

**Muerte y resurrección de las instituciones jurídicas.
El jurista y el historiador del Derecho *vis a vis*.**

Carlos Ramos Núñez

«Lo que fue volverá a ser, lo que se hizo se hará nuevamente. No hay nada nuevo bajo el sol. Y si te dicen ‘mira esto es nuevo’. Aún eso ya fue en siglos anteriores. No hay memoria de los ancianos. Igual pasará con sus descendientes nadie recordará entre los que existan después».

ECLESIASTÉS 1. *El nuevo testamento.*

Cuando el doctor Felipe Osterling Parodi, Presidente de la Academia Peruana del Derecho me participó que, por acuerdo unánime de la asamblea, había sido acogida mi incorporación en el seno de una institución heredera y corresponsal de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, recibí la noticia con inopinada sorpresa y ostensible entusiasmo. No era para menos. En otras ocasiones, el nombramiento recaía en una personalidad con indiscutibles pergaminos intelectuales, cuando no de un intenso y dilatado ejercicio de la abogacía. Me asombró, pues, que ahora el elegido fuese yo, sin otro blasón que el ser profesor universitario y haber publicado algunos libros.

Mi alegría se acrecentó aún más al enterarme que reemplazaba, en la lista *numerus clausus* de la Academia, el puesto que dejó vacante el extinto colega César Mansilla Novella, quien fuera en vida destacado estudioso del civilismo procesal, incansable organizador de congresos nacionales e internacionales, alumno genuinamente querido por sus maestros, como Domingo García Rada (que lo menciona gratamente en sus *Memorias de un juez*) y Mario Alzamora Valdez. Y años más tarde, educador admirado por sus estudiantes, muchos de ellos reconocidos personajes del foro que se hallan aquí presentes.

Conservo un grato recuerdo del doctor César Mansilla Novella. Hace algunos años, mientras se desempeñaba como presidente de la Fundación Canevaro, me invitó a elaborar dos libros. Uno dedicado a la historia de la fundación (obra todavía inédita debido a los sucesivos cambios en la Junta Directiva) y otro biográfico, y publicado bajo su impulso, en torno a la vida y obra de la benefactora, Ignacia Rodulfo Vda. de Canevaro. Es preciso reconocer en César Mansilla el empuje y la serenidad que exhibía ante la adversidad. Apenas dado de alta de una enfermedad se reintegraba satisfecho a sus labores cotidianas como el mejor bálsamo para sus dolencias. Jubilado por límite de edad, lo que para una persona con precaria salud, habría sido el reposo ideal y la mejor atención médica, fue un tormento para una persona dedicada como lo fue él. No se imaginaba su vida bajo una forma distinta a la de un profesor de aula y debió haber preferido que la muerte lo sorprendiera dictando una clase a sus alumnos.

II

Para quien todavía no se halla habituado del todo a estas celebraciones la designación no solo emociona sino también alarma. Conmueve -y profundamente-, pues, si no me engaño, se trata de una cálida demostración de afecto de eminentes figuras del foro peruano. Alarma, a su vez, porque, si bien percibo, la incorporación le recuerda a uno que no se halla más en la cómoda e irresponsable postura de una joven promesa. Se trata en todo caso de un vigoroso estímulo, como lo ha ratificado en su bello y lúcido discurso de recepción el doctor Fernando Vidal, que conservaré en un lugar privilegiado de mi casa y de mi afecto, para continuar en la incierta aun cuando reparadora carrera de la docencia y la investigación. Desearía servirme de estas circunstancias para tributar también un homenaje a los colegas de mi generación o de generaciones cercanas a la mía que cultivaron el derecho con dedicación y talento que ahora no nos acompañan como José León Barandiarán Hart, Lizardo Tabeada y Pedro Planas.

III

Para Platón, Hesíodo, Heráclito, Cicerón, Tácito, Marco Aurelio, Nietzsche, Shopenhauer, y más recientemente Jorge Luis Borges (que glosa a todos los anteriores) el tiempo es circular. Este (el eterno retorno) parece ser el destino de las instituciones jurídicas. Lo que ha ocurrido en el insondable pasado habrá de presentarse en el porvenir (¹). La frase evangélica del Eclesiastés, conforme a la cual no nada nuevo bajo el sol, que sirve de epígrafe a este discurso traduce muy bien su espíritu. Hasta el propio historiador del Derecho esto puede sorprenderle. Yo estaba convencido, como seguramente muchos de ustedes, que, a pesar de sus vicisitudes y precariedades, el sistema republicano de gobierno era entre nosotros, por lo menos hoy, una realidad incontrastable. Pero no. Bastó que se celebrara la boda de nuestro primer tenor, Juan Diego Flórez Salom para confirmar que en el imaginario popular, en la peculiar liturgia e incluso en el empleo privado de los espacios públicos, como la catedral y la comuna, anidaba un sentimiento monárquico.

Por otro lado el papel del abogado y del juez se ha mantenido casi inalterable en la tradición occidental. La misma representación social entre burlona y agradecida que inunda la literatura no ha variado mucho entre el mundo antiguo y el moderno, ya sea que les atribuyan ser los verdugos o los guardianes de la justicia. El pasado convive incluso en la vida cotidiana del abogado y del juez. Si bien el sello quinto desapareció, el papel que lo contiene no; los vocativos de los escritos se conservan inalterables, lo mismo que la estructura del discurso y el laconismo de la narración desde el mundo colonial. El empleo indebido del grado académico de doctor, una típica costumbre *contra legem*, subsiste entre nosotros sin mayor preocupación del sistema de justicia. De otro modo, la mitad de la magistratura y las dos terceras partes del foro expiarían condena. En efecto, no hay juez que se respete que en la sala de su juzgado no instale una biblia y un crucifijo, como otra expresión de que la costumbre también es fuente de derecho. La publicación de edictos, así como los rituales de la judicatura, sobre todo en

¹. BORGES, Jorge Luis. «El tiempo circular», *Historia de la eternidad* (1936). En: *Obras Completas*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974, pp. 393-396.

los grandes acontecimientos, nos recuerdan las centurias pretéritas. Si alguien quiere realizar un éxodo al pasado sólo tiene que advertir la interpelación de un procesado en una sala de justicia o el funcionamiento de una notaría. Con traspasar sus umbrales, nuestros pasos nos llevan a otras épocas ya idas, allí aún presentes. Así, en medio *cross examination*, de *laptops* y fotocopiadoras se esconden sigilosos las actitudes y los folios que, en fin, retratan al mundo medieval.

El sistema jurídico íntegro se encuentra plétórico de marchas y contramarchas. Sobra recordar, como paradigmas, figuras como la pena de muerte (vaya cuánta tinta derroché la prensa peruana), la reelección presidencial, el debate sobre sistema unicameral y bicameral, la reforma de la administración de justicia, el jurado, el matrimonio civil y el divorcio. Hasta la filiación, conmovida desde sus cimientos por la aparición de la prueba de ADN, no ha roto sus ataduras de las consideraciones del pasado, y dudamos que lo haga, le bastó al operador del derecho con continuar enarbolando la presunción *pater is est quam nuptian demostrant*. En todas estas instituciones jurídicas hemos asistido a una resurrección de gastados argumentos.

La disciplina legal al igual de lo que sucede con la sociedad, no está exentas de mutaciones. Hoy estamos viviendo el auge del Derecho Constitucional. En buena hora: no podía ser de otra manera tras el letargo de la democracia, pero el Estado de Derecho, hoy Estado Constitucional no es un fin, simplemente es un medio. El fin consiste en la felicidad, en el bienestar del hombre. En este cometido concurren también las demás ramas como por ejemplo el Derecho civil que palabras de Andrés Bello es una suerte de Derecho constitucional de la vida cotidiana. Estas preferencias intelectuales tanto por el Derecho privado como por el Derecho constitucional mudan, según las generaciones y conforme a las exigencias de la época. Es extraño, sin embargo, señalar que el Derecho civil haya tenido un modesto desarrollo en México, ello no se debe a la calidad de sus juristas, sino simplemente al hecho que el Estado era el eje crucial de su historia. El adelanto del Derecho civil argentino caminaba de la mano, como producto de la inmigración, con la configuración de una sólida clase media con un mayor sentido de igualdad. Asimismo la historia del Derecho Indiano tuvo un importante desarrollo en Chile, a diferencia del Perú, como una suerte de compensación psico-historigráfica ante la ausencia de un Virreinato. La expansión del *Law and Economics* en el Perú en la década de los noventa se asociaba a los requerimientos ideológicos de entonces. Hubo también un tiempo que otras vertientes se hallaron en el centro del escenario jurídico, a saber, el Derecho procesal, entre nosotros cuando hubo la urgencia de reformar, hacia 1905, los procedimientos coloniales; el Derecho comercial, cuando se impulsaron, en las décadas de los sesenta y de los noventa, las leyes de sociedades y títulos valores; el Derecho tributario, cuando, a comienzos de los noventa, hubo necesidad de abreviar el sistema fiscal frente la proliferación de impuestos; el derecho penal en muchos países ante el surgimiento del positivismo antropológico de Lombroso y Garófalo, que insistieron en el empleo de términos como peligrosidad, habitualidad y reincidencia. Lombroso ha retornado a través de la neurociencia y también las figuras descritas, y *cosa via*.

Otra interesante muestra de la extinción y resurrección de las instituciones puede detectarse en la lucha entre el sistema consensual y el sistema publicista constitutivo de propiedad inmobiliaria a través del registro. Igualmente, en la transferencia de la propiedad mobiliaria: entre los partidarios de la teoría del modo y la causa y los cultores de su fusión. Impactan también las disputas académicas, a caballo entre dos centurias,

entre los defensores a ultranza de la responsabilidad por culpa y los partisanos de la responsabilidad objetiva, no obstante la influencia del estructuralismo y el funcionalismo. Me llamó la atención observar que en los debates de reforma del nuevo Código Civil apareciera la famosa cláusula irritante de la *odia restringi*, tal como ocurría en el derecho medieval para armonizar el *ius proprium* con el *ius commune* ⁽²⁾.

El daño moral, que se creía extinto dadas las críticas contra *pretium doloris* en la doctrina y reemplazado por otras modalidades, renace para cierto sector de la doctrina ⁽³⁾. En el campo del Derecho civil la permanente lucha, sobre la base de criterios ideológicos, para incorporar o eliminar figuras como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, el retracto, la herencia libre, entre otras, no cesan ⁽⁴⁾. Rodolfo Sacco y Francesco Galgano han mostrado la rotundidad histórica de estas tendencias en el Derecho comparado ⁽⁵⁾.

La propia valoración de las pruebas se ha descubierto sujeta a los vaivenes históricos. Hasta hace poco se pensaba, por ejemplo, que la teoría de la prueba tasada se había extinguido. Uno de los principales logros que el Código Procesal Civil aportaba era la eliminación de pruebas con valor medido como el juramento decisorio, la confesión y los documentos privilegiados, que recordaban la antigua práctica, según la cual el testimonio de tres mujeres equivalían al de un varón y el testimonio de un hidalgo al de tres plebeyos. Sin llegar a tanto se imponía un nuevo esquema probatorio. El juez debía valorar las pruebas de una manera integral. Pero no era sino una ilusión. Una reciente ley sobre la prueba de ADN en los juicios de filiación extramatrimonial determinaba que la confesión ficta (horror de horrores en la teoría procesal moderna) renacía de sus cenizas si el emplazado no contestaba la demanda ⁽⁶⁾. La Corte Suprema en una resolución ratificó la legalidad de esa norma y si bien optó por la protección de los intereses del niño acogió también el renacimiento de la prueba tasada ⁽⁷⁾. Por otro lado, el desarrollo de la tecnología hace inevitable que el juez apoye sus decisiones en el peritaje. El colapso de un puente, una estufa bursátil, la quiebra de un sistema informático, el fallecimiento de un paciente, la salud mental de un niño en un proceso de tenencia, etc., difícilmente pueden ser comprendidos cabalmente por un experto en leyes. El aforismo, *peritus iudex est*, el juez es perito de peritos, que hacía posible el contraste y la valoración, sucumbe. El corolario: el retorno de la momia, la prueba tasada.

Hasta en el derecho comercial aparentemente moderno, pero en el fondo muy antiguo, el rigor de las leyes nacionales cede frente a la globalización económica y los procesos integradores. Emerge una nueva *lex mercatoria*, como en la época del Derecho común.

². El artículo 23 del Código Civil chileno reza «Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes».

³. El precio del dolor. GHERSI, Carlos Alberto. *Valuación económica del daño moral y psicológico: daño a la psiquis, categorización socioeconómica y cultural, prueba y procedencia, valor del ocio vacacional, modelos de cálculo, pautas jurisprudenciales*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. DePalma, 2000.

⁴. Vid. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.) *¿Por qué hay que cambiar el código civil?* Lima: UPC, 2001.

⁵. Cfr. SACCO, Rodolfo y Antonio GAMBARO. *Sistemi giuridici comparati*. Torino: UTET, 1996; GALGANO, Francesco. *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1992.

⁶. Ley Nro. 27048, promulgada el 31 de diciembre de 1998.

⁷. Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1999, acuerdo Nro. 5 sobre «Declaración de paternidad y maternidad».

Incluso la historia de la quiebra, que en la década de los noventa se la llamó eufemísticamente «reestructuración patrimonial» no es sino un largo itinerario de idas y vueltas, ahora con el nombre más sensato de «derecho concursal».

El jurista del presente ha puesto sus esperanzas en el nuevo Código Procesal Penal, concebido como panacea de los males que aquejan a nuestra administración de justicia en el ámbito criminal. Miles de expedientes no resueltos y centenares de internos sin sentencia condenatoria. En ese contexto, la esperanza que el sistema acusatorio fundamentalmente de índole oral reemplace al *vetusto* sistema escrito, canónico e inquisitorial asomaba con apremio. Es curioso advertir que lo que hoy es *vetusto* antes fue moderno, y lo que es hoy innovador antes fue anticuado. En efecto, la seguridad jurídica descansaba en la escritura, las partes y los abogados podían revisar los expedientes y los jueces analizarlos en la alzada. El sistema acusatorio, por otro lado, herencia de las ordalías o juicios de Dios y en los duelos germánicos (muchos de sus adalidades no están enterados), en su forma pura no reconoce, ni siquiera hoy, la pluralidad de instancias, herencia esta última del derecho canónico medieval. De manera que todo es histórico, la única manera diferencia consiste en que hay elementos que forman parte de nuestra tradición romanista y otros componentes que se afinan en una tradición extranjera.

Debe también indicarse, sin embargo, que el hombre de leyes abraza su coyuntura histórica con fervor diletante y optimismo ingenuo. Las figuras jurídicas de su tiempo, a su juicio más inmediato, han nacido en la víspera o se hallan en plena eclosión. ¿Para qué detenerse entonces en el pasado de sombras si se abre una etapa promisoriosa cargada de luz? Por supuesto, este no solo es un problema del experto en Derecho Procesal Penal, a raíz de la expedición de un nuevo código. En realidad, es el síndrome de modernidad que ataca a todos los especialistas, incluso de las áreas supuestamente más invulnerables.

Ello exige entonces un diálogo no son académico sino también profesional entre juristas del ordenamiento positivo e historiadores del Derecho. Supone poner fin a recelos mutuos que harían decir al profesor alemán Thieme:

«El historiador del derecho es tenido frecuentemente entre los juristas como un buen historiador y entre los historiadores como un buen jurista. No le resulta fácil contentar a unos y otros. Es un sujeto mixto, con doble ciudadanía, siempre entre dos Facultades, al margen de su propia casa, arrastrando en dos zonas la carga (...) del caminante fronterizo. Incómodo a los historiadores por su mentalidad jurídica. Motivo de escándalo para los estudiosos del derecho por su vocación a retrotraer históricamente el estado de las cuestiones. A menudo no sabe cuál es en realidad su patria ni de dónde es ciudadano» (*Ideengeschichte rechtsgeschichte*)⁽⁸⁾.

Con el arribo de capitales extranjeros y su interés de construir estaciones de servicio y grandes almacenas se descubrió con cierta perplejidad que los proyectos de inversión de

⁸. Cfr. THIEME, Hans von. *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte*. Köln: Böhlau, 1986, p. 288.

larga data no encontraban en el derecho civil peruano un clima legal adecuado ⁽⁹⁾. El artículo 1688.º al estipular que los arrendamientos sólo pueden tener una duración máxima de diez años, que el derecho de usufructo no puede exceder de treinta años, entonces, sólo restaba el derecho de superficie, contenido en el artículo 1030 que casi estaba al borde del desuso. Bajo esas circunstancias era la única institución útil, pues estipulaba que el plazo de la transacción podía persistir hasta los 99 años. El censo enfiteútico, hoy desaparecido, permitiría un plazo aún mayor a los inversionistas, puesto que se pacta en vidas y no sería nada raro que vuelva a resurgir de sus cenizas ⁽¹⁰⁾. Este debate muy contemporáneo tuvo lugar ya en el siglo XIX entre Ignacio Novoa, que insistía en mantener el plazo de diez años consignado en el artículo 1551 del Código civil de 1852, y Luis Eugenio Albertini que pugnaba por su derogatoria. Al final, prevaleció la postura de este último ⁽¹¹⁾. El plazo del arrendamiento se amplió indefinidamente para quienes dispusieran por sí mismos e sus bienes, mediante una ley de 13 de febrero de 1873. El Código Civil de 1936, en expresión un tanto culposa, prescribió en el artículo 1494 la duración indefinida del contrato de arrendamiento, salvo que intervinieran el Estado o los incapaces (que es decir lo mismo). Como el codificador de 1984 no tenía a la mano el Código Civil de 1852 ni conocía de su reforma, en un giro histórico se hizo más conservador.

Una institución curiosa, denostada por los liberales en el siglo XIX fue el fideicomiso, mediante la cual puede ceder el testador a alguien, el fiduciario, alguna parte de la herencia o toda ella para que éste la entregue a un tercero o beneficiario cuando se cumpla el plazo o la condición impuesta por el testador ⁽¹²⁾. En una perspectiva

⁹. Véase: BULLARD, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996, p. 330. «Una empresa norteamericana deseaba instalar una estación de servicio en un terreno de propiedad de un peruano. Dada la inversión que tenía que realizarse querían un plazo de arrendamiento de veinte años a fin de poderla recuperar, además de una opción de compra del terreno al fin del arrendamiento. Se descubrió, sin embargo, que los arrendamientos sólo podían tener una duración máxima de 10 años (artículo 1688) y que la opción sería inexigible más allá de los 6 meses de suscrito el contrato (artículo 1423). La consecuencia fue el desarrollo de una compleja maraña de instrumentos legales que incrementaron los costos de la operación e hicieron más difícil su ejecución».

¹⁰. ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Paris: Eugenio Maillefert y Compañía, 1858, pp. 440 y 442. «Esta palabra viene del verbo latino *censere*, que significa valuar o tasar; y de aquí es que censo era entre los romanos el padrón o lista que los censores hacían de las personas y haciendas, tasando de cuando en cuando las heredades o fundos que estaban sujetos a tributo, para imponerles en seguida el contingente que debían pagar según lo que solían producir un año u otro (...) Entre nosotros significaba antiguamente la pensión que pagaban todos los años algunas iglesias a su prelado por razón de superioridad u otras causas, y no dejaba de ser también equivalente a tributo (...) se divide en consignativo, enfiteútico y reservativo». Y en este sentido, «El censo enfiteútico es el derecho que tenemos de exigir de otro cierto canon o pensión anual en razón de haberle transferido para siempre o para largo tiempo el dominio útil de algún inmueble, reservándose el dominio directo».

¹¹. Vid. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, tomo V: «Los signos del cambio», volumen 2: «Las instituciones». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 369-370.

¹². En efecto, como hace notar García Calderón, la palabra fideicomiso se compone de dos voces latinas, *fides*, fe, y *commitere*, confiar que implicaba la entrega de una cosa, en buena fe, a manos de otro por medio de una disposición testamentaria, haciéndole el encargo privado de que inmediatamente o después de algún tiempo los entregue a otro. El heredero nombrado en el testamento se llama *fiduciario*, y el que ha de recibir la herencia, *fideicomisario*. De este modo se nombraba, en apariencia, a un heredero capaz que, en virtud de los encargos confidenciales, trasmitía la herencia recibida al incapaz. Para impedir que el heredero instituido se negase a aceptar la herencia, y quedase sin efecto el fideicomiso, se le concedió el derecho de apropiarse la cuarta parte de ella, que se llamó *cuarta trebelánica*. Los fideicomisos pasaron de la legislación romana a la española y de allí que son *ius patrium*. Véase: GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la legislación peruana*, 2ª edición. Lima / París: Librería de Laroque, 1879, p. 979.

decimonónica no era posible que se restringiera el derecho de propiedad de los herederos. Eso significaba indebidamente la voluntad del causante que una vez fallecido transmitía su patrimonio. En la actualidad el fideicomiso ha sido instituido nuevamente en el la ley del sistema financiero nacional como una función o competencia exclusiva de los bancos ⁽¹³⁾. Advierto, sin embargo, con humor que abundan las tesis que propugnan la ampliación del fideicomiso que, como ustedes saben, bajo el nombre de *trust*, dirige la vida económica en los países anglosajones

El complejo de modernidad ha abatido a numerosas figuras. ¿Recuerdan a la conciliación obligatoria antes del juicio? La institución fue consagrada por la Constitución de Cádiz ⁽¹⁴⁾, ratificada por la Constitución de 1823, como ha recordado Marcial Rubio, recogida por el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 ⁽¹⁵⁾, a fin de que se realizara ante juzgados de paz. El Código de Procedimientos Civiles de 1912 la eliminó, tras una encuesta entre los abogados que estimaban que entorpecía el discernimiento de justicia. Se puso de moda nuevamente en los años cincuenta y, por último fue objeto de una ley en 1997 ⁽¹⁶⁾. Se difundió especialmente en el campo del Derecho de familia y del Derecho laboral. Se crearon cursos, diplomados, etc.; pero unos años más tarde, el 2004, la CERIAJUS, determinó que debía desaparecer. Hasta hoy solo Lima, Arequipa y La Libertad lo preservan como obligatorio al juicio. ¿Creen ustedes que su historia acabó? Esperemos unos cinco años y volveremos a escuchar campanas que la anuncien. Otra vez la figura se pondrá en vigencia en tesis y monografías.

¿Recuerdan al principio del *ius publicismo* del proceso civil, defendido primero como uno de los mayores logros en el ámbito de la justicia, tanto que parecía el fin de la *histpria*? Un breve repaso histórico nos mostrará el *corsi et ricorsi* de una institución (la frase es de Vico).

Cuando el Código de Procedimientos Civiles de 1912 fue dictado se anunciaba la emergencia de una nueva época para la práctica procesal en el Perú. Se ponía fina a la arbitrariedad del magistrado. Se frenaba eficazmente el absolutismo judicial. Se actuarían sólo las pruebas que las partes ofrecían y se aceptarían los recursos impugnatorios que los contendientes presentaban ⁽¹⁷⁾. Hacia los años cincuenta,

¹³. Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de banca y seguros, Ley Nro. 26702.

¹⁴. Cfr. GARCÍA BELÁUNDE, Domingo. *Las constituciones del Perú*, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porras, 2006, p. 72. Artículo 282.– «El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto». Artículo 283.– «El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial». Artículo 284.– «Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno».

¹⁵. Artículo 284.– «La conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito; excepto en los casos que se expresan en este título [Título II: «De la conciliación»]». En: LA LAMA, Miguel Antonio de. *Código de Enjuiciamientos Civiles*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1905, pp. 70-71.

¹⁶. Ley de Conciliación Extrajudicial, Ley Nro. 26872 y el Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo N° 004-2005-JUS.

¹⁷. APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código de Procedimientos Civiles*, tomo I. Lima: Talleres Gráficos de la Penitenciaría, pp. 205-206. «Exposición de motivos: las reformas introducidas en esta materia obedecen al deseo de procurar la celeridad en el ofrecimiento y actuación de la prueba,

comenzaban las primeras críticas, al código ya se le calificaba de anacrónico. Con el gobierno militar, en el marco de la reforma agraria y la reforma laboral, la reforma del trabajo, el viejo código liberal entraba definitivamente en crisis. El *ius privatismo* que albergaba, a través de sendos decretos leyes, era reemplazado por el *ius publicismo*. El juez reemplazaba incluso la voluntad de las partes. La igualdad procesal como era entendida en términos sociológicos y el magistrado se transformaba en otro abogado defensor. El Código Procesal Civil de 1993 fue sensible a este discurso. Era, por otro lado, la ideología de los tiempos que hallaba su sustento político en la Constitución Política de 1979. Esos principios al letrado de la época le parecían eternos e insoslayables, la figura del «juez árbitro», que solo facilita la regla de juego, parecía una reminiscencia de antaño. Sin embargo, tal como había ocurrido con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y antes con el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, no tardó en ser impugnado la doctrina se refirió a la facultad despótica del juez y a la necesidad de establecer una judicatura sin tantas atribuciones. No era sino una manifestación más del eterno retorno. Estoy convencido que ese apasionamiento a favor del juez-árbitro será transitorio y otras generaciones manifestarán su admiración por un incremento sustancial en las atribuciones del juez.

Naturalmente la ideología pinta a la doctrina, por eso es primordial destacar que cuando se defendía con ardor el *ius publicismo* del juez civil; en la palestra de la doctrina penalista se cuestionaba severamente su protagonismo con un término deshonroso, juez inquisitivo. A su vez, la doctrina procesal civil había juzgado ásperamente la actuación del juez árbitro que hacía abstracción de la condición social y económica de las partes, colocándolas en el mismo plano. Este juez árbitro fue objeto de apología en el derecho procesal penal con un término simpático: juez adversarial. El nuevo Código Procesal Penal, que comprende el principio de la publicidad de los procesos, carece de novedad. Este derecho estaba ya consignado en nuestras constituciones decimonónicas que marchaba un paso adelante tras estructurar el juicio por jurado.

Una de las mayores lecciones que puede darnos la historia del derecho tiene que ver, esta vez, con la sexualidad juvenil. Se cometió una de las mayores barbaridades jurídicas de las que posee registro. Bien podría figurar sino en una historia universal de la infamia, por lo menos tiene ganado su sitio en los anales del humorismo legal. La norma de marras es la Ley Nro. 28704, publicada el 5 de abril del 2006 por el Presidente Toledo (que suponemos firmada temprano en la mañana). Cambiaba la edad de las víctimas de la violación presunta, desde entonces serían los menores de entre 14 y 18 años de edad. Quedaba así trastocado todo el ordenamiento legal, los legisladores modernos deberían aprender mucho de la historia del derecho en el campo de la regulación de la vida social. Ni a los romanos ni a los canonistas se les habría ocurrido establecer la edad de la violación presunta a menores de 18 años de edad. Los primeros la establecieron a los 12 y 14 años; los segundos corrigieron este exceso y la fijaron en 14 años para las mujeres y en 16 para los hombres. Una ley aprobada por el congreso e

exigiendo de las partes cierta actividad para preparara y poner en práctica sus medios de defensa, sin rehusarles los plazos y facilidades a que tienen derecho. En la estación de pruebas es donde muchos pleitos se eternizan, y para evitar este mal se han adoptado reformas de evidente eficacia. Las principales son: 1.º Toda prueba debe ofrecerse, so pena de no ser admitida, dentro de los primeros veinte días del término probatorio (artículo 349.º); 2.º La prueba debe ser actuada precisamente dentro de este término (artículo 351.º); 3.º Los incidentes relativos a la prueba no interrumpen el término y se sustancian por cuerda separada (artículo 362.º); 4.º La prórroga del términos es a cincuenta días y no a ochenta (artículo 348.º) Estas disposiciones están sujetas a convenientes atenuaciones. Así, es admisible la prueba instrumental en cualquier estado de la causa.

la república e impulsadas por las Congresista Lourdes Florez Nano y Beatriz Merino al subieron para las mujeres de 14 a 16 años, menos mal que no la establecieron en cuarenta.

En el Perú, el Código de Santa Cruz determinó en 12 la edad nupcial de las mujeres y en 14 la de los hombres. A partir del Código Civil de 1852 que siguió en el ello el derecho canónico la había fijado en 14 y 16 años, respectivamente. El Código Penal de 1862 estableció el delito de violación en agravio de menores de 12 años y el delito de estupro o seducción en contra de quienes tuvieran entre 12 y 18. El Código Procesal Penal de 1924 acentuó la violación presunta, cuando la víctima fuera menos a 16 años. Una reforma introducida por Velasco mediante el decreto ley Nro. 20583 del 9 de abril de 1974, disminuyó la edad de 16 a 14 años. Los más favorecidos con esa norma campesinos indígenas.

Un reciente acuerdo plenario de la Corte Suprema aseguró, con buen criterio y sin que eso signifique la derogatoria normativa que esa norma, la 28407, puede ser interpretada en el sentido que la libertad sexual de los menores hombres y mujeres se alcanza a los 16 años de edad.

Desgraciadamente al historiador del derecho parece que se le ha reservado el papel de aguafiestas de las grandes conmemoraciones. Eso es bueno, pues, a alguien debe reservarse la voz discordante en medio de la unanimidad. Y es que ocurre que quien observa el desarrollo de las tendencias jurídicas a lo largo del tiempo, artificialmente se torna en un viejo cazurro que asume con escepticismo y mirada crítica el entusiasmo del jurista del Derecho positivo por la novedad del presente. La propuesta innovadora le corresponde al letrado, el ácido cínico le toca al historiador. En efecto, cuántas veces ha observado el estudioso de la historia jurídica que una constitución, un código, una ley o una institución fueron elogiadas con el mismo entusiasmo de un niño ante un juguete recién comprado para después pasar, como ocurre con el juguete, al desencanto y al olvido. Al cabo de un tiempo, el niño recuerda al viejo juguete, lo busca y reinicia el contacto lúdico con aquél. El antojo del niño por la novedad no es sino la manifestación del hombre de leyes (llámese legislador, juez, abogado o jurisconsulto) por aferrarse al tiempo o, mejor dicho, a su propio tiempo.

¿Quién de ustedes reconoce al personaje representado en un billete de cambio de veinte soles? Estoy seguro que les tomará muchos minutos recordar el retrato del historiador Raúl Porras Barrenechea tanto a ustedes, diestros abogados, como al empleado bancario que, mecánicamente, contabiliza los billetes. Esa es la simple dinámica de las instituciones jurídicas. No advertimos cuando son históricas y cuando dejan de serlo. Se piensa que aquéllas mueren y no resucitan más y que todo es nuevo. Una ideología de la modernidad, así mismo, facilita esa falsa convicción. ¿Quién recuerda, por ejemplo, que el sistema inquisitivo, con su mecanismo de instancias plurales era mucho más moderno que las ordalías o por duelo privado sobre cuya base se erige el sistema adversarial? ¿No era mejor dejar por escrito las declaraciones que abandonarlas a la arbitrariedad de los contendientes? ¿No era más apropiado que los registros se sentarían en registros escritos y manuales, en lugar que fueran recordados por las partes? ¿No era más conveniente que la resolución de los conflictos se confiará a jueces especializados que se formaban en las universidades en lugar que se pusieran en manos de inexpertos ciudadanos? Las ordalías o los juicios de Dios, así como los duelos privados que determinaban la solución de los conflictos (como la prueba de la cruz, mediante la cual

el primer individuo que bajaba las manos, tras la lectura de las santas escrituras, perdía el juicio) tan vilipendiados por los modernos penalistas continentales, curiosamente, constituyen el antecedente de la justicia adversarial, tan apreciada ahora. ¿La pluralidad de instancias, basado en el sistema escriturario, no es acaso una conquista del constitucionalismo romanista, inexistente en el sistema oral (no existe ninguna constitución anglosajona que garantice la doble instancia) del mundo anglosajón?

Estos vuelcos no pueden entenderse sino a luz de la historia del derecho pues se presentan en un esquema de larga duración. Es muy difícil que el jurista, aún si llega a viejo, sea perfectamente consciente de estas transformaciones. Le ocurre como ya he recordado, lo mismo que al empleado bancario que a fuerza de examinar los billetes en circulación no recuerda a los personajes que figuran impresos, menos va a recordar a los personajes de billetes extintos, a pesar que profusamente hayan pasado por sus manos. El hombre de derecho vive su presente y quizás no haya manera de sacarlo de allí. La persona de leyes se ilusiona con frenesí ante las «novedades jurídicas». Un nuevo Código, una nueva ley, quizás el jurista que vive condenado a vivir el día a día no logre advertir que entre los pliegues de la modernidad se hallan agazapadas las instituciones jurídicas del pasado.

Alguien, empero, podría reclamar como nuevo el principio de interés superior del menor que apenas fue aprobado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigencia desde 1990, a lo que podría contestarse eso es verdad, pero ¿acaso no existía antes la figura de la *restitutio in integrum*? Bajo ese principio moderno del interés superior del niño, es usual observar en las sentencias que dejen sin efecto sentencias que se hallaban en calidad de cosa juzgada por atentar contra los intereses de los menores. Vale decir el principio del interés superior del niño no es más que la formulación moderna de la antigua restitución por entero.

Ihering se imaginaba las instituciones jurídicas como seres fantasmagóricos que habitaban en el limbo. No era que estaban muertos, sino solamente descansando. Arribaría la hora que el jurista imbuido por el derecho positivo fuera a buscarlas para nuevamente dotarlas de vida. Le faltó decir que después este jurista se desentendería de ellas la abandonaría a su suerte, ingresarían al campo etéreo del olvido. Y la historia volvería a repetirse.