, que es el que la dota de vitalidad y rumbo, puede emerger como el aporte que los docentes de derecho pueden realizar, al incorporar o resaltar en la enseñanza de las diferentes materias jurídicas, este elemento como sustento del derecho.

Ello no implica posicionarse necesariamente en una concepción iusnaturalista del derecho, ya que los valores a los que refiero resultan aceptados también desde una concepción positivista.

El mundo académico del derecho puede colaborar en la conformación de ese orden, de esa organización, mediante la creación de conocimiento sobre los valores que dan sustento al ordenamiento jurídico. Este proceso de enseñanza-aprendizaje no se limita únicamente a la adquisición de saberes

[5] TAU ANZOÁTEGUI, V. y MARTIRÉ, E., *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1982, pág. 33.

técnicos, sino que implica también el desarrollo de prácticas actitudinales frente a estos valores.

Desde la ciencia política se ha dicho que *"Los valores han sido presentados como generadores de coherencia en el sistema de actitudes de un sujeto, y en consecuencia como los últimos factores explicativos de sus comportamientos"*[6].

Ahora bien, ¿cuáles son esos valores? Aquellos que responden a una forma de organización política democrática y que promueva y garantice los derechos fundamentales de las personas, en tanto resultan opuestos a otras formas de organización política como las autoritarias o totalitarias.

El sistema democrático –que se constituye, entre otros, con principios como la soberanía del pueblo, la elección de los representantes, la periodicidad de los mandatos, la igualdad ante la ley, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la publicidad de los actos de gobierno, etc., la solidaridad, la tolerancia y la cooperación internacional entre los Estados, resultan los principales valores que sustentan un Estado democrático el cual, sin ser necesariamente óptimo, es con certeza el menos malo[7]. Sigo en esto a Winston Churchill: *"La democracia es el peor sistema de gobierno diseñado por el hombre. Con excepción de todos los demás".*

Dentro de este elenco de principios y valores, uno de los principios fundamentales es el de la dignidad humana o principio *pro homine*.

---

[6] VALLES, Josep M., *Ciencia Política*, Madrid, Ed. Ariel , 2002, 2° edición, pág. 263.

[7] Algunos de estos valores se encarnan en el derecho positivo. Por ejemplo, en el Preámbulo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece "… promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, reconociendo la identidad en la pluralidad, con el propósito de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y hombres que quieran gozar de su hospitalidad".
Asimismo, en la Constitución Española de 1978, el art. 1.1 dispone: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Se ha dicho que "uno de los *rasgos más sobresalientes del constitucionalismo* que surgió una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial fue elevar la dignidad de la persona a la categoría de *núcleo axiológico constitucional*. En este sentido, la consagración de la dignidad de la persona como principio nuclear se presenta como el fundamento del sistema político y también como principio rector supremo del ordenamiento jurídico. [⋯] Se desprende que la dignidad, en cuanto calidad innata a todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente (libre capacidad de autodeterminación) cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás"[8]. Cabe resaltar este carácter bifronte del principio *pro homine*, tanto en su faz jurídica, así como su valor político fundamental.

Una educación que informe y forme en los valores precedentemente señalados será el aporte más valioso que los docentes de derecho podemos realizar, conformando los cimientos de una sociedad fraterna, en la cual la paz sea un presupuesto indiscutido que abra el camino en la construcción del anhelado orden social justo.

[8] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 121.

El Banquete de Platón. Su ley y elementos estructurantes. El vino. La palabra. El Eros.

Héctor Raffo[1]

Occidente cuenta una historia sobre el amor que es el más formidable esfuerzo realizado para hacer manejables las historias del amor. El Banquete de Platón, su ley y elementos estructurantes. El vino. La palabra y el Eros es un trabajo de Enrique S. Marí en Cuadernos de Filosofía XXII, 36, Buenos Aires, noviembre de 1991).[2]

El autor del epígrafe, uno de los mentores más destacados de las corrientes críticas del derecho a nivel nacional, nos lleva a reflexionar sobre el correlato histórico de un sentimiento tan noble al través de los tiempos como el amor, que ineluctablemente nos lleva permanentemente a un entramado entre la ley del amor en sí y la ley del deseo-carencia.

La obra El Banquete de Platón, relata una reunión entre varios ciudadanos atenienses entre los cuales se encuentra Sócrates, quienes emiten sus opiniones conforme una óptica meramente subjetiva, y culmina con unas reflexiones sobre el tema, que humildemente refiere provienen del pensamiento de Diotima (una adivina).

---

1 Abogado - Ex – Juez de Menores del Departamento Judicial de Morón – director de la Comisión de Abogados del Niño del CAM – Ex Integrante del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires – Docente Universitario – Ex presidente de la Asociación Argentina de Magistrados de la Justicia de Menores y de Familia.

2 Enrique Eduardo Marí fue Licenciado en Filosofía, Abogado, ex profesor de Epistemología del Conocimiento Social en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de UBA.- Investigador Principal del CONICET, Autor de "Neopositivismo e Ideología" (Eudeba), El Discurso Jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros a(Hachette), "La Problemática del Castigo" (Hachette), "Elementos de Epistemología Comparada" (Punto Sur), "Materiales para una Teoría Crítica del Derecho" (Abeledo Perrot).

El Banquete ha sido calificado como la obra maestra de Platón en la que el diálogo es presentado como la fórmula más amena sosteniendo que literatura y filosofía son la misma cosa: una composición original en la que la filosofía toma cuerpo en la realidad en tanto que la mirada de la realidad es enteramente transformada por la filosofía.

Platón aborda las diferentes manifestaciones del amor en su época como su doctrina fundada no en forma sistemática sino dialéctica que culmina en el dialogo entre Sócrates y Diotima (una vidente).

Hace eje en la idea de que el amor es el deseo de lo bueno, lo bello y lo verdadero que llevará al hombre a su inmortalidad considerando a la Belleza en sí, más allá de las bellezas particulares.

En El Banquete está en juego el lazo social basado en el amor con reglas precisas y principios inalterables que garanticen la relación pacífica entre los hombres.

Paciente y respetuosamente Sócrates va desarticulando los distintos pareceres acerca del Dios Eros y su cotejo con la mirada particular de cada uno.

En la obra aparecen reflexiones precisas sobre el estatuto de la familia y la mujer, la templanza, las cuestiones referidas a la sexualidad y sobre todo "*el dominio de sí que hacen gobernable la ciudad y dotan a las polis de servicio público*" (op.cit p. 122).

La historia de El Banquete se inscribe en la verdad y su búsqueda a través de recursos lícitos éticamente hablando para garantizar una buena convivencia formada no solo por lo tangible (amor a la belleza) sino que introduce reflexiones acerca de lo que Marì llama las historias del amor que integran el submundo de las napas inferiores del mismo para su cotejo con la idea de Amor a la Verdad.

Los comensales en sus intervenciones dan cuenta de las distintas interpretaciones que cada uno tiene sobre el amor, conforme a su creencias y compromisos: desde el poeta trágico (Agatón), Aristofanes el poeta cómico y enemigo de Sócrates, Eriximaco con su discurso médico y promotor del tema a abordar, Pausanias que presenta su desazón en cuanto a su relación con sus riquezas materiales, Fedro quien interpreta al amor como un gran Dios, el más anciano de todos los dioses hacedor de la tierra y el Amor (mirada teológica), Alcibiades y Aristodemo, el relator.-Todas y cada una de las exposiciones aparecen como propuestas, respetuosamente relativizadas por Sócrates como expresiones sesgadas, interesadas, y por ende insuficientes para mostrar al Amor como camino a transitar interactuadamente con la realidad.

Según Lacan, al adoptar Sócrates una actitud silenciosa mientras los comensales exponen, representa una actitud vacua, escuchando los discursos a fin de permitir que quede expuesto el verdadero deseo del sujeto.

Así, la construcción dialogal culminará para Platón en el cotejo de los discursos de los comensales y sus diálogos, en un concepto liminar criticando la idea del Dios Alpinista cumbre hacia la que marcha la humanidad en búsqueda de la Verdad (Mari.op cit. p. 123).

Esa búsqueda incesante nos dice Marí hace que el hombre en su accionar muchas veces caiga en situaciones, le perjudican personal o colectivamente. Así, el amor a placeres meramente coyunturales sea en su relación entre ellos, amor a la guerra en tiempos del medioevo, amores románticos, pasionales, dramáticos inscriptos en la novelística (Manon Lescaut, Emile Zola, Oscar Wilde entre muchos otros), a bienes materiales, actuaciones muchas veces imposibles de concretar, a veces denigrantes de su propia identidad, los que desembocarán

irremediablemente en la idea de no ser más que amores efímeros. Serían ideas sobre el amor.

Agudamente Marí señala por otra parte que la búsqueda del amor sublime decae "*luego de una espera de varios siglos de racionalismo hasta que el Eros Alpinista emprenda su retorno freudiano a detectar (e identificar) lo sublimado de lo sublime*" Op. cit p.124.

Arriba a la conclusión de que muchas veces se habla del amor desde un lugar meramente emotivo y circunstancial.

Solamente la filosofía dejará de lado toda forma de vasallaje, que desestima la idea del amor declamado, pero no instaurado. Que para la búsqueda de la Verdad será necesario acudir a la Razón para aspirar a la igualdad, la justicia y el bienestar.

Es lo que se llama Logos, en el que todas las inscripciones corporales del amor deberán someterse al único amor verdadero, al amor a la filosofía.

Por tanto, para arribar a este estadio deberemos renunciar a la idea de sumisión mediante el uso de la palabra razonada y respetuosa, a través del diálogo como único camino a la construcción de un Discurso constructivo, única vía para garantizar una convivencia pacífica.

Para diferenciar los dos tipos de amor, Marí propone llamar discursos o historias sobre el amor, (final de la obra expresado entre el diálogo entre Sócrates y Diótima) y discursos o historias del amor emergentes de los discursos de los distintos comensales.

El Escenario

Para trabajar el tema propuesto a debatir, Marí analiza la obra desde una perspectiva dotada de tres elementos: El vino, la palabra y el Eros.

En la Antigua Grecia circulaba una interpretación acerca del formato de las reuniones conformadas por tres espacios distintos: la comida, la bebida y la circulación de la palabra. Dice el autor: "*El vino no es indeseable en la fiesta, es indeseable en el banquete si no se regula su medida. En caso contrario interfiere en la palabra. Sin control el banquete se transforma en un festín donde los convidados hablan y no dicen nada. Se desploman los cuerpos, no hay ley porque el discurso es parte esencial de la ley del banquete*" (op. cit 135).

"*El amor ata pero el vino desata la voz del amor*" "*El vino medido, la palabra medida el amor a los cuerpos medidos, son segmentos fácticos de una categoría griega esencial: la templanza como virtud del hombre libre y digno*" (op. cit 137).

Entendemos que como la democracia perfecta es utópica, la ley puede mediar entre el hombre y el mundo en una relación de goce.

El placer y el placer del vino, según Marí nos conducen a que la palabra adquiera valor, sin ropajes ni encubrimientos. Ellos "*tienen un nexo con la ley como mediación entre el mundo en una relación de goce, al interior de la cultura y el cuerpo*".- El placer sin ley nos retrotrae al mundo de la naturaleza (op. cit p. 146.-)

Esa palabra cobrará relevancia en cuanto a que la misma sea pesada y pensada en función del otro, el semejante, el par sin otro aditamento y en espacios horizontales donde prime el respeto y la escucha.

Lo dicho nos lleva a pensar si en la actualidad existen muchos espacios con estas características que nos permitan discurrir, debatir, intercambiar pareceres en búsqueda de la Verdad como meta del ideal de Justicia mediante la razón y el respeto al otro.

Dice Marí que esas son las características de El Banquete; en él lo esencial "*es su estructurada reglamentación del placer y de organización de la palabra. Límite y organización funcionan como condición de nurtura a la cultura*" (op cit p. 147).

El autor cita a Florence Dupont en su obra "*Le plaisir et la loi*" en cuanto a que sin ley no hay sujeto, ni textos portadores de sentido; "*hay hombres librados de las neurosis y destinados a la psicosis*" (p.119).

Concluye Marí afirmando que en el contexto de El Banquete aparece el dispositivo de "*ingreso de los comensales a la ley, comunicación social vincular con la administración de la ciudad en tanto que la ausencia de ley en el festín, quiebran la relación estructural entre la palabra y el amor*".

Esta obra nos interpela seriamente acerca de la manera de comunicarnos en el mundo actual, al margen de los avances científico-tecnológicos en un contexto globalizado que conspiran contra una manera manifiesta, expuesta con nitidez al final de El Banquete como una manera de escuchar con respeto para luego concluir con interpretaciones edificantes y superadoras de los discursos previos de los comensales.

Sería un camino espiralado indefinidamente tomando como eje al amor por el saber, la verdad y la justicia, sea en ámbitos privado como públicos.

Sería construir espacios de diálogos basados en el amor a la sabiduría, mediante un estatuto regulador, respetado por todos en

intercambios de pareceres, por encima de todas las otras formas que el mismo ha tenido en sus distintas interpretaciones fragmentadas.

Nos interrogamos acerca de la distancia entre este esbozo reflexivo y la realidad actual aturdida por expresiones o actitudes altisonantes, vacuas, empoderadas muchas veces por intereses subalternos, nutrientes de odio e intolerancia.

Aun así, pensamos que siempre habrá oportunidades en nuestra vida de relación, en las que podamos crear o recrear esta concepción platónica del Amor, como vía pacificadora de conflictos, escuchar respetuosamente al otro deberá dejar ser algo raro y exótico.

.

Hacía una filosofía de la responsabilidad civil médica.

Jorge Oscar Rossi[1]

I. Un punto de partida

Comenzaremos aclarando que, en cuanto al objeto de la filosofía del derecho, nos ubicamos en aquella línea que sostiene que está disciplina se ocupa de realizar un "análisis lógico del lenguaje jurídico".

Así, Guastini[2] expresa que *"el propósito de la filosofía no es el conocimiento del mundo (ya que conocer el mundo es tarea de las diferentes ciencias), sino más modestamente, «la clarificación lógica de los pensamientos». La filosofía es, por lo tanto, no una ciencia o una doctrina sino una actividad: la filosofía es «crítica del lenguaje».*

Y su lugar no está «al lado» de las ciencias (no se trata de una ciencia peculiar entre todas las demás), sino «por encima» de ellas desde el punto de vista lógico, y quizás «por debajo» de ellas desde el punto de vista axiológico. En definitiva, según esta visión, la filosofía no es otra cosa que un método: el análisis lógico del lenguaje, precisamente."

Este autor, citando a Bobbio, considera que *" el derecho – al menos en una primera aproximación, digamos – es nada más que un lenguaje o*

---

1 Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones" y "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana..

2 Guastini, Riccardo, "Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo". Disponible en Internet: http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Guastini%20-%20Filosofi%CC%81a%20ana%CC%81litica%20del%20derecho%20positivo.pdf . Consultado: 21/01/19.

(mejor dicho) un discurso: el discurso del "legislador" (en sentido material), o sea el conjunto de enunciados

formulados por las autoridades normativas. Las normas jurídicas son, simplemente, entidades de lenguaje'[3]. Todo esto lo lleva concluir que *"la filosofía analítica del derecho positivo no es otra cosa que el análisis lógico del lenguaje jurídico"*[4].

Desde este punto de vista podemos considerar que el presente trabajo intenta hacer filosofía del derecho. En ese sentido, en primer lugar, dirigiremos nuestra mirada a analizar ciertos términos corrientes en materia de responsabilidad civil y luego precisaremos nuestro enfoque en la denominada responsabilidad civil médica o de los prestadores de servicios de salud.

Partimos del siguiente interrogante:

Al derecho privado patrimonial actual, ¿le interesa regular conductas o distribuir riesgos?

Utilizamos la palabra riesgo en su primera acepción, según el diccionario:

Riesgo: 1. m. Contingencia o proximidad de un daño. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta].

En la definición precedente, destacamos el término "contingencia": "1. f. Posibilidad de que algo suceda o no suceda."[5]

---

[3] Guastini, op. cit.

[4] Guastini, op. cit.

[5] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es> [Fecha de la consulta: 26/07/2022].

Definimos estipulativamente[6] el riesgo como la "posibilidad de un daño". Este riesgo, esta contingencia, puede ser más o menos probable, según los casos.

Si bien el riesgo es la posibilidad de daño, lo importante es la probabilidad de daño, es decir la frecuencia u ocurrencia de daños en cada caso concreto.

Por eso, cuando nos preguntamos si al derecho privado actual le interesa regular conductas o distribuir riesgos, nos estamos preguntando si le interesa regular conductas o determinar quién se hará cargo de determinados daños, en caso que estos sucedan.

En efecto, podemos concebir al derecho como a un sistema distribuidor de riesgos. En otras palabras, si pensamos que un ordenamiento jurídico regula los conflictos humanos, podemos poner nuestra mirada en dos aspectos:

1) Las *conductas humanas* y sus probables conflictos

2) Los *resultados* de las conductas humanas y sus probables conflictos

Por ejemplo, podemos redefinir el término "culpa", como la omisión de las conductas debidas para prevenir riesgos que un sujeto debe soportar, según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Así, el siguiente análisis, "filosófico" en el sentido apuntado, pretende una "clarificación lógica" del pensamiento en materia de

[6] Sobre las definiciones estipulativas, ver nuestro artículo "Definiciones "ontológicas" versus definiciones especulativas", publicado en el Volumen XIV de FILOCAM, pág. 8 y sgtes. En Internet: https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2021/10/Filocam-Octubre-Volumen-XIV.pdf

responsabilidad civil médica, en punto al factor de atribución del deber de resarcir y sus eximentes.

II. El contrato como norma distribuidora de riesgos

En el ámbito contractual, como regla, las partes se comprometen a satisfacer intereses y asumen el riesgo de no satisfacerlos. En otros términos, las partes prometen resultados. No interesa el "medio", no interesa el "cómo". Lo que interesa es el fin.

El vendedor no se compromete a hacer lo mejor posible para transferir el dominio de la cosa al comprador. El vendedor se compromete a transferir el dominio de la cosa al comprador. Lo mismo el transportista respecto de transportar una cosa o una persona de un lugar a otro. Igual el locador en cuanto a conceder el uso y goce de la cosa. Lo mismo puede decirse de quién se obligó a pagar el precio.

En caso de incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, será irrelevante la culpa o diligencia del deudor. Este no se había comprometido a una conducta diligente sino a obtener un resultado.

En caso de no obtener ese resultado, ese riesgo será asumido por el deudor a través del resarcimiento debido al acreedor.

Por lo tanto, la cuestión relevante no es analizar la conducta del deudor sino determinar quién asume el riesgo en caso de no obtenerse el resultado.

A este tipo de obligaciones la doctrina las denomina obligaciones de resultado. En las obligaciones de resultado, el deudor soporta los riesgos propios de la cosa o de la actividad.

El único camino que tiene el deudor para no asumir el riesgo es demostrar que el incumplimiento se debió a causas ajenas. Estás pueden

clasificarse en hecho del damnificado, hecho de un tercero ajeno o caso fortuito. Acreditadas esas causales se produce el desplazamiento del riesgo. Esta manera de atribuir la responsabilidad se conoce como factor objetivo de atribución de responsabilidad o factor objetivo.

III. El factor de atribución subjetivo como sistema de regulación de conductas

El principio que establece que no hay responsabilidad sin culpa está enfocado en el ámbito extracontractual. Producido un hecho ilícito se analizará si se debió a la omisión de la debida diligencia o sí fue intencional. La falta de culpa o dolo exime de responsabilidad al agente.

Este "deber de comportamiento diligente" es conocido, en el ámbito contractual, como "obligación de medios". En las obligaciones de medios, el deudor solo soporta los riesgos propios de su conducta.

Esta manera de atribuir la responsabilidad, basada en la evaluación de la conducta del sujeto, se conoce como factor subjetivo de atribución de responsabilidad o factor subjetivo.

Cómo sabemos, junto a este factor subjetivo fue ganando espacio el factor objetivo. Así, ante la comisión de un hecho ilícito, cada vez más personas son responsabilizadas no por sus conductas sino por otras razones como, por ejemplo, ser dueños o guardianes de las cosas que produjeron el daño, ser fabricante de las mismas, o importadores, o vendedores, o haber realizado una actividad, sin que interese en este último caso la conducta desplegada. Nuevamente, el único camino que tiene el deudor para no asumir el riesgo es demostrar que el incumplimiento se debió a causas ajenas.

IV. Los factores de atribución como decisiones de política legislativa

Nos parece oportuno comenzar con algunos párrafos de un auténtico leading case en materia de responsabilidad civil por productos elaborados.

Se trata del fallo de autos "Ryan Tuccillo, Alan M. c/CENCOSUD S.A. y otros s/daños y perjuicios"[7].

El actor resultó lesionado al romperse una botella de gaseosa que habría tomado de la góndola del supermercado para colocarla en su carro. Dirige su acción contra la embotelladora y contra el supermercado (Cencosud S.A.).

El vocal preopinante, Dr. Kiper, recuerda que "(a)firma Zannoni, que cuando nos referimos a la protección del consumidor, debemos asociar protección con riesgo. La producción moderna plantea, globalmente, riesgos propios, tanto para el productor -empresario o fabricante- como para el consumidor. Y entonces justo es señalar que el productor, al menos en una economía de mercado relativamente libre, carga con riesgos económicos y, a la vez, debe asumir los riesgos técnicos que la producción involucra. El consumidor, por su parte, soporta un riesgo inherente al uso o consumo de productos elaborados. Ahora bien, soporta el riesgo pero no lo crea. Este ha sido creado por la puesta en el comercio del producto defectuoso y ello conduce inexorablemente a la conclusión de que, si bien el consumidor soporta riesgos en razón del uso o consumo de los productos elaborados, no debe soportar los daños que, por vicios o defectos de fabricación o construcción, deficiente información, etc., sufre en su persona u otros bienes ("Responsabilidad por productos elaborados" en Seguros y Responsabilidad Civil, Vol.5, Astrea, pág.258)."

[7] Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, 26/03/1997.

Y concluye, con cita doctrinaria, que "(s)on razones de política legislativa las que han impuesto una responsabilidad de esta naturaleza. Podrá censurarse la norma, la extensión dada, sus proyecciones económicas, su metodología, etc., pero tal como el artículo está redactado, la responsabilidad emana de una garantía legal desvinculada de la noción de culpa (Kemelmajer de Carlucci, A., en "Cód. Civil..."cit., T.5, pág. 463)."

Tenemos, pues, una decisión de política legislativa basada en la distribución social de riesgos.

Repasando, el sistema que rige en materia contractual, (obligación de resultado como regla), por el cual el deudor debe obtener un resultado determinado,(ver art. 1723 CCC), se extendió a los otros ámbitos de la responsabilidad civil y, en la actualidad, al aplicarse a casos de daños originados por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades y/o prestación de servicios, significó un paulatino abandono de la evaluación de la conducta del sujeto, para centrar la mirada en el daño (el resultado).

Sin embargo, algunas cuestiones "resisten" este cambio de enfoque.

Como expresamos ut supra, centraremos nuestra mirada en la denominada responsabilidad civil médica o de los prestadores de servicios de salud.

V. El factor de atribución y la distribución de riesgos en la responsabilidad civil médica[8]

En materia contractual, la obligación de medios es una excepción, fundada en una distribución de riesgos favorable para el deudor, a fin de estimular su actividad, por considerarla especialmente valiosa.

[8] Tratamos estos temas en detalle en nuestro libro "Responsabilidad Civil de Prestadores de Servicios Médicos", de Ediciones D&D, febrero de 2020.

La actividad médica es especialmente valiosa en tanto y en cuanto contribuye a la salud.

Nos dice la Organización Mundial de la Salud (OMS) que "La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad"[9] .

"Perfecto bienestar físico, mental y social" …nos evoca un estado que es más un ideal que otra cosa pues, evaluados estrictamente por este parámetro, todos carecemos, en mayor o menor medida, del mismo.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que la obligación que contrae el médico frente al paciente es de las llamadas "de medios", salvo en casos de cirugía estética donde algunos entienden que es "de resultado" [10].

---

[9] Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

[10] Opiniones en pro y en contra pueden verse en "Responsabilidad civil en la cirugía plástica, y obstetricia" Dr. Roberto VAZQUEZ FERREYRA. L.L.1995-B-1238; "La responsabilidad médica vista por un cirujano plástico" Dr. Jorge y Carolina PATANE, en L.L. 23/5/95 (suplemento de actualidad).

"Integran el cuadro de la actividad médica las intervenciones quirúrgicas con fines estrictamente estéticos o reparadores, es decir, que no tienen por fin curar o restablecer la salud del paciente. El médico compromete allí seriamente su responsabilidad en una obligación de resultado y ello es tanto más grave en cuanto el paciente no adolece de enfermedad alguna y se somete sin embargo, al riesgo quirúrgico"(CCivil y Com. Rio Cuarto, 31/8/88, J.A. 1989-III-617.)

" En la generalidad de los casos el médico se limita a satisfacer una obligación de medios, ya que se compromete a una conducta diligente, cuidadosa, prudente y científica, apuntada a la cura o al mejoramiento del enfermo. Pero en los de excepción -que no son pocos- el profesional médico debe garantizar un resultado que importe la obligación de obtener una finalidad determinada, precisamente, con anterioridad a la intervención. Ello sería el caso de los anatomapatólogos, laboratoristas de análisis, intervenciones quirúrgicas simples y especialmente las que integran la cirugía plástica, comprensiva de la reparadora y estética"(CNCiv., sala I, 30/3/90. L.L. 1991-A-141).

Ver también Rep. LA LEY, 1986, 572, Nº 275; Rep ED, 1987, 893, Nº 37; Rep. J.A. 1986, 267, Nº 125; 1988. 334, Nº 93.

En las obligaciones de medios el deudor compromete su actividad diligente que, razonablemente, tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido. Es el criterio que surge del art. 20 inc 1 y 2 de la ley 17.132 en cuanto prohíbe.." *1) anunciar o prometer la curación fijando plazos..... 2) anunciar o prometer la conservación de la salud".*

Como principio, el acreedor de una obligación de medios, para probar su incumplimiento, tiene que acreditar que el deudor no actuó con prudencia o diligencia, es decir, debe probar la culpa de éste.

Si no logra tal prueba, el deudor se exime de responsabilidad. Siguiendo estas ideas, muchos fallos jurisprudenciales referidos a casos de mala praxis médica aplicaron el criterio de que el accionante debe probar la culpa del médico. Se trata de una aplicación del principio general en materia probatoria según el cual "*quien alega debe probar" (*Art. 377 C.P.C.C.).

Decíamos entonces que, en el caso de los médicos, según el criterio tradicional, por ser de medios su obligación, su responsabilidad se atribuirá en función de la culpa, entendida como "*la omisión de aquellas diligencias que requiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas del tiempo y lugar"*

En contra:" En el campo de la cirugía plástica el profesional médico no tiene plenas seguridades de éxito en la aplicación de su ciencia, técnica y arte sobre quien requiere su actuación, ya que no todas las reacciones del organismo son abarcables y controlables por ella... En las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente, sino, más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte médicos indican como conducente para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Ello así, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberá valorarse con mayor rigor, pero ello no cambia el carácter de la obligación, de medio y no de resultado"(Del voto del doctor Ojea Quintana, CNCiv., sala I, 30/3/90. L.L. 1991-A-141.)

(art. 512 C.C. y ahora 1724 CCC) y según el criterio de que "*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"* (art. 902 C.C. y ahora 1725 CCC). Por ello es que los médicos responderán cualquiera sea la intensidad de su culpa, en tanto y en cuanto causen un daño. Esta es la postura de la doctrina y jurisprudencia actual.

No creemos que, en ningún caso de medicina terapéutica, aun cirugía estética, parto normal o intervenciones "sencillas"; pueda exigírsele al prestador de servicios médicos el cumplimiento de un resultado. Hasta la intervención aparentemente más inofensiva entraña riesgos, pese a la máxima diligencia que pueda poner un profesional. Ningún ser humano es omnipotente u omnisapiente. Al contrario, consideramos que debe ponerse el mayor énfasis en la obligación de informar que tiene el médico antes de cualquier tratamiento o intervención sobre las posibles consecuencias riesgosas de éstos. (Conf. art. 19 inc 3, Ley 17.132 y art. 2º incs. e y f, entre otros, ley 26.529). Además, si la propia ley 17.132 prohíbe a los médicos prometer la curación (art. 20 inc. 1 y2), mal se los podría responsabilizar si ese resultado no se alcanza.

En cambio, cuando se trata de servicios médicos no terapéuticos o voluntarios, es decir, cuando la prestación consiste en *mejorar o modificar física y/o psíquicamente a una persona sana,* creemos que el prestador debe garantizar tanto dicha mejoría o modificación como que su intervención no generará patología alguna.

Para que se entienda nuestra posición, por supuesto que *aquí también el resultado depende de factores ajenos a la praxis médica*, pero como no se está buscando la curación ni la preservación de la salud, sino

que, por el contrario, se está exponiendo a riesgos a una persona sana, pensamos que corresponde que dichos riesgos los asuma el prestador en lugar del "paciente-cliente", porque es el prestador quien "pone" o crea el riesgo con su intervención. Una asunción de riesgo por parte del "paciente-cliente" implicaría una dispensa de responsabilidad. Reiteramos que aquí se trata de una persona sana. En el caso de los servicios médicos terapéuticos o necesarios, la patología a tratar justifica la intervención médica y los riesgos de la misma, obviamente en la medida que dichos riesgos sean menores que los beneficios esperados.

En última instancia, la responsabilidad del médico cuando presta servicios terapéuticos o necesarios es de medios porque es justo alentar su intervención en este tipo de casos, dado que el profesional, al ejercer "el noble arte de curar", cumple una trascendente función social, de innegable beneficio para el prójimo. Solo puede responsabilizárselo si se demuestra que el médico "no hizo todo lo que se debía hacer", es decir, no obró con la diligencia debida. Si tuviera que indemnizar porque "no curó" al enfermo, se lo sancionaría por no haber hecho algo muchas veces imposible, lo que es a todas luces injusto y, además, desalentador para todos los que pretendan ejercer la importantísima tarea de atender la salud ajena.

De paso, cabe destacar que los tratamientos no terapéuticos o voluntarios están parcialmente regulados en el CCC.

En efecto, al regularse los actos de disposición sobre el propio cuerpo, se prescribe que los mismos están prohibidos cuando ocasionen *"una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona"* (art. 56 CCC). También está *"prohibida toda práctica destinada*

a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia." (art. 57 CCC)

Siguiendo esta línea de pensamiento, adelantamos dos definiciones que se corresponden a sendos tipos de contratos se servicios médicos:

a) Contrato de servicios médicos terapéuticos o necesarios:

Es *aquel acuerdo en virtud del cual una parte, **llamada prestador de servicios médicos**, se compromete, generalmente a cambio de una contraprestación en dinero, a atender la salud de la persona o personas designadas por la otra parte, denominada **tomador del servicio médico**, garantizando un obrar idóneo, pero sin asegurar la curación, ni el éxito de los tratamientos, ni la superación de las enfermedades, ni la prevención de las mismas.*

b) Contrato de servicios médicos no terapéuticos o voluntarios

Es *aquel acuerdo en virtud del cual una parte, **llamada prestador de servicios médicos**, se compromete, generalmente a cambio de una contraprestación en dinero, a **mejorar o modificar física y/o psíquicamente a una persona sana**, designada por la otra parte, denominada **tomador del servicio médico**, garantizando tanto dicha mejoría o modificación como que su intervención no generará patología alguna.*

Insistimos en que la posición tradicional en la materia es la que entiende que la obligación principal del prestador de servicios médicos es siempre de medios, por lo que quienes sostienen esta postura podrían compartir la definición que dimos para el contrato de servicios médicos terapéuticos o necesarios, pero rechazarían la que propusimos respecto del contrato de servicios médicos no terapéuticos o voluntarios.

Con mayor propiedad, la postura tradicional habla de un solo contrato de servicios médicos, donde el médico se compromete a un obrar idóneo o diligente, pero sin garantizar un resultado, sea cual sea el servicio médico que preste.

Las definiciones anteriores exigen precisar los conceptos de "servicios médicos terapéuticos o necesarios" y de "servicios médicos no terapéuticos o voluntarios":

Tomemos un ejemplo: Aquí la persona (no cabe hablar de paciente) concurre al médico porque quiere. Va al médico porque busca mejorar o modificar su cuerpo.

Por ejemplo, no le gusta cómo se ve su nariz. No tiene ningún problema respiratorio (no está enfermo), pero no le gusta el aspecto de su nariz. Quiere mejorar su aspecto. No es que se sienta objeto de burlas por el aspecto de su nariz, ni que sufra ataques de pánico por ello. Simplemente, le gustaría que su nariz fuera distinta. Dicho de otra manera, su nariz no le genera ninguna patología, ni física ni psíquica, simplemente quiere cambiarla para "verse mejor".

Se dice que, en estos casos, el propósito de la intervención médica es el mero embellecimiento, pero podríamos preguntarnos, a tenor de la definición de la OMS, el "mero embellecimiento", ¿no tiene relación con la salud? Porque, recordemos, no alcanza con "la ausencia de enfermedad" para gozar de salud, sino que se requiere un "estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social".

También tenemos el caso de la mujer que, sin tener ninguna patología quiere practicarse una ligadura de trompas para no tener más hijos. No es que un futuro embarazo podría poner en riesgo su salud, sea por edad o por antecedentes de partos previos. Simplemente quiere

modificar su cuerpo para no quedar embarazada. Lo mismo para el caso del hombre que desea hacerse una vasectomía.

En los casos descriptos no hay enfermedad que tratar o prevenir. Pero, insistiendo con la definición de la OMS, ¿no se está buscando el "bienestar físico, mental o social".

Expresado de otra manera: la modificación corporal se independiza de la prevención, curación o alivio de patologías. Pero, ¿se independiza de la salud? ¿Qué se busca alcanzar con estas modificaciones corporales? Más arriba, dijimos: el "bienestar físico, mental o social".

Y, a todo esto, ¿dónde queda la salud?

Volviendo a la definición de la OMS, entendemos que la clave se encuentra en el término "estado".

El médico y cualquier otro profesional de la salud debe ser, por su experticia, quien está en mejores condiciones de evaluar que el bienestar que se busca con la modificación corporal no sea pasajero y/o adictivo, cómo el que puede provocar una dosis de cocaína, sino que debe tener "vocación de permanencia", ni tampoco debe lograrse a costa de un probable malestar futuro. Y, por probable, no estamos hablando de algo meramente posible, sino de un acontecimiento que presente un alto grado de certeza.

La autonomía de la voluntad, el "derecho a disponer del propio cuerpo", exigen información y reflexión, en especial cuando la modificación corporal produce resultados irreversibles o de muy dificultosa reversibilidad.

Cuando no se siguen esas pautas, la modificación corporal pasa a ser un mero objeto de consumo y el profesional de la salud deja de cumplir su función de tal.

Pero aun en este caso de decidida “mercatización” del “servicio de modificación corporal”, el conocido lema “el cliente siempre tiene la razón” es incumplible, porque cualquier persona tiene el deber de no dañar a otro y en el caso de los profesionales, ese deber es más intenso en todo aquello que incumbe a su especialidad, pues al tener mayor conocimiento, tienen mayor capacidad de prever las consecuencias de determinadas prácticas y, así como las personas tienen el derecho de disponer de su cuerpo, los profesionales tienen el deber y el derecho de negarse a realizar determinadas modificaciones corporales, por más consentimiento que manifieste el cliente.

VI. La mutación del caso fortuito

El caso fortuito es definido normativamente como un hecho sobreviniente y ajeno, de carácter imprevisible o aún previsible, inevitable (vgr. art. 1730 Código Civil y Comercial).

La ajenidad, es decir la condición de hecho ajeno, es una característica fundamental del caso fortuito. Sin ella, el caso fortuito no puede ser invocado cómo causa de exoneración de responsabilidad.

La noción tradicional de ajenidad entendía qué el hecho debía ser ajeno a la conducta de las partes, es decir, no producido por las partes.

Hace tiempo que esa noción de ajenidad se amplió: además, el hecho debe ser ajeno al riesgo propio de la actividad desarrollada por la parte que lo invoca como eximente.

Una breve digresión: La culpa médica también es un riesgo propio de dicha actividad, pero, obviamente, nunca calificaría como caso fortuito por faltarle el requisito de la ajenidad. Lo mencionamos simplemente para destacar qué junto con el análisis clásico de la responsabilidad civil

basado en la culpa los mismos temas pueden analizarse desde la perspectiva del riesgo.

Respecto del riesgo propio de la actividad, actualmente, esto se encuentra establecido en nuestro CCC:

ARTICULO 1733.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:…

e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;…

Lo anterior presupone qué la realización de actividades implica riesgos, y que los mismos no deben ser asumidos por quién los padece.

Conviene efectuar una precisión: Se trata de actividades que introducen riesgo donde no lo hay.

Estrictamente, pensamos que el inciso en cuestión tendría que estar redactado de la siguiente manera:

e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad, ***salvo cuando ese riesgo es introducido para evitar uno mayor.***

Nos explicaremos pero, antes, cabe señalar que los artículos 1757 y 1758 del CCC son un ejemplo de distribución normativa de riesgos por realización de actividades.

ARTICULO 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las

cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

ARTICULO 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

De los mismos se desprende que el riesgo de la actividad lo debe asumir "quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros"

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 1768. La diferencia, es que ahí encontramos una distribución normativa distinta, porque no se aplica la regla de los artículos 1757 y 1758 antes enunciada.

ARTICULO 1768.- Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del

profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

VII. ¿Cómo se distribuye el riesgo en la actividad médica?

Pensamos que los daños producidos por el riesgo propio de la actividad médica deben ser considerado caso fortuito, y por lo tanto, ser soportado por el paciente cuando el riesgo propio de la actividad es menor al riesgo propio de la patología del paciente, dado que el riesgo introducido es menor al riesgo que se busca evitar. En otras palabras, la contingencia introducida por la actividad médica era menos probable de ocurrir que la contingencia propia de la patología del paciente.

En cambio, el riesgo propio de la actividad médica es soportado por el médico cuando sea mayor o igual al riesgo propio de la patología del paciente, o cuando este no tenga ninguna patología vinculada con esta actividad médica.

Así, podríamos clasificar a los actos médicos de la siguiente manera:

- Acto médico terapéutico o "de salud": Aquel donde se expone al paciente a un riesgo inferior al beneficio esperado para su salud. Se expone al paciente a una probabilidad menor de sufrir un daño (riesgo menor), para prevenir una probabilidad mayor de sufrir un daño (riesgo mayor). Se trata de una actividad obviamente lícita y, además, especialmente valiosa para la sociedad, lo que justifica un régimen especial de responsabilidad. Lo que hace valiosa a esta actividad es que busca disminuir riesgos, en lugar de aumentarlos o introducirlos.

- Acto médico no terapéutico: Aquel donde se expone al paciente a un riesgo igual o mayor al beneficio esperado para su salud. Con los límites fijados por los arts. 56, 1719 y 1720 CCC, se trata de una actividad

lícita, pero que no es especialmente valiosa, lo que justifica que se aplique el régimen común de responsabilidad

VIII. De la "culpa médica" al "riesgo médico"

Comprensiblemente, el lector puede mostrarse perplejo ante nuestra última afirmación, referida al "régimen común de responsabilidad".

En efecto, ¿cuál es el régimen común de responsabilidad?

Si nos remitimos al art. 1721 CCC, este establece que "En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa." Esto llevaría a concluir que el "régimen común de responsabilidad" es aquel basado en el factor de atribución subjetivo. El factor objetivo aparece como la excepción.

Sin embargo, la "excepción" es aparente. En las últimas décadas, se observa un marcado "desplazamiento" del factor de atribución de la responsabilidad, del subjetivo al objetivo. Estrictamente, atento a que las funciones de la responsabilidad son tres en el derecho positivo actual, corresponde expresar que el mentado "desplazamiento" se refiere al factor de atribución del deber de resarcir.

Este cambio de factor de atribución se hizo evidente, en nuestro ordenamiento, con la reforma del Código Civil derogado, vía ley 17711 y los párrafos agregados al art. 1113.

El actual CCC recogió y amplió la tendencia jurisprudencial, por lo que podemos sostener que en la actualidad el panorama es el siguiente:

El factor objetivo

1) Es la regla en materia de responsabilidad contractual, dado que las obligaciones son ordinariamente de resultado.

2) Además, se encuentra establecido para los siguientes casos:

a) Daños por riesgo o vicio de las cosas (arts. 1757 CCC y 40 ley 24.240)

b) Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, (art. 1753 CCC)

c) Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos, (art. 1755 CCC)

d) Daño causado por animales, (art. 1759 CCC)

e) Responsabilidad de los establecimientos educativos, (art. 1767 CCC)

f) Responsabilidad por accidentes de tránsito, (art. 1769 CCC)

g) Responsabilidad por cosas suspendidas o arrojadas, de autor anónimo, o por actividad peligrosa de un grupo (arts. 1760, 1761 y 1762 CCC)

h) Responsabilidad del Estado (art. 1, ley 26944)

El factor subjetivo, como fundamento del deber de resarcir, se encuentra en "retirada", con un campo de aplicación cada vez más reducido. Como vemos, el ámbito de la responsabilidad médica es uno de los últimos reductos de la resistencia, para seguir con la metáfora bélica.

Si, volviendo al inicio del presente trabajo, concebimos al derecho como a un sistema distribuidor de riesgos, podemos reformular la pregunta inicial e indagar si a la responsabilidad médica actual (o al Derecho de la Salud) le interesa regular conductas o determinar quién se hará cargo de determinados daños, en caso que estos sucedan.

En ese sentido, las funciones preventiva y disuasoria de la responsabilidad buscan reforzar esta distribución normativa de riesgos. Cuándo se establece que un sujeto debe prevenir un daño, o se busca

disuadirlo de trasladar riesgos a terceros, es porque el ordenamiento jurídico asignó que las consecuencias de ese riesgo deben ser soportadas por ese sujeto.

IX. Caso fortuito y "no culpa"

La noción "moderna" de caso fortuito nos permite la siguiente conclusión:

La prueba del caso fortuito es la prueba de la no culpabilidad, pero la prueba de la no culpabilidad no es necesariamente la prueba del caso fortuito.

Parece un juego de palabras, pero requiere precisar el alcance de la expresión caso fortuito.

En efecto, si el caso fortuito debe ser un hecho imprevisible o inevitable y ajeno a la conducta de las partes, demostrar que el hecho era imprevisible o inevitable y ajeno a dicha conducta, implica demostrar ambas cosas: no culpabilidad y caso fortuito. En otras palabras, lo que ocurrió estuvo más allá de una conducta diligente.

En cambio, si el caso fortuito debe ser un hecho imprevisible o inevitable y ajeno a la conducta de la parte y también al riesgo propio de la actividad, demostrar de la conducta de la parte no tuvo nada que ver con el hecho en cuestión implica solo demostrar no culpabilidad, pero no acredita el caso fortuito, porque este pudo haber ocurrido por el riesgo propio de la actividad.

Es la actividad médica terapéutica o de salud cómo vimos se postula una noción restringida de caso fortuito: un hecho imprevisible o inevitable, incluyendo los que son consecuencia de un riesgo propio de una actividad encaminada a evitar un riesgo mayor en la salud, ajeno a la conducta de la parte.

O, dicho de otra manera, la regla podría reformularse en la forma en que sugerimos, al comentar ut supra el inciso e) del art. 1733 CCC:

La prueba del caso fortuito es la prueba de la no culpabilidad, pero la prueba de la no culpabilidad no es necesariamente la prueba del caso fortuito, *salvo en aquellas actividades que introducen riesgos para evitar uno mayor.*

X. Conclusiones

1) En el ámbito contractual, como regla, las partes se comprometen a satisfacer intereses y asumen el riesgo de no satisfacerlos. Por lo tanto, la cuestión relevante no es analizar la conducta del deudor sino determinar quién asume el riesgo en caso de no obtenerse el resultado.

2) El principio que establece que no hay responsabilidad sin culpa está enfocado en el ámbito extracontractual.

3) La elección de un factor de atribución del deber de resarcir responde a una decisión de política legislativa. La elección de que solo deba resarcir el culpable fue paulatinamente reemplazada por otra, basada en la distribución social de riesgos.

4) El sistema que rige en materia contractual, (obligación de resultado como regla), por el cual el deudor debe obtener un resultado determinado, (ver art. 1723 CCC), se extendió a los otros ámbitos de la responsabilidad civil y, en la actualidad, al aplicarse a casos de daños originados por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades y/o prestación de servicios, significó un paulatino abandono de la evaluación de la conducta del sujeto, para centrar la mirada en el daño (el resultado).

5) En las obligaciones de resultado, el deudor soporta los riesgos propios de la cosa o de la actividad. En las obligaciones de medios, el deudor solo soporta los riesgos propios de su conducta.

6) La responsabilidad del médico cuando presta servicios terapéuticos o necesarios es de medios porque es justo alentar su intervención en este tipo de casos, dado que el profesional, al ejercer "el noble arte de curar", cumple una trascendente función social, de innegable beneficio para el prójimo y no agrega riesgo al paciente, sino que busca reducirlo. Solo puede responsabilizárselo si se demuestra que el médico "no hizo todo lo que se debía hacer", es decir, no obró con la diligencia debida.

7) En cambio, cuando se trata de servicios médicos no terapéuticos o voluntarios, es decir, cuando la prestación consiste en mejorar o modificar física y/o psíquicamente a una persona sana, el prestador debe garantizar tanto dicha mejoría o modificación como que su intervención no generará patología alguna, dado que se está exponiendo a riesgos a una persona sana, por lo que corresponde que dichos riesgos los asuma el prestador en lugar del "paciente-cliente", porque es el prestador quien "pone" o crea el riesgo con su intervención.

8) No corresponde que un hecho sea considerado caso fortuito si el mismo constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad, salvo cuando ese riesgo es introducido para evitar uno mayor.

9) Los daños producidos por el riesgo propio de la actividad médica deben ser considerado caso fortuito, y por lo tanto, ser soportado por el paciente cuando el riesgo propio de la actividad es menor al riesgo propio de la patología del paciente, dado que el riesgo introducido es menor al riesgo que se busca evitar. En otras palabras, la contingencia introducida por la actividad médica era menos probable de ocurrir que la contingencia propia de la patología del paciente.

10) En cambio, el riesgo propio de la actividad médica es soportado por el médico cuando sea mayor o igual al riesgo propio de la patología

del paciente, o cuando este no tenga ninguna patología vinculada con esta actividad médica.

11) Las funciones preventiva y disuasoria de la responsabilidad buscan reforzar esta distribución normativa de riesgos. Cuándo se establece que un sujeto debe prevenir un daño, o se busca disuadirlo de trasladar riesgos a terceros, es porque el ordenamiento jurídico asignó que las consecuencias de ese riesgo deben ser soportadas por ese sujeto.

12) La prueba del caso fortuito es la prueba de la no culpabilidad, pero la prueba de la no culpabilidad no es necesariamente la prueba del caso fortuito.

13) La prueba del caso fortuito es la prueba de la no culpabilidad, pero la prueba de la no culpabilidad no es necesariamente la prueba del caso fortuito, salvo en aquellas actividades que introducen riesgos para evitar uno mayor.

La ficción Contractualista y la problemática de género

Cristian Callegari[1]

El contractualismo y el constitucionalismo establecen la forma de Estado y los límites, se fundamenta en ideas de homogeneidad, uniformidad y unidad; se unifica el Estado, la nación y el derecho, dicha homogeneidad se construye en forma artificial con una ruptura con el pasado, ejerciendo violencia contra los grupos sociales diferentes y por un entendimiento monocultural se encubre la destrucción o la marginación de naciones, pueblos, derechos, culturas e identidades que coexistían.

Estas teorías surgidas en la época de la ilustración, encabezada por Hobbes, Locke, Rousseau y Montesquieu, parten de ficciones, que pretenden ser éticas, naturales, basadas en un principio supremo y sobre esa base se tornan como verdades absolutas, premisas como libertad y propiedad, siendo el principio rector el interés de los humanos en beneficiarse en forma personal por encima de los demás.

Tiene varios fines: buscar la paridad entre nobles y burgueses, generar un cambio en el Estado, compartir el poder con las clases económicamente emergentes, creando como una nueva premisa falsa que los individuos se someten voluntariamente a la ley suscribiendo un pacto o contrato social, pero sólo son un recurso para tener cimientos para construir un sistema, al menos ideal.

---

1 Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es miembro del Tribunal de Disciplina de la AAT, asambleísta en el CPACF, Revisor de cuentas de a AAT, además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, y es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

Sabemos que, en dicho presunto contrato, habían quedado fuera de la suscripción de este, la mayoría de los habitantes de Europa y el "nuevo mundo", entre los cuales se encuentran los plebeyos, los esclavos, las mujeres, los niños; por lo cual el sistema contractualista operó como opresor en un sistema que enunciaba derechos individuales que no se cumplían plenamente para todos.

Se aplica a los que idealmente formaron parte de ese pacto, dejando afuera a la mayoría, pero incorporándolos a un sistema disciplinario.

Para James Tully, *"la gran tragedia del constitucionalismo moderno es que filósofos modernos hayan seguido a Hobbes y dado la espalda al diálogo justamente cuando encontraron a los pueblos no europeos y el diálogo y la mediación eran necesarios para evitar los errores y la inhumanidad que vinieron después. El derecho contribuyó a la hegemonía eurocéntrica de tres formas concretas. Primero controla a la bestia al organizar y dirigir las instituciones y prácticas culturales blancas. En segundo lugar, el derecho hace funciones de policía de la cultura blanca. Esto es, el derecho opera en el sentido de ayudar a determinar las ideas y prácticas valoradas en la cultura eurocéntrica y las que pueden ser identificadas como amenazas y sujetas al uso de la coerción y la fuerza. Tercero, el derecho funciona para legitimar las instituciones y las prácticas blancas, ayudando a poner el sello de universalidad en las prácticas europeas y defendiendo la deseabilidad y la inevitabilidad de la dominación blanca*".[2]

Las declaraciones y garantías que originaron al Estado moderno se impulsaron con los mismos fines de dominación que otros sistemas. Quizás, la mayor diferencia que podemos encontrar, es la forma en que se publicitó, como mejor intencionada, con una gran carga ética, proclamando la libertad,

[2] James Tully, Strange Multiplicity. Constitucionalismo en la era de la multiplicidad. University Press. Cambridge. 1995. En Descolonizando el constitucionalismo. Boaventura de Sousa Santos y otros. Ciudad de México. Akal. 2021

igualdad y fraternidad, entre los que formaban parte del pacto, apartando como en cualquier sistema jurídico/político a un sector, a pesar de profesar la inclusión de toda la sociedad, arrogándose humanismo y pregonando ser el generador de mejores condiciones en favor de una nueva clase social, económicamente surgente y poderosa.

John Locke decía "*La libertad natural del hombre consiste en no reconocer ningún poder soberano sobre la tierra, y en no estar atado a la voluntad o la autoridad legislativa de nada*"[3], obviamente que las tonalidades líricas que contiene esta afirmación son atemperadas y hasta degradadas por los hechos y acontecimientos que se suscitaron como consecuencia de la aplicación de estas ideas.

Resulta imprescindible que para que permanezca un grupo de personas unido, con un aparato de normas y obligaciones, deben fundirse en situaciones colectivas, sin oponer demasiadas resistencias, así tienen la necesidad de bosquejar un horizonte, que en forma consciente o inconsciente hace que valga la pena desplegar los esfuerzos.

Toda sociedad debe dar un presagio de esperanza, sin la cual se perdería el apetito, ser sumidos en el rencor o las ganas de cortar otro lazo, por ello se generan ficciones tendientes a sustentar el sistema, prometer que lo mejor está por venir, que somos iguales, que consumiendo algún producto seremos mejores, que somos libres, todo ello para plantear bases y pretender que todos accionen, al servicio de algunos.

"*Este tipo de contractualismo político se extinguió durante el siglo XIX. Su muerte inevitable, pues adolecía de dos extraordinarios fallos. En primer lugar, nunca existió semejante contrato, y sin un contrato real, ni los ciudadanos ni el gobierno están sujetos por promesas. En consecuencia,*

[3] John Locke, segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid, Tecnos, 2010.

todos los gobiernos existentes, por buenos y justos que sean, carecen de legitimidad según la teoría del contrato social. Pero esto no es plausible. La legitimidad el gobierno se determina (pensamos normalmente) por la justicia de sus acciones y no por la naturaleza contractual de sus orígenes históricos".[4]

Un contrato se basa en el compromiso de ambas partes en cumplimientos recíprocos, pero en la teoría de los ilustrados, dicho compromiso era hipotético, incluso para los beneficiarios (no todos los habitantes), tornando imposible y absurdo, como contrato o pacto.

Por ello entendemos que el contrato social, fue una faceta más de la historia de la humanidad y del derecho, que es la historia de la dominación y el ejercicio del poder, a pesar de que Peter Singer, siguiendo a Rawls, describe que "*la tradición contractual percibe la ética como un tipo de acuerdo mutuamente beneficioso, o expresado en palabras más llanas, "si no me fastidias, yo no te fastidiaré". Por tanto, sólo aquellos capaces de apreciar que no se les está fastidiando y de frenarse, a su vez para no fastidiar, están dentro de la esfera de la ética*".[5] Al respecto cabe preguntarse, aquellos que no suscribieron el contrato, como las mujeres pueden se fastidiadas, pero si fastidian, serán sancionadas, es decir forman parte de ese contrato sólo como sujetos sujetados.

En tal sentido es importante tener presente que entre mediados del siglo XVIII y principio del XIX, se constituye la sociedad disciplinaria, con prácticas represoras y penales. Además "*en el seno del proyecto hegemónico, el constitucionalismo, puede ser entendido como un campo de conocimiento anclado en los procesos histórico de la modernidad eurocéntrica, donde son aceptables las diferencias legítimas entre las tradicionales continental*

[4] Peter Singer, compilador, Compendio de ética, La tradición del contrato social, Alianza Editorial, Madrid 1995.

[5] Peter Singer. Ética práctica. University Press. Cambridge.1995

europea y anglosajona…Por eso el proyecto moderno-occidental dominante, con fuertes raíces en el individualismo y el liberalismo, coexiste necesariamente con esas dinámicas de opresión capitalista y colonial."[6]

Según Foucault la sociedad disciplinaria se caracteriza por la aparición de dos hechos contradictorios, la reforma y la organización del sistema judicial y penal, ya que, con la modernidad, surge el capitalismo, la nueva distribución de la riqueza, pudiendo "*decirse que la nueva distribución social de la riqueza industrial y agrícola hizo necesarios nuevos controles sociales a fines del siglo XVIII*".[7]

En la época de la Revolución, "*en París, los trabajadores no especializados ganaban alrededor de 30 sueldos diarios, los especializados más de 50. La mitad de estos ingresos se destinaban a comprar pan, el alimento básico y una hogaza de cuatro libras costaba de 8 a 9 sueldos. Una familia de clase obrera dos o tres hogazas al día*", [8] lo poco que les quedaba lo utilizaban para adquirir ropa, velas, combustible, cebo y mínimos enceres; y en esa condición se encontraban 600.000 almas, mientras que los aristócratas y burgueses sumaban 50.00; entendiendo que el ficticio contrato social lo suscribieron estos últimos 50.000, gobernando la voluntad de 600.000 humanos y creando entre otros muchos institutos de vigilancia, un sistema de ejecución humanitario, cuyo impulsor fue el Dr. Guillotin y la policía.

Cuando las declaraciones de derecho dicen "*Nosotros el pueblo*", parten de una premisa falsa, toda vez, que como apuntamos la proporcionalidad de personas que participa del acontecimiento es y ha sido mínima, por lo que la voluntad popular es también ficcional, debiendo

---

[6] Boaventura de Sousa Santos, Ob. Cit.

[7] Michel Foucault, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, Barcelona, 2007

[8] Richard Sennet, Carne y Piedra, Alianza Editorial, Madrid, 2018.

considerar si es también un constructo de dominación. Así, Judith Butler se pregunta *"¿acaso este derecho solo existe cuando un gobierno se lo concede a su pueblo?".*[9]

La teoría política contractualista es esencialmente patriarcal, de algún modo legitima la dominación masculina sobre las mujeres. Este presunto contrato no permite que mujeres y hombres, mantengan relaciones en términos de igualdad, aunque se presume de la libertad como emblema, existiendo esclavos, que son parte del sistema, ello es un simple disfraz de dominación.

Por ende, las mujeres, como otros sectores dominados, tienen motivaciones y razones para rechazar las justificaciones contractuales de las instituciones liberales.

La teoría contractualista es un disfraz de la dominación, esconde un presunto pacto de hombres, que mantienen similares condiciones de poder, apartando al resto de la comunidad en las decisiones, de la sociedad o del conjunto de individuos generando un Estado, que puede ser altruista o no, opresor o no, con normas que le sirven y de las que se sirven para mantener ese Estado, al que denominan de derecho.

El objetivo del contrato social y su consecuencia reglamentaria a través de las constituciones, determina formas legítimas de gobierno para establecer las obligaciones individuales de los miembros de una comunidad, como hemos dicho es un constructo social, no una libre asociación, que tiene por objetivo general propiciar un orden.

Las mujeres en el contrato social clásico son excluidas al no participar de la creación de ese contrato, no lo suscribieron, pero a pesar de ello son

[9] Judith Butler. Cuerpos Aliados y Lucha Política. Ed. Paidós. Buenos Aires. 2019.

sujetos sujetados, dominados y forman parte de dicho contrato, subordinadas a los hombres. Quizás con ellas exista un contrato sexual.

Un contrato que limite a una persona obedecer a otra para sobrevivir la inhabilita, la baja, la denigra, le quita derechos políticos, por lo cual es indudable que el contrato social, es patriarcal.

"*La teoría contractualista desliza, bajo una forma social que se supone que preserva la libertad de las personas, una justificación para la dominación sostenida de una persona sobre otra*".[10]

El contractualismo legitima la dominación de las personas y en particular legitima la dominación patriarcal de las mujeres, por lo que es un argumento del poder dominante y masculino.

Las normas que regulan el comportamiento humano pueden o no ser contractuales, ello tiene relación con las prácticas sociales, motivaciones y percepciones y por sobre todo en las relaciones de poder.

Las mujeres en este esquema se encuentran en un plano de desigualdad, pero no están fuera del sistema contractual, son sujetos apoderados y esa es la principal clave de la liberación.

Se debe aceptar que el matrimonio no es un contrato donde existe un hombre dominante, proveedor y patriarcal; donde está en juego la "*propiedad de los cuerpos en su forma sexual*". El contrato implica de algún modo un intercambio mercantil entre las partes, con la posibilidad de negociación, la aceptación y conformidad.

La teoría contractualista es universal, por lo cual no se ciñe a una sola comunidad, la opresión, la dominación, el ejercicio del poder, son edulcorados, son disfrazados y justificados, y son parte de ese contrato que

[10] Paterman, Carole. El contrato sexual, Trotta. Madrid. 2005

en definitiva es discursivo, como el derecho, simplemente como lo que es: el discurso del poder.

Peter Singer entiende que la ética depende del consentimiento prestado por parte de los sujetos. Por ello, no existe un componente ético en el discurso jurídico, ya que es el discurso del poder, es la imposición de unos sobre otros en forma regulada y en definitiva como menciona Ferrajoli, los derechos son los derechos de los débiles.

Es posible que, en los distintos niveles del discurso, existan componentes éticos, morales y hasta religiosos, pero no es el componente esencial.

En el texto de Ricardo Entelman, "*Aportes a la formación de una epistemología jurídica*" se desarrollan los tres niveles del discurso jurídico: el de los creadores, el de los operadores y los destinatarios del discurso del poder, donde contrato resulta una mera ficción.

El primer nivel está compuesto por los órganos sociales, normas reglamentos, contratos, edictos, sentencias, allí es donde se reglamentan las disposiciones de los individuos devenidos en sujetos de derecho, con la intervención de los jueces.

El segundo nivel, se compone de las teorías, doctrinas, o sea con el producto de la práctica profesional (abogados, contadores, escribanos, gestores), es el sostén del primer nivel y además sostiene la aparente realidad.

El tercer nivel se comprende de los seres a quienes se aplican las normas con la intervención del segundo nivel (súbditos, ciudadanos, destinatarios, trabajadores, empleadores, locadores, locatarios, cónyuges, madres, padres), son los victimarios.

Esta descripción estática, en realidad se encuentra entramada, en movimiento, nunca estancada, los roles, de los niveles van mutando y

cambiando de acuerdo con las conveniencias, las imposiciones de sectores, ya que el discurso no es estático, ni vertical, es un entramado, o quizás más aún un rizoma en términos biológicos, unidos todos por una misma matriz.

Por ende, el discurso del derecho es el discurso del poder, la ruptura es el lenguaje que opera para que ese poder sea ejercido.

Sabemos que la lingüística es un conjunto de estructuras fonológicas, morfológicas y sintácticas y el discurso es una enunciación con los procesos ideológicos y su acción sobre procesos científicos y allí se incorpora sobre una lengua lo simbólico. Es portador de los valores de ciertos grupos de poder, tiende a poner de manifesto la racionalidad y por ello privilegia ciertas estrategias de evasión, tiene un lenguaje específico. El discurso del derecho es el que determina las conductas sociales, es un lenguaje que lo pueden utilizar sólo quienes reúnen las condiciones para producir expresiones válidas del sistema; el discurso alude e identifica a aquellos quienes pueden producirlo configurando la autoridad u órgano y ordena a los productores del discurso entre sí y de estos con el resto.

Por ello, como ejemplo, los esclavos como tal desaparecieron, se crean nuevos sujetos de derecho, y como consecuencia de luchas y la actuación de grupos de poder han podido equilibrar la relación entre mujeres y hombres.

En el primer volumen de "Historia de la sexualidad", Foucault expone el concepto moderno de biopoder, el cual está relacionado con la administración de la vida en las sociedades modernas, se orienta a objetos de poder tales como sexo, salud, tipo de vida, consumo, todo se encuentra cosificado y regulado a través del dominio de los cuerpos. En ese orden se encuentra el rol que deben ocupar las mujeres, el género y la sexualidad.

Nancy Fraser afirma "*a las mujeres se les asignan tareas de claro carácter femenino, orientadas al servicio y con frecuencia sexualizadas, a las cuales se las segrega. La familia nuclear liderada por el hombre, cual orden*

institucional con integración social de mundo, vital, moderno, como algo con una relación sólo extrínseca y accidental con el dinero y el poder. Se considera que dichos medios definen las relaciones de la economía oficial y la administración del Estado, mas son apenas accidentales en las relaciones intrafamiliares. Pero dicha suposición es contrafáctica. Las feministas han demostrado mediante el análisis empírico de toma de decisiones, el manejo de las finanzas y el maltrato a las mujeres de la familia contemporánea, que las familias están atravesadas por completo por lo que Habermas llama los medios del dinero y del poder".[11]

De este análisis se desprende que no existe un contrato social de convivencia, de regulación de las conductas humanas, son luchas, imposiciones, sin que medie la ética, la moral, o principios naturales. Es menester encaminarse hacia la deconstrucción de lo político, *"desestabilizar Occidente en virtud de forzarlo con el otro al que excluye*"[12], ese otro, es las mujeres, los marginados.

Rita Segato, parece encontrar respuestas afirmando que "*la expansión de derecho, su publicidad y su recepción como una arena de disputas por parte de la sociedad es una avenida central en el camino de la historia. Así, a pesar de que el derecho puede no ser capaz de tocar la esfera de la moral ni, por sí sólo, transformar el orden vigente, puede, de todas formas, interpelar y convocar a una deliberación ética, dando origen a nuevas sensibilidades*"[13] y concluye "al esclavo, le queda la "*experiencia de la autorreflexibilidad*", la posibilidad de reconocerse a sí mismo en la privación que sufre de una rúbrica propia, en la amenaza a su autonomía que esa

[11] Nancy Fraser. Prácticas Rebeldes. Prometeo libros. Buenos Aires. 2020

[12] Nancy Fraser Ob. Cit.

[13] Rita Segato. Las estructuras elementales de la violencia. Prometeo libros. 2010.

forma de expropiación le produce (Butler, 1997)[14]. *Es el reconocimiento reflexivo de su condición e inclusive de su propio apego a ella que el esclavo encuentra en el camino de la libertad*"[15]

Debemos concluir que el contractualismo, es una ficción del poder, tendiente a regular las conductas humanas. Dicho pacto ficcional lo suscriben unos pocos, pero se encuentra destinado a todos los habitantes, con un sentido eurocéntrico. Se enumeran principios universales, siendo que las personas que sufren algún tipo de opresión debido al género lo hacen dentro del propio sistema y no por fuera de él, lo que también les permite seguir adelante con sus reclamos y conquistas.

[14] Judith Butler, The Psychic Life of Power. 1997. Stanford. Stanford University Press.

[15] Rita Segato. Ob. Cit.

Análisis constitucional a la insoslayable agenda directriz pendiente del Código Civil Peruano. Réquiem a los dogmas perezosos y a las modificaciones innecesarias

Jorge Isaac Torres Manrique[1]

Líneas preliminares

El Derecho Civil se constituye en una suerte de derecho madre, ello, en razón a que fue el primero en aparecer en la humanidad. En ese sentido, una importante manifestación del mismo resulta ser su correspondiente código sustantivo, y a su vez, la materialización del referido cuerpo legal, comporta su respectivo código adjetivo.

Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Director de la Biblioteca: "Recientes y próximos escenarios de los Ordenamientos Jurídicos", publicada por Ediciones Olejnik (Chile). Director Académico de la Revista Dogmática Penal latinoamericana (Perú). Diamont Ambassador of the Organization of World Ambassadors (Argentina). Miembro del Comité Editorial de la EDUCS- Editora da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Miembro del Consejo Académico del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, adscrito a la Universidad de Santo Tomás de Oriente y Medio Día (Nicaragua). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Colaborador Extranjero del Grupo de Investigação de Investigação Metamorfose Jurídica y Colaborador do projeto de pesquisa Constitucionalismo e Meio Ambiente: Sustentabilidade, Direitos Fundamentais e o Socioambientalismo na Sociedade Consumocentrista; ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Autor y coautor de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia. CoDirector de los Tratados: Lavado de Activos, Litigación Oral Estratégica, Derecho Probatorio, entre otros. kimblellmen@outlook.com; http://orcid.org/0000-0001-5202-3886, http://lattes.cnpq.br/0707774284068716. .

Es de precisar en principio, que el Estado peruano se encuentra vigente el Código Civil del 1984. Posteriormente, el Ministerio de Justicia constituyó el Grupo de Trabajo encargado de la revisión y propuesta de mejoras al Código Civil peruano, a través de la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, a efectos que se lleve a lo propio.

Al respecto, corresponde ahondar en la necesidad, sentido y oportunidad del próximo remozo del referido Código.

En ese sentido, con motivo de la extraordinaria labor de codificación realizada en el siglo XIX, parecía que el mundo había descubierto –o redescubierto– ciertos valores jurídicos eternos, ciertas instituciones y doctrinas perennes, que ya no podrían ser modificadas en el futuro, que no necesitarían de más actualización con los cambios de civilización porque se había regresado a las raíces naturales de toda civilización.[2]

Sin embargo, de esta forma se incurría en pecado de idolatría, que no es otra cosa que convertir en absoluto e imperecedero aquello que es relativo y transitorio. Francis Bacon decía que los ídolos del intelecto son "dogmas perezosos", porque justifican la falta de reflexión adicional, porque invitan a no pensar más. ¿Y acaso los civilistas –influidos por un positivismo pop e infantil– no han llegado incluso a denominar su propia disciplina como "Dogmática" Jurídica?[3]

En efecto, con el transcurrir del tiempo la totalidad de las cosas, así como, la sociedad en su conjunto cambia, entonces, las instituciones del derecho y en su caso, el derecho mismo no pueden ser la excepción.

---

[2] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El derecho civil: perspectivas futuras*. En línea recuperado en fecha 21/07/22 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12686/13239. Lima, 2014, p. 26.

[3] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ob. Cit.* P. 26.

Así, somos plenamente contestes con las siguientes afirmaciones, pues, son absolutamente aplicables a la temática que abordamos: "*(…)los conceptos jurídicos son conceptos relativos, solo tienen sentido dentro de un 'sistema' y en un momento histórico determinado. Así, si tomamos como punto de referencia al 'contrato' en cuanto concepto universal, caeremos en la cuenta fácilmente que no es lo mismo el 'contrato' en el Common Law que el Civil Law, ni ahora que en el Derecho Romano Clásico*"[4].

Y así también concordamos con el que: "*Cuando una institución humana creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dé origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas*".[5]

En verdad, todavía en nuestro Código Civil de 1984 encontramos una serie de reminiscencias a ese mundo que cada vez se aleja más de nosotros. Hay todavía una presencia del campo y de lo simple, con notoria falta de proporcionalidad en la preocupación del legislador por aspectos urbanos y complejos que son determinantes de la vida de hoy. Definitivamente, ese mundo que tuvieron en mente los primeros codificadores, y que persiste como parte de una tradición a través de las normas de los Códigos actuales, ya no es el nuestro. El mundo ahora no es el mismo, organizado en personas jurídicas, donde nadie trabaja en su casa y nadie trabaja para sí, donde los bienes más valiosos son más bien

---

[4] DE LOS MOZOS, José Luis. La autonomía privada: notas para la relectura del título de los contratos en el código civil español. En: *Instituciones de Derecho Privado- Contratación contemporánea*. Tomo I. Editorial Temis y Palestra Editores. Bogotá. 2000, p. 191.

[5] DE TRAZEGNIES, Fernando. La transformación del derecho de propiedad. En: *El Derecho*. N° 33. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1978, p. 104.

inmateriales, como la marca de fábrica, la patente o el know-how, donde de poco sirven las solemnidades que se establecían antes para garantizar la transferencia de la propiedad inmueble porque ahora es posible enajenarla como si fuera un bien mueble bajo la forma de una transferencia de acciones, donde es posible hacer circular mediante un simple cheque sumas mucho más importantes que lo que pudiera valer el inmueble más preciado, donde ninguna actividad económica puede desarrollarse al margen de una red de bancos y empresas financieras, donde la responsabilidad extracontractual clásica pierde importancia porque la víctima, antes que ir al Poder Judicial para reclamar una indemnización del culpable o del causante, simplemente acude a su seguro.[6]

De conformidad a la naturaleza del presente trabajo, resultaría innegable reconocer que el Código Civil peruano de 1984 ya no sintoniza con la realidad actual.

Ya en 1994 De Trazegnies esbozaba: "*El nuevo Derecho Civil conservará los elementos de libertad, individualidad y racionalidad que le han otorgado un impulso tan grande durante los últimos siglos. Pero los concebirá en términos contemporáneos, sin las ataduras ni los lastres de las formas jurídicas del pasado. Tendrá que ser muy realista y muy imaginativo. Particularmente, el Derecho Civil tiene que pensarse a sí mismo dentro de un orden económico fundamentalmente distinto del que inspiró los Códigos del siglo pasado. Como lo hemos dicho, ese primer liberalismo atomista y simple ha dejado de ser significativo en la economía actual, y hemos ingresado a un mundo donde la libertad se presenta estructurada y donde las relaciones son complejas. En ese sentido, la*

[6] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ob. Cit.* P. 32.

tarea actual del Derecho Civil es superar ese aire un tanto provinciano, doméstico, de pequeño propietario, al que lo redujo la mentalidad pequeño-burguesa, para volver a ser un Derecho común, una base –no solamente nacional, sino incluso internacional– de las relaciones privadas entre los hombres".[7]

Castillo Freyre acota a propósito de la anterior reforma del Código Civil peruano: "*No se piense que con mis críticas pretendo un absoluto inmovilismo legal, en lo que respecta al Código Civil. Lo que busco es estabilidad jurídica y que, si algún día se modificara el Código, dicha modificación realmente sólo abarque aquello que resulte urgente y necesario y, además, que dicha modificación sirva para que el nuevo texto sea sustancialmente mejor y, sobre todo, más útil que aquel que se encuentra en vigencia. No podemos dar luz verde a un proceso de reforma en el que las normas que se proponen son, incluso, más defectuosas que las vigentes*".[8]

No obstante, ciertamente el Código Civil amerita ser actualizado, hacer que sea correspondiente con la realidad actual. Dicho cuerpo legal debe tener no solamente vigencia, sino, además, legitimidad, abdicando a su quintaesencia. Pues, ¿de qué podría servir un Código que no requiere mayormente ser utilizado?

Y es que, en realidad, este Código que tenía a su cargo la regulación del tejido de las relaciones fundamentales entre los hombres, que constituía la trama de la vida social, tiende actualmente a quedar arrinconado y a tratar aspectos muy puntuales y casi domésticos: La

[7] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Cit.* P. 38.

[8] CASTILLO FREYRE, Mario. El defectuoso anteproyecto de reforma al código civil en relación a las personas jurídicas. En línea recuperado en fecha 21/07/22 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18406. Lima, 2005, p. 69.

propiedad del vehículo propio, del menaje y de la casa personal, el arrendamiento simple de bienes familiares, los préstamos de persona a persona. Ergo, podríamos estar tentados de decir que ha quedado reducido a ser un Código de la Alcoba, porque su campo de aplicación es casi exclusivamente la intimidad del hogar: El nacimiento, la procreación y la muerte. Y, recientemente, ha comenzado a perder vigencia incluso en los aspectos domésticos. En algunos países, se pretende dar un código especial para la familia, retirando también esta área del marco del Código Civil, donde se encontraba desde siempre. Y también las nuevas formas de procreación, los trasplantes de órganos y la misma muerte son jurídicamente definidos y normados por leyes especiales. [9]

Por otro lado, resulta imprescindible dejar constancia, que el Derecho Civil peruano y, por ende, su correspondiente Código Civil, tuvo un papel muy protagónico hasta finales de la década de los años noventa. Dicho protagonismo excedió sus límites de aplicación en solamente los actores de la administración de justicia.

Ello se podía constatar en hechos comunes, objetivos. Como, por ejemplo: i) Los diversos eventos académicos prácticamente solo versaban en temas correspondientes a sus predios, ii) Se citaba y fundamentaba exclusivamente a la luz de lo registrado en el mismo, iii) Hacía las veces de Constitución Política. El derecho constitucional, prácticamente no existía, no se percibía. Si bien es cierto, que figuraba como asignatura en las facultades de derecho, no se le daba la preponderancia. Así, casi no se nombraba a la Constitución Política. Existiendo una cuasi unimismancia del Código Civil, con la Constitución Política, iv) Igual papel jugó el mismo en la mayor parte de países del orbe.

[9] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Cit.* P. 31.

Consideramos, que la explicación radica en el entonces vigente, esto es, el Estado de Derecho, en el cual, era la Ley y no la Constitución Política quien tomaba las riendas del sistema jurídico, administración de justicia, así como, la administración y organización del poder. Específicamente, era la Ley quien tenía el protagonismo.

Distinto es ahora dicho escenario, en el que ya no manda la Ley, sino, la Constitución, generando que todo el aparato normativo de un Estado, se alinee o registre ineludible sintonía con lo preceptuado en la Constitución Política. Se le denomina: Estado Constitucional de derecho (en la que hicieron su aparición los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional). Dicho sea de paso, es en el Estado Constitucional de derecho que nos encontramos, pues, actualmente nos rige.

Para ello, en la presente entrega tenemos basilarmente a bien desarrollar los puntos relativos a su naturaleza de reforma. Esto es, a efectos de reflexionar si efectivamente de manera originaria, existe justificación de fondo para llevarla a cabo, desde un enfoque no integral.

Por ello, somos de la opinión que resulta pertinente llevar a cabo la consideración de la presente agenda con miras al Bicentenario, con la intención de concientizar sobre lo señalado.

Apuntes de muy urgente atención frente al bicentenario en ciernes:

Ejercicio abusivo del derecho. Se tiene como premisa, que los efectos de la temeridad y malicia (mala fe) procesales generan que el derecho se distorsione, de emblemático a paradójico, tal como lo da a entender Fernando De Trazegnies: "*En la Europa del siglo XI, las primeras Universidades se fundan para enseñar Derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un azar cultural: las Universidades nacen con miras al Derecho, porque a su vez el Derecho era visto entonces como un modelo de pensamiento riguroso (…) los estudiantes no acudían a*

formarse como juristas, sino como hombres; o quizá, creían que formándose como juristas eran hombres más completos (El Mundo, octubre 1994[10]".

En ese sentido, es preocupante el cambio de rumbo o dirección –en sentido contrario, diríamos: de la corrección a la incorrección– del sentido de la profesión de abogado, es decir, que mientras en sus inicios era ciertamente auspicioso, con el transcurso del tiempo se deformó o se inclinó a favor (aunque no mayoritaria, pero cada vez en aumento) de la temeridad y malicia (mala fe) procesales. Sobre todo, cuando de la denominación misma del área de estudio, conocimiento o saber del abogado (*derecho*[11]) se puede desentrañar sus significados o acepciones básicas (*recto, correcto*), que aluden a lo sensato, justo, razonable, honesto, legal, lícito, procedente; que debe lógicamente caracterizar a la quintaesencia de la abogacía, como lo fue en sus inicios y debe continuar siéndolo.

Pero, es más preocupante aún si tomamos en cuenta que el proceso se ve desnaturalizado por el litigio malicioso o abuso del derecho de litigar (así, con mucha razón es harto sabido –en el orbe- que comúnmente en el proceso aflora y se desenvuelve campante lo más oscuro y retorcido de la miseria humana). Más aún cuando los que violentan o violan el proceso reclaman que sus argucias ilegítimas sean accedidas en nombre de la vigencia y defensa misma del debido proceso.

Así, el juez de la causa, en el ejercicio de su función de administrador y justicia y defensor de la corrección del proceso, no puede permitir que las partes, por cualquier medio o modo, festinen el proceso.

---

[10] VALDIVIA CANO, Juan Carlos. *La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica)*. Impresiones Zenith. Arequipa, 1998, p. 65.

[11] En: i) inglés: *law, right*. ii) francés: *droit*. iii) alemán: *gerade, rect*. iv) portugués: *directo*. v) italiano: *dititto*; etc.

Dicho, en otros términos, el magistrado es y tiene que comportarse como garante del fiel cumplimiento del debido proceso en el juicio.

Además, las partes y los abogados deben tomar en cuenta que, al hacer fraude, estafa o incorrección en el proceso, o accionar con temeridad procesal, no solo incurren en abuso del derecho, sino que también vulneran las atribuciones y majestad del juez, los derechos de la parte contraria, y también, por si fuese poco, el debido proceso.

La actuación procesal racional colabora facilitando la finalidad buscada por el accionante. Una actuación procesal irracional minimiza o lo conculca, perjudica o destruye. Se debe combatir, la irracionalidad procesal usada tanto para dilatar el proceso, como también para evitar la imposición de una sanción. El litigante que varía o frustra el fin del ordenamiento procesal acciona desviadamente; genera la desnaturalización del mismo, además de incurrir en inconstitucionalidad e irrazonalibilidad. En ese sentido: "toda irrazonabilidad es inconstitucional… la regla de razonabilidad marca un límite más allá del cual, la irrazonabilidad implica una violación a la Constitución"[12].

Es de verse, que el Art. II.-, del Título Preliminar del Código Civil peruano, acerca del ejercicio abusivo del derecho, establece: "*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*".

Al respecto, deviene en capital señalar que en el mismo se registra únicamente la regulación relacionada a la parte demandante, dando en entender que el incurrimiento y por ende las acciones legales en contra

[12] BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho constitucional.* Ediar. Tomo I. Buenos Aires. 1968, p. 238.

del ejercicio abusivo del derecho únicamente comportan al demandante y demandado.

No obstante, sostenemos que el ejercicio abusivo del derecho puede ser llevado a cabo por la totalidad de los nombrados pueden incurrir en temeridad y malicia procesales. Así tenemos:

i) Las partes: Cuando solicitan o reclaman derechos inexistentes o ilegales o al quejar indebida o infundadamente a un magistrado ante la Oficina de Control de la Magistratura- OCMA- (en este tipo de quejas incurren también no pocos abogados).

ii) El abogado:[13] A través de la interposición de recurrentes medidas cautelares, el planteamiento de ilegales recusaciones, accionar judicialmente a través los recursos más perjudiciales para la parte contraria, de quebrantamiento de procesos, reclamar un derecho sin haber agotado la vía previa, interposición de recursos de todo y por todo con el evidente propósito de dilatar o impedir la finalización del proceso o la ejecución de una sentencia.

iii) Los auxiliares jurisdiccionales: Mediante el ocultamiento de documentos.

iv) Los notificadores: Al notificar en lugar distinto a la verdadera dirección de la otra parte.

v) Los terceros: A través de inconductas procesales de peritos, y

vi) El fiscal: Cuando denuncia sin contar con los suficientes como plenos elementos de juicio para ello.

[13] Sin embargo, por obvias razones, es preciso tomar en cuenta que no es sencillo establecer una clara, precisa o exacta diferencia o línea divisoria entre los actos o conductas temerarias o de mala fe de las partes y los abogados.

vii) El juez: Al correr excesivamente traslados a la partes, excesivo rigor en la formalidad al rechazar recursos o declarar nulidades recurrentemente, admitir o rechazar medios probatorios abiertamente procedentes o improcedentes respectivamente, incurrir en morosidad judicial injustificada o no sancionar (omisión cuasi cómplice) el accionar procesal abusivo de cualquiera de los sujetos señalados.

La teoría del abuso del derecho, refiere que cuando se acciona procesalmente con mala fe (malicia) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, antifuncional, impropia o inadecuada.

El abuso del derecho consiste en la ilicitud de ejercer una facultad, potestad, derecho más allá de lo permitido moral o legalmente, también aprovecharse de una situación u objeto con la misma finalidad. El abuso puede ocasionarlo una persona teniendo como base un hecho lícito, pero con finalidad ilícita, que se sale de los límites de la justicia, la equidad, la ley y la razón".[14]

La temeridad procesal "consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad,

[14] INFANTES MANDUJANO, Pedro Adrián. *Diccionario jurídico.* Ediciones legales. S.A.C. Lima- Perú. 2000, pp. 31-32.

configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón".[15]

La temeridad no es otra cosa que una acción, en este caso actuar procesal, que desborda lo normal, lo razonable y lo debido, así como ataca valores morales del demandado quién se ve obligado a defenderse, si es que lo puede hacer sobre afirmaciones tendenciosas. Sin embargo, quien acciona defendiéndose, aunque sea claro conocedor de su culpabilidad, no puede ser calificado de temerario, ya que es lícita la búsqueda de un resultado atenuado o -por lo menos- en previsión de no ser víctima de un abuso de derecho.[16]

Litigar con temeridad o accionar con temeridad en el juicio es la defensa sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante, ello, así lo hace, abusando de la jurisdicción, o resiste la pretensión del contrario.

La conciencia de no tener razón o el saberse actuando sin poseer de razón legal, es lo que condiciona la temeridad. El comportamiento de temeridad se refleja ante el magistrado, a través de toda la actuación en el proceso por lo absurdo, caprichoso, etcétera, de las pretensiones o defensas.[17]

---

[15] PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código procesal civil y comercial de la nación.* Tomo II. Editorial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 1992, p. 393.

[16] TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano.* En Revista Jurídica del Perú de Editora Normas Legales. Lima, 2009, pp. 303-304.

[17] En ese sentido, consideramos necesario dejar constancia que el solo hecho de encontrarse en ausencia de razón no significa que se esté en situación de temeridad, pues de ser así todo litigante perdedor de una causa sería pasible de sanción; no lo es tampoco el error, ni la ausencia o pobreza de fundamentación de las pretensiones; ni la negligencia, mucho menos la existencia de jurisprudencia obligatoria contraria a la pretensión invocada.

Además, es importante precisar o tener en claro los significados de temeridad y malicia. Así, tenemos que: i) "La primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción; y ii) La segunda, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción"[18].

Malicia procesal es "la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe"[19]. Malicia es, por ejemplo, confabular con el notificador para que notifique en un domicilio diferente del que consta en la cédula, con el oscuro propósito que el demandado o notificado pierda sus derechos por la no comparecencia en término al proceso.

La temeridad se evidencia en tanto se vincula con el actuar o proceder procesal de fondo y la malicia se identifica más bien con la forma valiéndose de lo que está regulado, abusando de ello. Sin embargo, no debemos perder de vista que tanto la temeridad como la malicia- mala fe- (demostrados) en que incurre el litigante deben ser sumaria y ejemplarmente sancionadas por el juez del proceso.

Por otro lado, cabe dejar constancia que generalmente dichas inconductas perturbadoras del proceso, esto es, la temeridad y la malicia procesales (que son producto del uso irregular, exagerado e ilimitado de

[18] MAURINO, Alberto Luís. *Abuso del derecho en el proceso.* Editorial La Ley. Buenos Aires. 2001. p. 41.

[19] GOZAÍNI, Osvaldo A. *La conducta en el proceso.* Librería Editora Platense S.R.L. Buenos Aires. 1988, p. 69.

un derecho subjetivo) no son abiertamente antijurídicas y requieren en consecuencia una supervigilia minuciosa y permanente del proceso.

En tal sentido, sostenemos que el mencionado El Art. II.-, precisa adicionársele la frase: "*La totalidad de sujetos intervinientes en el proceso, pueden incurrir en abuso del derecho*".

Contratos modernos. Se ha vuelto casi de aceptación común como irreflexiva. el registro del contrato desarrollado exclusivamente de manera general. Sin embargo, existe situaciones actuales en las que el uso de los contratos modernos, se vuelva cada vez menos excepcional.

Y es que, es de considerar que el código civil debe tener una orientación más contemporánea, del siglo XXI y dejar paulatinamente su naturaleza mayoritariamente casera.

En consecuencia, somos de la opinión que, en las modificaciones del Código Civil peruano, debe considerarse la inclusión de los contratos modernos, tales como: *Outsourcing, Factoring, Leasing*, *Joint Venture, Franchising*, *Know How*, entre otros.

En ese orden de ideas, muchos de los contratos más modernos –como la locación de obra «llave en mano» o por administración, o el arrendamiento financiero– han sido introducidos en la vida económica ya no por el Código Civil, que había sido la puerta grande del sistema jurídico, sino por lo que antes eran puertas falsas de nivel manifiestamente inferior, como el Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas o normas reglamentarias de la actividad financiera. Hay otros contratos que están todavía a la espera de un reconocimiento legislativo –como el de joint venture, el de franquicia y el de factoring–, pero posiblemente nunca

formarán parte del Código Civil sino que serán normados por leyes especiales.[20]

Aggiornamiento en su justo medio. En el presente *item* tenemos que señalar, que las modificaciones a un cuerpo normativo como es el Código Civil, precisan abrazar una naturaleza urgente como necesaria. En ese sentido, no corresponde llevar a cabo una modificación integral.

La fundamentación radica, en que el espíritu de una reforma legislativa resulta basilarmente conteste o unimismante a una actualización, a un remozo, a una sintonización con el momento actual.

En consecuencia, la modificación integral no solamente deviene en inadecuada, sino, además, en peligrosa. Ello, en tanto que puede comportar la desnaturalización de la reforma y terminar resultando equiparable a la dación de un nuevo cuerpo normativo.

Es de acotar, que una reforma obedece estrictamente a una suerte de validación o legitimación. Lo que registra una calidad bifronte, ya sea con el compromiso con la finalidad del ajuste pertinente, ya sea, con la aceptación y uso por parte de la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, somos contestes con lo señalado por Mario Castillo Freyre, cuando refiere que no necesariamente las modificatorias al Código Civil se encuentran justificadas. El mismo precisa agudamente, que ciertamente en no pocos casos, no solamente no son necesarias, sino que no cuentan con justificación alguna.

Es de acotar, que no somos de la opinión de oponernos a toda modificación al Código Civil, pues, ello sería llegar liminarmente a lo insostenible, puesto que, incluso sería ir en contra de la naturaleza de la naturaleza cambiante del derecho y de la vida misma.

[20] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Cit.* P. 30.

Pero, más allá de lo señalado, precisamos dejar constancia que a su vez sería ir contra de la propia calidad de abraza el Derecho Civil en la historia de la humanidad.

En ese sentido, el Derecho Civil ha sido el gran instrumento de la modernización que se inicia en la Baja Edad Media, que marca un cambio de época con el Renacimiento y que adquiere su esplendor a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX. Es verdad que el Derecho Civil tiene su origen en Roma. Pero es el nuevo uso que otorgarán los juristas medievales a ese Derecho romano redescubierto el que contribuirá definitivamente a la formación del mundo moderno.[21]

Así, revisando el Digesto tenemos que, desde su nacimiento en Roma, el Derecho Civil tiene una inspiración progresista y modernizadora. Justiniano explica que, inicialmente, el pueblo romano vivía sin ley cierta, sin Derecho cierto, gobernado solamente por el poder de los reyes. Pero, al aumentar la ciudad, no era posible continuar de esta manera; por ello, el pueblo y los reyes propusieron algunas leyes. Expulsados los reyes, el pueblo roma-no volvió a caer en un Derecho incierto. Pero, como esta situación era intolerable, se buscó un Derecho en Grecia y se establecieron las Leyes de las Doce Tablas, de cuyo desarrollo deriva el Derecho Civil.[22]

Proscripción de la egolatría y mesianismo. Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las

[21] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Cit.* P. 26.

[22] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Cit.* P. 26- 27.

propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como "Tentaciones Académicas". Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio ("yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías"). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre.

Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma.

Entonces, los mismos terminan oponiéndose por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

Implantación del Estado de Justicia. Dejamos expresa constancia, que ciertamente el Código Civil no podría lograr satisfactoriamente sus

fines, en tanto que el mismo se ajusta a unismismancia del sistema jurídico imperante, esto es, del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no puede ser equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta constitucional, pero injusta.[23]Fundamentamos lo referido en los siguientes términos:

En primer lugar, a la Justicia Legal se le suele denominar de dicha manera, en razón a su abrace de conformidad a lo estipulado en la norma legal respectiva, esto es, cuando en sede judicial o administrativa se decide ajustándose a lo contemplado exclusivamente en la ley de la materia, para el caso concreto. O que también se invoque el otorgamiento de un derecho establecido en el texto expreso de la ley.

Seguidamente, se tiene en la Justicia Constitucional una definición que observa estrictamente los postulados de la Constitución Política. Entonces, queda claro que este tipo de justicia no es equiparable a la justicia legal.

A continuación, la Justicia Convencional es a la que se arriba tomando como premisa lo juridizado en la Convención Americana de Derechos Humanos: Su alcance o cercanía a la justeza es superior a la que ofrecen la justicia legal y la constitucional.

Luego, es de verse el significado de la Justicia Restaurativa se encuentra relacionado al espíritu que la restauración contempla para los sujetos ofendidos o agraviados. Si bien restaura a la totalidad de ofendidos o perjudicados, no necesariamente se le otorga lo que le corresponde a la víctima, sino, lo que subjetivamente considere la misma para quedar o saberse restaurada.

---

[23] TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?*. En línea recuperado en fecha 21/07/22 de http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html. Lima, 2018.

No pocas veces el alto contenido emocional, hace que lo que precise el ofendido, sea basilarmente el otorgamiento de las sinceras como sentidas disculpas y satisfacciones del ofensor, con cargo de no volver a incurrir en la correspondiente ofensa u agravio. Con ello, la víctima se vería en cierta forma, por satisfecha. Entonces, la justicia restaurativa arriba a un peldaño más arriba que la justicia legal, constitucional y convencional.

Finalmente, tenemos a la Justicia, a la justicia propiamente dicha, la única equiparable a la legitimidad, a la justeza. Este tipo de justicia, es a la que se refiere con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló al respecto: "La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho".

Así, la justicia no puede ser equiparable a la justicia restaurativa, ya que, a diferencia de esta última, la carga o necesidad emocional no se plasma, debido a que si el ofensor la robó al ofendido diez cabezas de ganado, pues, será justo o de justicia, que el ofendido reciba del ofensor el número completo y calidad (características) de lo robado y en extremo alguno, unas disculpas que puedan hacer las veces de bálsamo reductor del número y naturaleza de lo robado.

Que no se nos malentienda, ya que no estamos en contra, demonizamos, rebajamos o desmerecemos a la justicia restaurativa, solo la comparamos con la justicia. Entonces, queda demostrado que la justicia, no es igual y es a la vez muy superior a la justicia legal, constitucional, convencional y restaurativa.

No obstante, es preciso dejar constancia que en strictu sensu, la única justicia válidamente existente, es la justicia propiamente dicha o justicia verdadera. Y es que, no se trata de erradamente pretender otorgar mayor significancia o supremacía utilizando nombres rimbombantes para

"crear" diversos tipos de justicia, cuando la justicia es una sola, dicho de otro modo, la última de las analizadas.

A propósito, cabe hacer mención a la marcada gradualidad ascendente entre: legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, restauratividad y justicia.

Para concluir y en mérito a lo desarrollado, colegimos que a lo que debemos aspirar como único norte inquebrantable e innegociable; es a la mención, defensa y plasmación de la justicia propiamente dicha, esto es, a la legitimidad, a la justeza, es decir, a la justicia verdadera.

No obstante, lo desarrollado, sostenemos que no necesariamente tenemos que esperar a que algún día se encuentre el ansiado Estado de Justicia, puesto que desde ya podríamos abrazarlo premuniéndonos del principio de legitimidad.

¿Por qué puntos desarrollados no son asumidos o no terminan siendo los esperados?

El presente punto resulta ser de particular importancia y trascendencia, puesto que en principio se ha podido observar que se ha legislado o asumido políticas de Estado, con una mirada o enfoque solamente desde las entidades públicas o privadas; dejando en el olvido a los administrados y justiciables, pero sobre todo la efectiva salvaguarda del orden económico.

Entonces, para empezar, podemos reflexionar acerca del porqué de las decisiones insuficientes, parciales, incompletas, que se manifiestan al no legislar correctamente por ejemplo el tema materia del presente trabajo.

A continuación, huelga a propósito, ocuparnos de responder a las basilares preguntas que a propósito caen de maduras: i) ¿Es únicamente responsabilidad del legislador?, ii) ¿Por qué resulta siendo una constante

dicho accionar en cada cosa que deseemos llevar a cabo?, iii) ¿Por qué tan ajena y errática puede sernos la empresa de marras?, iv) ¿Por qué tiene o puede demorar tanto tiempo en alcanzarse lo que tanto supuestamente se busca y se tiene que buscar, sin terminar consiguiéndose?, v) ¿Por qué tanto tienen que padecer los justiciables y administrados para que puedan abrazar un trato más equitativo en el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, vi) ¿Por qué no la tenemos clara de inicio?, vii) ¿Por qué no ocurre ello en Europa y aquí sí, por ejemplo?.

En ese orden de pensamiento, podemos ensayar una resolución a las mismas, achacando a nada menos que a motivos de naturaleza de una suerte de nuestro ADN latino.

Es así que la respuesta parece apuntar a razones muy profundas, a nuestra construcción, a algo que sencillamente no podemos evitar, pues, resulta siendo parte de nuestra propia naturaleza.

Así, analizando a fondo (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas, ya que no tuvimos las edades del "Renacimiento", ni "Ilustración" (nos saltamos con garrocha de la edad Antigua a la Moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de sí mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV.

He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilófoso y gran

docente Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo "la enfermedad del amor"), el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de *tutti frutti* de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de manera integral total o completa son (por ejemplo: cuando nuestra cultura occidental define la palabra amor lo hace idealísticamente única y unánimemente como algo, noble, sublime y maravilloso -amor platónico- y no por lo que realmente es en su totalidad, se olvida así de los celos, la traición, el tedio, la mentira, el poder, el desencuentro, la cachetada, el escándalo, el odio, la muerte.

Nuestra cultura, continúa Valdivia Cano, no entiende que finalmente el amor es un problema cronológico, es solo cuestión de tiempo. El amor es una enfermedad crónica (no es que los amantes estén enfermos, sino que Eros mismo lo está), y así, tarde o temprano (los celos siempre diligentes descifrarán los decepcionantes signos amorosos) el amante probrará el avinagrado sabor de la lucidez (dicha lucidez está empedrada de desilusiones). Alguien dirá, ¿no hay o no existe el amor puro (o solo el de la parte bonita)?, "ese amor ando buscando, afirman frecuentemente no pocos". Fernando Savater responde por cierto afirmativamente, pero refiere que solo el amor de King Kong (el más alto, grande, que todo lo espera y todo lo dá –a cambio de nada– único y "verdadero" amor que solo apareció en la pantalla grande), Así, no ser platónico es ir más allá de Platón, entonces, es aceptar que el Danubio no es azul, es sucio, marrón, agua con barro y aceite (por decir lo menos). Por eso, Valdivia Cano considera además, que en asuntos de amor mejor

situado que Platón está Zarathustra ("amor: en los medios la guerra, y en el fondo odio eterno entre los sexos").

Luego, a la luz de las carencias[24] occidentales y peruanas reseñadas, huelga citar a Ortega y Gasset ("el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias"), para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura, trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás.[25]

Finalmente, dejamos constancia que solo planteamos un término como ejemplo, aparentemente sencillo (amor), con lo cual se pudo ver el desastroso "problema" que desencadenó (amor platónico); así, imaginemos lo que ocurre cuando se investiga, discute, analiza y "reflexiona" —reiteramos que reflexionar proviene de renacer/volver a pensar/aprender de los errores; es decir, del aprendizaje otorgado por la época del Renacimiento europeo, la misma que no tuvimos— acerca de temas jurídicos como lo es, verbigracia, la presente entrega en la que abordamos someramente las etapas de la evolución del derecho peruano.

A modo de colofón

En principio, dejamos constancia que no estamos en contra de la realización de reformas a cuerpo normativo alguno, en el presente caso,

[24] Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

[25] A propósito, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a si mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia "conócete, acéptate y supérate" y "para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de dónde te encuentras", además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

al Código Civil peruano. Somos contestes con las que, a decir de Mario Castillo Freyre, sean urgentes y necesarias y no integrales,

Así, sostenemos que el espíritu y punto de partida de las mismas debe tener una justificación suficiente, que vaya más allá de una mera coyuntura, sea de reforma, sea de cuasi arribo al Bicentenario.

Se debe considerar los puntos de agenda desarrollados, a efectos de evitar incurrir en la totalidad de extremos señalados.[26]

[26] V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.-

BIDART CAMPOS, Germán J. Derecho constitucional. Ediar. Tomo I. Buenos Aires. 1968.

CASTILLO FREYRE, Mario. El defectuoso anteproyecto de reforma al código civil en relación a las personas jurídicas. En línea recuperado en fecha 21/07/22 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18406. Lima, 2005.

DE LOS MOZOS, José Luis. La autonomía privada: notas para la relectura del título de los contratos en el código civil español. En: Instituciones de Derecho Privado- Contratación contemporánea. Tomo I. Editorial Temis y Palestra Editores. Bogotá. 2000.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. El derecho civil: perspectivas futuras. En línea recuperado en fecha 21/07/22 de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12686/13239. Lima, 2014.

DE TRAZEGNIES, Fernando. La transformación del derecho de propiedad. En: El Derecho. N° 33. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1978.

GOZAÍNI, Osvaldo A. La conducta en el proceso. Librería Editora Platense S.R.L. Buenos Aires. 1988.

INFANTES MANDUJANO, Pedro Adrián. Diccionario jurídico. Ediciones legales. S.A.C. Lima- Perú. 2000.

MAURINO, Alberto Luís. Abuso del derecho en el proceso. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2001.

PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Código procesal civil y comercial de la nación. Tomo II. Editorial. Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 1992.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?. En línea recuperado en fecha 21/07/22 de http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html. Lima, 2018.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano. En Revista Jurídica del Perú de Editora Normas Legales. Tomo Nº 98, abril 2009.

VALDIVIA CANO, Juan Carlos. La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica). Impresiones Zenith. Arequipa- Perú. 1998.

Contratapa Literaria

Luna

María Celeste Teotino

Luna inquietante,

desperdiciando

su desnudez.

Noche cálida

y estrellada.

Ese vacío

inmenso,

corre por los

aires.

En la penumbra

de la noche ardiente.

Arte de tapa Telescopio James Webb Nasa - Juana Illia juaillia@gmail.com

¿Querés comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde https://camoron.org.ar/filocam/

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09