

**¿Dónde existe un remedio, existe un derecho?
Apuntes sobre el aforismo “*ubi remedium, ibi ius*”**

Renzo E. Saavedra Velazco *

En el presente artículo, el autor analiza el concepto de los remedios en el sistema jurídico del Common Law; así como la relación que existe entre estos y los derechos sustanciales. En ese sentido, demuestra la importancia que los remedios tomaran en un futuro, y advierte la relevancia que tomará para el operador nacional, quien deberá estar preparado.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Análisis económico del Derecho y Derecho Civil en la PUCP y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Magíster en Derecho de empresa, mención en Derecho del Mercado, por la UPC. Asociado del Estudio Osterling. Miembro de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE) y de la *American Society of Comparative Law*. Árbitro inscrito en la nómina del Centro de Arbitraje PUCP.

Premisa

La influencia de los discursos e instituciones del *Common Law* en el resto de sistemas jurídicos es una realidad de nuestro tiempo¹. Evidentemente no afirmo la superioridad de los productos del *Common Law* con relación a sus pares, por ejemplo, del *Civil Law*². Tampoco sostengo que quienes se ocupan de la importación de los citados productos jurídicos efectúan una labor libre de errores; lo que intento compartir con ustedes es algo menos esotérico. La *Americanization* no es una hipótesis de trabajo, antes bien resulta un punto de partida con el cual –explícita o implícitamente– lidia diariamente el académico y el profesional del derecho de esta parte del globo.

¿Por qué ese dato podría ser importante para el análisis jurídico? La respuesta no es compleja. Los operadores jurídicos de los sistemas importadores no necesariamente están al tanto de las peculiaridades del sistema de origen. Como afirmé en otro lugar³, muchas veces las decisiones teórico-prácticas destinadas a solucionar ciertas necesidades o conflictos sociales se explican a partir de las características (favorables o desfavorables) existentes en los sistemas que forjaron tales soluciones, circunstancias que –retrospectivamente– alentaron o sustentaron el éxito y la coherencia sistémica de estos productos jurídicos. Desde mi punto de vista, sólo si conocemos las peculiaridades que rodearon la génesis de cada producto en su sistema de origen se

¹ El fenómeno de *Americanization* es un tópico recurrente en la comparación jurídica contemporánea, por lo que sólo puedo ofrecer una visión general de la bibliografía existente. A manera de ejemplo, consúltese los trabajos de Kagan, Robert A., "Globalization and legal change: The "Americanization" of European Law". En: *Regulation & Governance*, vol. 1, n.º. 2, 2007, pp. 99 y ss.; y, WIEGAND, Wolfgang, "Americanization of Law: Reception or convergence?". En: AA. Vv., *Legal culture and the legal profession*, Lawrence M. Friedmann y Harry N. Scheiber (eds.), Westview Press, Colorado, 1996, pp. 137 y ss., quienes evalúan el impacto que la doctrina y normativa de los Estados Unidos de Norteamérica en los sistemas europeos. Por su parte, Kim, Rosa, "The "Americanization" of legal education in South Korea: Challenges and opportunities". En: *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 18, n.º. 3, 2012, pp. 49 y ss., expone el influjo de la enseñanza estadounidense en la reforma del sistema de educación legal en Corea del Sur.

² Planteamiento que sí se percibe en publicaciones de autores tan disímiles como Cappalli, Richard B., "At the point of decision: The Common Law's advantage over the Civil Law". En: *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 12, n.º. 1, 1998, pp 87 y ss.; RUBIN, Paul H., "Why is the Common Law efficient?". En: *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n.º. 1, 1977, pp. 51 y ss.; y Priest, George L., "The Common Law process and the selection of efficient rules". En: *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n.º. 1, 1977, pp. 65 y ss. El trabajo de Rubin y Priest se enmarca en el movimiento que abanderó la llamada hipótesis de eficiencia del *Common Law*, la cual fue formulada en la primera edición del manual de análisis económico del derecho del profesor Richard Posner.

³ Saavedra Velazco, Renzo E., "¿Si te toco, te pago? Lo dices ¿en serio? Contextualizando la teoría del contacto social". En: *Ius 360*, disponible a través de <http://www.ius360.com>, el 11 de octubre de 2013, también puede ser consultado en http://works.bepress.com/renzo_saavedra/83/.

podrá justificar o promover su importación⁴, favoreciendo su correcta interpretación y aplicación.

El Perú es un ejemplo de excepción de cuanto se viene diciendo. En los últimos años se vive un auténtico furor en la importación de productos jurídicos del *Common Law* y más precisamente estadounidenses. Cabría destacar que la realidad esbozada no se origina ni se limita a las aulas universitarias. El ejercicio profesional suele definir los productos jurídicos estadounidenses que serán transmitidos a los estudiantes y, en cierto modo, cuáles serán analizados teóricamente en trabajos de investigación; después de todo, la mayoría de nuestros docentes universitarios son a la vez miembros de una firma de abogados.

Lamentablemente, a pesar de los méritos de quienes se encargan de difundir el pensamiento jurídico estadounidense, uno se tropieza eventualmente con ejemplos de importación acrítica de discursos o figuras forjadas en dicho sistema. El defecto que destacaré a continuación es el referido a la denominada "impronta remedial" del *Common Law*, característica que se expresa con gran claridad en el sistema estadounidense.

Es innegable que este sistema se erigió en torno al remedio destinado a ofrecer tutela jurídica a un interés considerado relevante, perspectiva que se opondría ostensiblemente de aquellos sistemas sustentados sobre la base de la situación protegida⁵. El enfoque de *marras* no es una peculiaridad de una rama del derecho, sino que resulta transversal a ellas; al punto que puede calificársela como típica del *Common Law*. No es desconocido que un sector de operadores del *Civil Law* experimenta sorpresa al conocer algunas de las reacciones del *Common Law* frente a ciertas infracciones o agresiones, en cambio lo que suele ignorarse es que las peculiaridades de las tutelas jurídicas ofrecidas se explican –en mayor o menor medida– en el enfoque remedial aludido. Sospecho que si el operador jurídico nacional estuviese al tanto del funcionamiento o de la lógica implícita en el sistema

⁴ Una práctica poco común en nuestro sistema jurídico, donde es perfectamente predicable la afirmación de Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I)". En: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n°. 1, 1991, p. 3, "en ocasiones el legislador toma prestada una regla o una institución esperando que luego pueda aprender cómo aplicarlas apropiadamente". Tal manera de proceder es la que, a menudo, explica los defectos teórico-prácticos anexos a la importación de ciertos productos foráneos y no que el propio sistema jurídico o las figuras jurídicas nativas se erijan en un impasse para el desarrollo.

⁵ En la terminología del *Civil Law* la situación comprometida no se limita al derecho subjetivo, sino que puede manifestarse respecto de otras situaciones jurídicas subjetivas. Para una explicación general de las razones por las que en el *Common Law* no se discute, salvo excepciones, a conceptos de esta naturaleza consúltese a Hyland, Richard, voz "Diritto soggettivo nei paesi di Common Law". En: *Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. 6, ed. 4, Utet, Turín, 1990, pp. 433 y ss.

estadounidense, la sorpresa (e incluso rechazo) sería mucho menor, facilitando con ello el diálogo y, por qué no, una crítica alturada.

Naturalmente, no es objetivo del presente estudio brindar al lector una imagen global de todas las características necesarias para comprender los productos jurídicos forjados en los sistemas del *Common Law*. El propósito de la investigación es aproximarnos a la noción de remedio, al propio enfoque remedial y a las complejas relaciones entre el derecho subjetivo y el remedio destinado a procurar su *enforcement*.

Teniendo en claro los alcances de la investigación, dividiré la exposición en cuatro (4) acápite. En el primero expondré el “lenguaje de los remedios”, es decir, expondré de modo general la relación (o correlación) entre los derechos y los remedios. En el segundo, que se subdividirá a su vez en cuatro secciones, se abordarán explícitamente los modelos que resumen la relación entre los derechos y los remedios. Por su parte, en el tercer acápite discutiré sobre los efectos de los modelos examinados sobre la certidumbre, la predictibilidad y la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales. Finalmente, en el cuarto y último acápite, brindaré mis conclusiones.

1. Notas sobre el lenguaje de los remedios: un necesario punto de partida.

El sistema jurídico, en tanto instrumento de regulación de conductas, tiene entre sus objetivos la protección de intereses privados y sociales. Esta circunstancia nos conduce inexorablemente a una conclusión: el Derecho no puede limitarse sólo a reconocer –en términos abstractos– los intereses jurídicamente relevantes. Dicho en otros términos, resulta imperativo que el sistema asegure la eficacia de dichos intereses, de lo contrario, el reconocimiento realizado no satisfará el objetivo que inspiró la asignación original de la prerrogativa infringida o lesionada. Sospecho que, en un escenario como el descrito, un reconocimiento puede ser contraproducente. Cada vez que un sistema jurídico se despreocupa por dar virtualidad a estos intereses proyecta un mensaje peligroso a la sociedad acerca de la represión de las conductas lesivas (generando un incremento en su número y en su gravedad)⁶ y, lo que es peor, sobre la legitimidad del propio sistema de asignación y tutela de derechos⁷.

⁶ Ideas expresadas por Calabresi, Guido, *The cost of accidents: A legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970, quien aplicando los postulados microeconómicos de la oferta y la demanda explica el incremento del número y/o la gravedad de los accidentes producto de la no-regulación (o la regulación de carácter defectuosa) de los supuestos generadores de daño.

⁷ El análisis de las reglas que tutelan las titularidades (reglas destinadas a explicar la asignación, reasignación y la defensa de derechos) fue magistralmente planteada por Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, “Property rules, liability rules, and inalienability: A view of the Cathedral”. En: *Harvard Law Review*, vol.85, n°. 6, 1972, pp. 1189 y ss.

Los últimos meses ratifican lo expresado. En diversos países se identifican una serie de normas emitidas con sujeción a las reglas que definen el procedimiento para su incorporación a cierto ordenamiento jurídico, sin embargo, la defensa de dichas reglas e intereses deja, en el mejor de los casos, mucho que desear. Si bien suele ser relevante discernir la identidad del infractor (el Estado o un particular), para los propósitos de la investigación me interesa resaltar cómo la falta de compromiso estatal por garantizar la eficacia real de los intereses privados hace mella en la legitimidad del gobierno de turno, así como en la legitimidad del propio sistema jurídico. Naturalmente, si los miembros de cierta sociedad concluyen que los derechos no son tomados en serio, es de esperar que aparezcan conductas indeseadas. Es en este punto donde reside la importancia de la tutela jurídica como mecanismo para promover la convivencia pacífica y la consolidación de las sociedades.

Cada sistema jurídico crea mecanismos para cristalizar los derechos que han sido reconocidos en términos abstractos. En definitiva, los sistemas jurídicos del mundo no difieren, al menos no significativamente, en cuanto a la meta a satisfacer, toda vez que las necesidades individuales o sociales no varían significativamente de un sistema a otro. Las diferencias afloran en el plano de la respuesta de carácter jurídico. Como en otras ocasiones, destacaré la importancia de las discordancias para explicar cómo las decisiones tomadas al formular una doctrina o al esbozar un enfoque jurídico impactan en el devenir de cierto sistema jurídico.

Hasta no hace mucho el término "remedio" era desconocido en el *Civil Law*. Ciertamente, esto no significa que los fenómenos reconducidos a tal término no hubiesen sido objeto de estudio por parte de los operadores de nuestra familia jurídica, ni mucho menos que se carecieran de los mecanismos para proteger dichos intereses. En efecto, en dichos sistemas se ha examinado –y a gran altura– las diversas agresiones e infracciones a intereses jurídicamente relevantes⁸, así como las posibles reacciones jurídicas destinadas a protegerlos. El desconocimiento al que aludo es meramente lexical, por lo que –por definición– no tiene necesariamente un correlato en el hallazgo de nuevos supuestos que justifican la reacción jurídica.

En los sistemas jurídicos adscritos al *Civil Law* el equivalente funcional al término "remedio" es (o era) tutela. Con esta palabra se describía a las estructuras o fórmulas jurídicas a través de las cuales un individuo (o un conjunto de ellos) protegía sus derechos subjetivos (o sus intereses jurídicamente relevantes) de una agresión o infracción (la tutela resarcitoria, restitutoria, etc.). Sé que a menudo subestimamos la importancia del empleo adecuado de las palabras, después de todo entre tutela y remedio no debieran existir tantas diferencias como para justificar una discusión exhaustiva acerca de cuál de los vocablos debe usarse para describir los fenómenos estudiados; sin embargo, esta es una costumbre o apreciación a desterrar.

⁸ Pienso, fundamentalmente, en la contribución de Di Majo, Adolfo, "*La tutela civile dei diritti*", cuarta edición revisada y ampliada, Giuffrè, Milán, 2003.

No niego que en ocasiones (casi) cualquier término jurídico puede ser intercambiado por otros similares pero al propio tiempo debo hacer hincapié en que existen oportunidades en que esta manera de proceder oscurece el análisis jurídico, si es que no garantiza la desprotección de intereses valiosos.

Si bien el término tutela parece ser un sinónimo perfecto del vocablo remedio, en realidad no es así. Las razones que sustentan esta aseveración serán analizadas en el acápite siguiente, por el momento bastará con precisar que cuando se usa el término tutela se expresa una reacción exógena a la situación comprometida, una reacción que únicamente se activa frente a algunas agresiones. Así las cosas, se distingue con claridad la existencia de la situación comprometida y la vía a través de la cual se la protege, toda vez que la tutela ofrecida tiene sólo por propósito la defensa de un aspecto concreto de la situación comprometida, mientras que el resto de sus facetas se defenderá con tutelas concebidas para reaccionar frente a esas otras agresiones. En palabras llanas, la tutela resulta el reflejo de la situación conculcada, por lo que es un esfuerzo por garantizar al titular la satisfacción del interés subyacente (otorgando lo que podía exigir o, en todo caso, replicando en su patrimonio los efectos jurídico-económicos perseguidos por la atribución de dicha titularidad) o, en ciertos casos, regresando las cosas al estado anterior a la infracción.

Por su parte, cuando en el *Common Law* se habla de remedio se recalca no sólo la vía a través de la cual se defenderá el interés conculcado, sino el procedimiento por el que se reconoce la propia existencia del derecho⁹. En síntesis, el remedio no se reduce a brindar el *enforcement* a un derecho, en lugar de ello se erige –como sostuvo Holmes en el siglo XIX– en una predicción de cómo los tribunales resolverán, en última instancia, la controversia¹⁰ (o el enfoque del "bad man"); admitiéndose implícitamente que el interés merece una protección jurídica específica y no sólo su mera enunciación abstracta. Así las cosas, en el *Common Law* el otorgamiento de un remedio no presupone necesariamente la existencia del interés merecedor de tutela¹¹, antes bien es la vía por medio de la cual se acepta su existencia y por extensión se asigna a favor

⁹ Aspecto resaltado por Mazzamuto, Salvatore, "La nozione di rimedio nel diritto continentale". En *Europa e Diritto privato*, año X, n.º. 3, 2007, pp. 585 y ss., en particular p. 586; y, Montanari, Andrea, "Problematical aspects of the remedial perspective" En: *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. 8, 2009, pp. 1 y ss. (de la versión pdf).

¹⁰ En efecto, el ilustre juez estadounidense Holmes Jr., Oliver Wendell, "The path of the law". En: *Harvard Law Review*, vol. X, 1897, pp. 457 y ss., en particular p. 458, sostuvo que un derecho "no es más que la predicción de que si un sujeto hace u omite cierta conducta será constreñido de una otra u otra manera por el juicio de un tribunal".

¹¹ Naturalmente existen autores del *Common Law* que se oponen a esta configuración. Uno de los primeros en construir una retórica distinta fue Pound, Roscoe, "Interest of personality". En: *Harvard Law Review*, vol. 28I, n.º. 4, 1915, pp. 343 y ss., continuado en ID., "Interest of personality". En: *Harvard Law Review*, vol. 28, n.º. 5, 1915, pp. 445 y ss.

de su titular un mecanismo jurídico para garantizarla. Vale decir, se otorga el remedio no porque exista un interés jurídicamente relevante, más bien lo correcto sería decir que existe el interés en tanto el sistema jurídico le otorga un remedio (“*ubi remedium, ibi ius*”)¹².

Con cargo a desarrollarlo luego, la noción de remedio en el *Common Law* poseería el siguiente perfil: (a) un medio de reacción frente a un orden violado o frustrado a causa de un acto o un evento, (b) un instrumento activado por el particular afectado y (c) un mecanismo provisto por el juez sobre la base de una evaluación de los intereses involucrados en un caso concreto. Así, el remedio poseería un fuerte paralelismo con la noción de medio de protección propia de los sistemas del *Civil Law*. Por su parte, en nuestros sistemas no sólo se presta atención a la forma de la tutela (resarcitoria, restitutoria o satisfactiva), sino que incorporamos las técnicas que, en su momento, permitirán la protección del interés jurídicamente relevante.

En efecto, en el *Civil Law* se clasifican las técnicas de tutela en:

1. Procesales y sustanciales, atendiendo a si se requiere un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional o si basta su ejercicio por parte del particular del mecanismo otorgado por la ley o el acuerdo.
2. Consensuales o coercitivas, en virtud de si la fuente resulta o no la autonomía de los particulares y de si la garantía para la efectividad de los intereses reside en la amenaza de imposición de una sanción por parte del aparato estatal (sea contra el patrimonio de un sujeto, sea contra su esfera jurídica).
3. De ejecución directa o indirecta, cuestión que resalta la característica de atacar de manera directa o no la voluntad del sujeto infractor, provocando de este modo el cumplimiento o la satisfacción del intereses lesionado o infringido.
4. Declarativas o constitutivas, dependiendo de si el pronunciamiento provoca por sí el re-establecimiento del interés conculcado, además de si se constata sólo una realidad pre-existente o si produce un cambio de allí en adelante (*quid novi*).

El sentido de la clasificación es evaluar por separado los esquemas generales de respuesta del sistema jurídico frente a una necesidad concreta de protección y las peculiaridades de las vías específicas a través de las cuales se garantiza la satisfacción de dicha necesidad. Esta cuestión contribuye a acentuar el distingo entre el derecho subjetivo y el remedio pero, más importante aún, marca la discrepancia entre el derecho subjetivo y el interés subyacente. Si bien no es la sede para intentar una definición, lo cierto es que el derecho subjetivo es un auténtico punto de referencia de un conjunto de intereses (derivándose la concepción compleja de tal situación jurídica

¹² Di Majo, Adolfo, “Il linguaggio dei rimedi”. En: *Europa e Diritto privato*, año VIII, n°. 2, 2005, pp. 341 y ss., en particular p. 342.

subjetiva) o de un único macro-interés¹³, circunstancia que explica por qué es plausible el otorgamiento de una diversidad de remedios para proteger diversas facetas (o intereses) de un único derecho subjetivo.

Un ejemplo aclarará el punto. El crédito se protege de diversas agresiones que imposibilitan o arriesgan el cumplimiento por parte del deudor. Así, si se verifica un incumplimiento el sistema jurídico autoriza al acreedor a exigir el pago de daños, la ejecución forzada o la ejecución por un tercero, entre otras alternativas. El acreedor elegirá uno de los remedios sobre la base del estado actual de su interés creditorio. Los sistemas del *Civil Law* atribuyeron, sabiamente, la prerrogativa de elegir el remedio al acreedor, la razón: es imposible evaluar *ex ante* el estado del interés creditorio en un momento posterior a cierto incumplimiento.

En síntesis, los remedios jurídicos en el *Civil Law* resultan: (a) la prerrogativa o pretensión del particular frente a la violación o la no-actuación de un mandato o ventaja que deriva de la ley o del acuerdo, (b) mecanismos de tutela (una reacción del sistema jurídico) que no se limita a los derechos subjetivos reconocidos formalmente por la ley, (c) mecanismos forjados atendiendo a las características del interés tutelado y a la relación subyacente entre el derecho sustancial y el derecho procesal de cada sistema jurídico y (d) mecanismos de actuación jurisdiccional –sin negar el eventual ejercicio de auto-tutela– por lo que se encuentran sujetos a consideraciones de proporcionalidad, razonabilidad y adecuación.

Finalmente, si uno no procede con las cautelas del caso podría terminar empleando el término remedio para calificar cualquier reacción jurídica que intenta solucionar un problema relevante para el Derecho¹⁴. Una definición de esta amplitud llevaría justamente a confundir el remedio con el objetivo de eficacia del sistema jurídico, si es que no con el devenir práctico del derecho otorgado (o de alguna otra situación

¹³ Desde un punto de vista teórico se tienen dos respuestas típicas a la configuración del interés jurídico y, por extensión, de la relación jurídica. Por un lado, a la relación jurídica se le insertan una serie de intereses con lo cual se complejiza la noción de la primera, toda vez que la relación tiene que satisfacer todos los intereses aludidos. Piénsese en la labor efectuada por la doctrina alemana para trazar la relación jurídico-obligatoria, lo cual la llevó a reconocer una serie de intereses accesorios, paralelos y autónomos; alentando el desarrollo de la denominada relación compleja.

Por otro lado, se reconoce que solamente subyace un único interés a la relación jurídica, ocasionando que el citado interés se torne cada vez más complejo. La razón: se reconduce a ese interés un conjunto de efectos y exigencias para así satisfacer un sustrato mínimo. Por ejemplo, la noción simple de la relación obligatoria asume que la diligencia se inserta en el seno del interés de prestación, por lo que no siente la necesidad de independizarlo del deber de prestación; circunstancia que resulta necesaria bajo el esquema de la relación obligatoria compleja.

¹⁴ Sirena, Pietro y Adar, Yehuda, “La prospettiva dei rimedi nel Diritto privato europeo”. En: *Rivista di Diritto Civile*, año LVIII, n.º. 3, 2012, pp. 359 y ss., en particular p. 368.

jurídica subjetiva)¹⁵. El lenguaje de los remedios que acojo se limitará a abordar las reacciones frente a la lesión de un interés jurídicamente relevante por parte de un individuo, quien será calificado como el responsable o como el infractor de cierta titularidad. Todo lo dicho acredita el juicio negativo respecto de las conductas desplegadas por un sujeto específico y en esa medida el remedio se intersecta *latu sensu* con la antijuridicidad.

2. La relación entre los derechos y los remedios: Apuntes para comprender los sistemas jurídicos del mundo

Los aspectos descritos en el acápite anterior contribuyen a percibir la complejidad intrínseca a la dilucidación de las relaciones entre derecho subjetivo y los remedios. La pregunta que suele hacerse en los diversos sistemas jurídicos es si puede existir un derecho que carezca de alguna vía a través de la cual se procure su defensa. En los sistemas del *Civil Law* el tema se expone, a grandes rasgos, cuando se aborda los casos de pago espontáneo de obligaciones naturales. En los cursos de obligaciones se suelen estudiar los escenarios en que un deudor cumple con una deuda derivada de una apuesta no-autorizada (pero no prohibida) o cuando el deudor paga, de manera espontánea, una obligación prescrita; en ambos casos se reconoce la existencia o bien la subsistencia del derecho del acreedor pero, al propio tiempo, se afirma la inexistencia de la pretensión de cobro.

Los escenarios descritos suelen llamar la atención de los estudiantes. ¿Cómo es posible que se admita la existencia de un derecho pero que se carezca de una vía jurídica para hacerlo valer? La primera explicación que el profesor de turno puede esbozar parte de la diferencia entre el derecho de acción, la pretensión y el derecho de crédito. Así, mientras que la acción resulta un derecho constitucional de carácter abstracto que no puede suprimirse, la pretensión procesal se revelaría como el concreto pedido ante un órgano jurisdiccional (en términos amplios) para la tutela o *enforcement* de lo que resulta la pretensión material (ligada justamente a la suerte de aquélla) y el derecho sustancial que es la específica titularidad ostentada por un individuo para la satisfacción de cierto interés jurídico. De esta manera, es posible que un sujeto tenga el derecho material pero no la vía por la cual oponer o constreñir su satisfacción. Naturalmente, la alternativa presupone *per se* la diferencia entre el derecho sustancial y el derecho procesal.

La segunda explicación que podría sugerirse favorece los elementos no jurídicos, sobre todo el reconocimiento del valor de cumplir lo comprometido o, de ser el caso, de cumplir aquello a lo cual uno se encuentra obligado. Así, si uno posteriormente intenta desdecirse de la conducta de cumplimiento y exigir la restitución, se activaría la *solutio retentio* como una manifestación de la prohibición de ir contra los propios actos (*venire*

¹⁵ Wright, Charles Alan, "The Law of Remedies as a social institution". En: *University of Detroit Law Journal*, vol. 18, n.º. 4, 1955, pp. 376 y ss., en particular p. 377.

contra factum proprium). El resultado es similar al anterior pero tiene a su favor la simplicidad lógico-argumentativa aunque no explica la ausencia de la acción del acreedor para exigir cumplimiento, pues se centra excesivamente en el aspecto de la retención del beneficio.

En cambio, en los sistemas del *Common Law* un planteamiento de este tipo fue calificado en su momento como una “monstruosa insensatez”¹⁶.

Al margen de lo expuesto en el primer acápite y de cualquier conocimiento previo que el lector pudiese tener sobre la materia, lo cierto es que ambas perspectivas –en sus vertientes puras– se revelan antagónicas. La realidad, sin embargo, es más compleja. A continuación sintetizaré los modelos que explican la relación entre el derecho sustancial y el remedio.

2.1. El modelo que prepondera el remedio.

El origen de la regla “*ubi remedium ibi ius*” yace en el medioevo inglés. A semejanza de cuanto sucedía en el esquema Romano, el sujeto que veía conculcado su derecho debía subsumir esta circunstancia en un instrumento procesal reconocido previamente: en concreto un *writ*¹⁷. Si el demandante no lograba demostrarlo en juicio, entonces no recibiría la tutela solicitada. Existía, sin embargo, la posibilidad que el demandante dirigiera su solicitud al *Capitalis Justiciarius* (el profesional que luego se convertirá en el *Chancellor* de las cortes de *equity*) para de este modo exigir la creación de un nuevo *writ*, lo cual importaba el reconocimiento del derecho de fondo y en algunas ocasiones su expansión. Con el transcurso de los años los *writs* se estandarizaron y fueron clasificados en un registro.

En este contexto se inició el proceso de evolución y consolidación del derecho sustancial, dato que explica justamente la fuerte correlación entre el derecho subjetivo y el remedio. Acaso lo más preciso sea afirmar que el remedio antecedió al derecho subjetivo, solamente a partir del pronunciamiento de los tribunales se tenía la certeza de la existencia de este. La afirmación puede parecer extrema pero no lo es tanto¹⁸. Nótese que en los sistemas del *Common Law* los tribunales evalúan la conveniencia de otorgar/reconocer un derecho/remedio a partir de una serie de consideraciones ajenas

¹⁶ Kendall vs. United States, 37 U.S. (12 Pet.) 524, 624 (1838). Afirmación recordada por Zeigler, Donald H., “Rights, rights of action, and remedies: An integrated approach”. En: *Washington Law Review*, vol. 76, n.º. 1, 2001, pp. 67 y ss., en particular p. 67.

¹⁷ Para una aproximación al fenómeno *vid* Jenks, Edward, “The prerogative writs in English Law”. En: *Yale Law Journal*, vol. 32, n.º. 6, 1923, pp. 523 y ss.

¹⁸ Sobre todo si se la compara con juicios tan severos como los de Maitland F. W., *The forms of action at Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1962, p. 2, “las formas de acción que enterramos aún nos rigen desde sus tumbas”. La edición original fue publicada póstumamente en 1909.

a lo estrictamente jurídico, las denominadas *public policies*; el juez, por tanto, no se focaliza en la consistencia de la situación demandada con el esquema de derecho subjetivo o si la conducta lesiva tiene un perfil fisonómico consistente con otro tipo de infracciones reprimidas, lo que examina es la conveniencia de su represión y los beneficios de la tutela del interés alegado por el demandante.

La promulgación de la *Supreme Court of Judicature Act* de 1873 fusionó los diversos tribunales y cortes de *common law* y *equity*. Algo similar, pero sólo en 1938, sucedió en Estados Unidos de América con la promulgación de las *Federal Rules of Civil Procedure*. Digo similar porque hay tres estados de la unión americana que mantienen la diferencia entre ambos tipos de cortes y sólo respecto de ciertas materias, la más conocida es la *Court of Chancery* de Delaware que se dedica a resolver los casos ligados al *corporate law*.

La perspectiva *holmesiana* del *bad man* se percibe claramente en este modelo. Como el citado juez sostenía, el *bad man* no se preocupa por la existencia de derechos y deberes, sino por las consecuencias jurídicas de su conducta y decisiones. En un contexto como el descrito, no nos debiera causar sorpresa la idea de que "el deber de cumplir un contrato significa en *Common Law* la predicción de que quien no cumple debe pagar un resarcimiento y nada más"¹⁹. Pienso que una visión de esta naturaleza intenta alentar la libertad individual al permitir a los sujetos un mayor campo de acción sanciones/precios se constituirían en limitaciones a las conductas y a las decisiones privadas, siempre que el remedio cumpla con el efecto disuasivo/preventivo. Desde esta perspectiva, el consecuencialismo no sería más que la materialización del principio: "hadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", el cual se encuentra presente en el literal a) del numeral 24 del artículo 2º de nuestra Constitución.

A pesar de lo sugerente del razonamiento reseñado, el mismo tiene algunos defectos de base. Por un lado, no diferencia con claridad las sanciones de los precios²⁰, aspecto que se fortaleció con el advenimiento del análisis económico del derecho. Por otro lado, y como corolario de lo anterior, si la sanción a imponerse no es lo suficientemente drástica²¹ o no resulta plenamente compensatoria, podría alegarse que el efecto agregado es similar a la ausencia de un remedio; afirmación que no parece ser consistente desde una óptica estrictamente jurídica (en especial desde la aproximación acogida en el *Civil Law*).

¹⁹ Holmes JR., Oliver Wendell, "The path of the law". En: *Harvard Law Review*, vol. X, 1897, pp. 458.

²⁰ Cooter, Robert, *Prices and sanctions*, en *Columbia Law Review*, vol. 84, nº. 6, 1984, pp. 1523 y ss., en particular pp. 1523-1525.

²¹ Friedmann, Daniel, "Rights and remedies". En: AA. VV., *Comparative remedies for breach of contract*, edición a cargo de Nili Cohen y Ewan McKendrick, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 3 y ss., en particular p. 5.

Todo lo anterior únicamente se torna comprensible cuando se recuerda que el remedio no fue diseñado para reivindicar el derecho lesionado, sino para reemplazarlo²². La mentalidad del operador jurídico determina la forma en que se interpretará la tutela otorgada por el sistema jurídico. Un ejemplo puede ayudar. Cuando en el *Common Law* se lee un cartel con el mensaje: "Prohibido estacionar, multa US\$ 10"; el operador jurídico (sobre todo si tiene inclinación por el análisis económico del derecho) lee un mensaje muy distinto: "Permitido estacionar, precio US\$ 10". Si bien lo antes dicho podría resultar inconcebible para un *civil lawyer*, la posición de un *common lawyer* no resulta inconsistente. Como el remedio (el pago de los US\$ 10) se aplica a la conducta de estacionar en un determinado lugar y esta reemplaza el derecho/interés que se defiende con la regla, entonces es racional percibir a este desembolso como el precio que el sistema jurídico exige por comportarse de cierta manera (por más que la conducta sea vista como ilícita).

No niego que esta particular interpretación de las reglas jurídicas se realiza al margen del juicio de reprochabilidad sobre la conducta pero también me gustaría recordar que al *bad man* no le interesa la existencia de un derecho o un deber, sino únicamente la consecuencia ligada a su conducta o decisión. En síntesis, la óptica consecuencialista explica en gran parte la confusión entre la sanción y el precio.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero necesario dedicar algunas palabras al planteamiento de Calabresi y Melamed. En contra de lo que se pudiese pensar, la teoría sobre las tres reglas que protegen las titularidades se aparta de la tendencia tradicional del *Common Law* al sugerir que la decisión de asignación de las titularidades precede al remedio; aunque en otros extremos se mantiene anclada en la visión remedial. Así, cuando se afirma que una titularidad se protege a través de una regla de responsabilidad se admite que un individuo puede afectar o extraer, sin el consentimiento de su titular, dicha prerrogativa a condición de que esté dispuesto a pagar la suma dineraria a ser fijada por el juez. Además, se percibe la superposición entre las conductas lícitas que implican el pago de un precio y las conductas ilícitas que exigen la imposición de una sanción.

A pesar de la importancia de la formulación de Calabresi y Melamed, la impronta remedial se distingue en la atención que se dispensa al mecanismo jurídico dirigido a la

²² Un aspecto que en el *Civil Law* se discutió en relación al papel del resarcimiento en la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones. Sobre el punto, siempre desde la óptica del *Common Law*, Fuller, Lon L. y Perdue, William R. (jr.), "The reliance interest in contract damages: 1". En: *Yale Law Journal*, vol. 46, n.º. 1, 1936, pp. 52 y ss.; y, ID., *reliance interest in contract damages: 2*, En: *Yale Law Journal*, vol. 46, n.º. 3, 1936, pp. 373 y ss.

Para un análisis crítico más cercano al *Civil Law*, Friedmann, Daniel, "The performance interest in contract damages". En: *Law Quarterly Review*, vol. 111, n.º. 4, 1995, pp. 628 y ss.

tutela en desmedro de la caracterización del interés tutelado. Los autores se preocupan más en resaltar el remedio que en percatarse de las diferencias entre las situaciones delineadas, sobre todo a la luz de la evaluación de la licitud del comportamiento desplegado por quien afecta la titularidad. Bajo la óptica calabresiana es igual el desembolso a título de justiprecio producto de la expropiación, el pago del resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad civil y el pago que deberá realizarse como consecuencia de la infracción de una limitación por razón de vecindad, cuando desde una óptica civil todas las hipótesis tienen ciertas peculiaridades que explican el alcance, la naturaleza del desembolso y el criterio por el cual se responde.

2.2. El modelo que prepondera el derecho sustancial

No importa demasiado formular una definición de derecho subjetivo²³ para afrontar la tarea de delinear las características de este modelo. Lo verdaderamente importante es entender que el derecho subjetivo determina la amplitud y el contenido del remedio, precediéndolo tanto en el tiempo como en transcendencia.

En cambio, considero importante resaltar que en nuestra familia jurídica se tutelan intereses jurídicos que no se enmarcan en la estructura dogmática del derecho subjetivo. Con el término derecho subjetivo se sintetiza la posibilidad de exigir un comportamiento que permita al titular adquirir un beneficio o conservar el estado de las cosas, por lo que tiene confines más o menos definidos desde una perspectiva técnico-jurídica. Si bien en un inicio la tutela se focalizó en el derecho subjetivo (sobre todo en el de carácter absoluto), paulatinamente la jurisprudencia y la doctrina modificaron la interpretación de las cláusulas normativas generales o los principios que rigen el otorgamiento de tutelas²⁴.

El lenguaje de los remedios se adapta en un ambiente como el *Civil Law*. En términos llanos, el *Common Law* tiene una interpretación fuerte del remedio, el cual define y tiende a caracterizar al derecho sustancial; por su parte, en el *Civil Law* se tiene una interpretación débil que tiende a mediatizar o instrumentalizar el remedio, sometiéndolo de esta manera a las exigencias del derecho subjetivo (o del interés considerado relevante). La perspectiva calabresiana reseñada previamente recoge una parte de la configuración de remedio en el *Civil Law* o del modelo que prepondera el

²³ El esfuerzo, además, sería infructuoso. La doctrina se empeñó por décadas a desentrañar "la" definición del derecho subjetivo, la cual se encuentra imbuida por las percepciones filosóficas, sociológicas, económicas, políticas y jurídicas vigente en determinado período. Al respecto cabría consultar a Escobar Rozas, Freddy, "El derecho subjetivo: Consideraciones en torno a su esencia y estructura", en *Ius et veritas*, año VIII, núm. 16, 1998, pp. 280 y ss.

²⁴ Un ejemplo prototípico de la idea esbozada se encuentra en la interpretación y aplicación del artículo 2043º del *Codice Civile*, disposición que regula la cláusula general de responsabilidad extracontractual en Italia. El itinerario recorrido es reseñado por Busnelli, Francesco Donato, "La parábola de la responsabilidad civil". En: AA. VV., *Responsabilidad civil contemporánea*, ARA Editores – *Ius et veritas*, Lima, 2009, pp. 103 y ss.

derecho sobre el remedio: la existencia de una norma atributiva del derecho o interés y la norma que disciplina la sanción. La norma atributiva tiene por propósito reconocer la relevancia jurídica del interés subyacente, la cual de ordinario precederá al remedio; de tal suerte, la sanción se erigirá en la respuesta del sistema jurídico frente a cierta infracción de la norma atributiva. Así, el remedio sería el mecanismo a través del cual se re-establece las cosas al estado anterior a la infracción o mediante el cual se replica el beneficio económico-jurídico que el sistema intentaba dispensar al titular mediante su asignación. Un dato adicional que se debe resaltar es que el remedio no deriva en exclusiva de la ley, sino que la autonomía privada juega un papel importantísimo, al igual que la ponderación efectuada por el juzgador.

El remedio, en síntesis, es un mecanismo de protección del derecho o interés. La posición que se acoge lleva a reconocer además que este remedio resulta externo²⁵ al propio interés que se ve comprometido y aún más importante no tiene por vocación sustituirlo, sino afianzarlo y, en cuanto fuese posible, garantizar al titular la adquisición de cierto beneficio o evitar que se vea aquejado por un perjuicio o limitación a su libertad²⁶.

La descripción realizada refuerza la idea de la neta separación entre el derecho sustancial y el remedio, por lo que se insiste en la posibilidad de un derecho que carezca de remedio.

2.3. El modelo que unifica el derecho y el remedio

La peculiaridad de este modelo ecléctico residiría en el esfuerzo por integrar al remedio como parte de la configuración de cualquier derecho o interés jurídico²⁷. Así las cosas, cada derecho e interés jurídico tendría, de acuerdo a sus concretas características, una serie de respuestas, reacciones o remedios a disposición del titular en caso de lesión o infracción; pero no sólo ello, la presencia o ausencia de un remedio también revelaría el perfil del derecho o el interés, al punto que la mayor o menor potencia del remedio indicaría la importancia o la urgencia de la tutela²⁸.

²⁵ Bigliuzzi Geri, Lina, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. 1, *Introduzione*, Giuffrè, Milán, 1971, pp. 10 y ss.

²⁶ Si uno acoge una definición de derecho subjetivo en la que se incorpora la tutela o el remedio como una de las manifestaciones de aquél, no compartirá las conclusiones esbozadas. La situación no me preocupa dado que esta interpretación se reconduce al modelo que se explicará en el acápite siguiente.

²⁷ Navarretta, Emanuela, "La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti". En: AA. VV., *Remedies contract: The common rules for a European Law* editado por Giuseppe Vettori, Cedam, Padua, 2008, pp. 161 y ss.

²⁸ Lo dicho es particularmente cierto respecto de los supuestos de tutela inhibitoria.

La integración a la que se alude no importa un ligamen intrínseco entre derecho y remedio, es posible que exista un derecho al margen de un remedio, circunstancia que la asemejaría con el modelo que prepondera el derecho. Sin embargo, este modelo sí considera que la ausencia de remedio denota una debilidad en el derecho subjetivo, después de todo si el sistema jurídico no otorga tutela frente a su infracción ello solamente puede significar que la conducta lesiva es vista de manera favorable o, al menos, con un juicio limitadamente desfavorable (en especial si se lo compara con aquellos derechos con alta coerción).

La coercibilidad puede, a su vez, dividirse en dos. Por un lado, la coerción se entiende como el otorgamiento de una tutela (en sentido amplio), por lo que cualquier remedio reconocido en favor del titular del derecho lesionado importará una fortaleza pues el sistema jurídico intenta por esta vía asegurar la titularidad. Por otro lado, y un tanto más restrictivamente, la coerción se liga al tipo de remedio otorgado. Así, un remedio como la ejecución forzada ofrece un grado mayor de coerción que el resarcimiento de daños²⁹ y la clasificación puede proseguir.

Si se examinan los ejemplos del contrato de juego y apuesta no-autorizado y la deuda prescrita bajo esta óptica, uno caerá en la cuenta que el sistema jurídico reconoce la existencia y validez del derecho de crédito pero le niega a su titular una coerción directa. Empero, el sistema no es que niegue cualquier tipo de tutela, el titular del derecho de crédito retendrá los beneficios y los imputará al pago de las deudas mencionadas si es que el acreedor paga espontáneamente. Si bien técnicamente esta prerrogativa no resulta un mecanismo de coerción (o un remedio), sí explica el otorgamiento de un nivel de protección.

Los derechos podrían clasificarse en: (i) derechos coercibles y (ii) derechos no coercibles. Luego cabría escindir los derechos coercibles a la luz de la mayor o menor fortaleza del remedio que se otorga para su protección. Los derechos que permiten la ejecución forzada, la restitución o la reivindicación de la situación infringida son claramente más fuertes que aquellos derechos que sólo otorgan al titular la prerrogativa de exigir el resarcimiento de los daños. Dentro de los últimos no son similares los desembolsos que tutelan cualquier perjuicio sufrido por la víctima (la responsabilidad extracontractual) que aquellos dirigidos a cubrir sólo una parte de ellos (la responsabilidad contractual).

No niego que los desembolsos propios de la responsabilidad contractual pueden, en ocasiones, incrementarse pero creo que esto no se debe al reconocimiento de un mayor o mejor derecho del acreedor, más bien guarda relación con la intención de

²⁹ Kronman, Anthony, "Specific performance", en *University of Chicago Law Review*, vol. 45, 1978, pp. 351 y ss.; Schwartz, Alan, "The case for specific performance". En: *Yale Law Journal*, vol. 89, 1979, pp. 271 y ss.; y Ulen, Thomas S., "The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies". En: *Michigan Law Review*, vol. 83, n°. 2, 1984, pp. 341 y ss., en particular pp. 351-352.

sancionar al infractor a causa de un juicio negativo hacia su conducta³⁰. Recuérdesse bajo este modelo el remedio revela elementos o características del derecho. Si estuviéramos en el primer modelo alguien podría válidamente afirmar que esta circunstancia reconoce un derecho de mayor extensión a favor de la víctima, bajo el presente modelo resulta sumamente discutible que la fortaleza del remedio se explique en la característica del derecho, sobre todo porque se liga a un factor exógeno y contingente que sólo dependerá del infractor.

Sin perjuicio de lo anterior, el modelo reseñado guarda plena consistencia con los postulados de la teoría de las reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad. El grado de tutela se determinaría sobre la base de la regla que el sistema jurídico o las partes decidieron que se aplicaría ante cierto tipo de infracción.

2.4. El modelo que separa las reglas de conducta y las reglas de decisión

Este modelo propone diferenciar las reglas jurídicas en las que imponen reglas de conducta y las reglas de decisión. Así, las primeras se dirigirían a los particulares para imponerles una serie de comportamientos más o menos específicos; mientras que las últimas se dirigirían a aquellos operadores jurídicos que resolverán las controversias o incertidumbres³¹.

Si bien la visión tradicional sostiene que ambas reglas son plenamente consistentes entre sí, la realidad revela una circunstancia diferente. Según la visión tradicional si se expide una regla de conducta que establece no robar, entonces el juez deberá sancionar cualquier conducta que la transgreda; asimismo, si se impone una regla de decisión al juez que lo fuerce a sancionar a los ladrones, el resultado sería plenamente simétrico en ambos escenarios. Empero, se alega que esto no necesariamente es así, existen consideraciones de políticas públicas que llevan al juez a tomar decisiones diferentes dependiendo de si observa una regla de conducta o una regla de decisión.

El planteamiento bosquejado exige que los particulares no conozcan o no estén conscientes de las reglas de decisión. El juez conoce la regla de conducta y sabe además que no siempre tiene que acatarla ya que hacerlo importaría defender una situación injusta. Piénsese en un caso en que cumplir una regla de conducta como "el contrato es ley entre las partes" conllevaría a que el deudor asuma pérdidas excesivas, la regla de decisión otorgaría lineamientos para proteger la justicia en el caso concreto.

³⁰ Sobre el punto consúltese los trabajos de FERRARI, Franco, *Hadley v. Baxendale: La prevedibilità dell'art. 74 Ciscg*, en AA. VV., *Trattato della responsabilità contrattuale* editado por Giovanna Visintini, vol. 3, Cedam, Padua, 2009, pp 365 y ss.; y Eisenberg, Melvin A., "The principle of Hadley v. Baxendale". En: *California Law Review* vol. 80, n°. 3, 1992, pp. 563 y ss.

³¹ Dan-Cohen, Meir, "Decision rules and conduct rules: On acoustic separation in Criminal Law", En: *Harvard Law Review*, vol. 97, n°. 3, 1984, pp. 625 y ss.

En este punto es justo resaltar que el modelo bajo análisis fue formulado para el Derecho penal, sin embargo, su aplicación parece no limitarse a tal campo, lo cual se acredita con el ejemplo ofrecido y con trabajos previos sobre derecho contractual³².

El razonamiento es plenamente consistente con la realidad. Las consideraciones que justifican el reconocimiento de un derecho no necesariamente son las mismas que aplican al otorgarse un remedio. En la praxis uno percibe que las reglas de conducta son lineamientos generales a ser aplicados en hipótesis típicas, las reglas de decisión y los remedios, por el contrario, tienen que ajustarse a circunstancias concretas y muchas veces excepcionales. Desde una perspectiva teórica, las reglas de conducta originan deberes y derechos de primer orden (previstos incluso de manera *ex ante*), cuya vocación es la regulación de circunstancias ordinarias y en donde se aspira al cumplimiento o desenvolvimiento regular; las reglas de decisión se aplican cuando los deberes y derechos de primer orden han sido infringidos, una circunstancia que por definición es eventual e indeseada (de perspectiva *ex post*). Las reglas de conducta disciplinan situaciones fisiológicas y las reglas de decisión disciplinan situaciones patológicas favoreciendo que bajo el modelo analizado se diferencien los precios de las sanciones.

Las preocupaciones que enfrenta el sistema jurídico al definir si impone reglas de conducta o reglas de decisión son sustancialmente diferentes. Al implementar reglas de conducta se hace hincapié en la mejor manera de satisfacer el interés subyacente, asumiéndose que los sujetos involucrados se comportarán adecuadamente; en cambio, al implementar reglas de decisión el sistema jurídico asume que los sujetos involucrados no se comportaron de acuerdo a lo que se esperaba, por lo que se constituye en un esfuerzo por re-equilibrar el estado de cosas y, si ello es posible, asegurar o imitar los beneficios que se habrían alcanzado si la regla de conducta se hubiere respetado³³.

Curiosamente, las posibles combinaciones entre las reglas explicarían los modelos anteriores. Si se sostiene que las reglas de decisión incorporan las reglas de conducta, entonces se estaría en un escenario similar al propugnado por el modelo que prepondera el remedio. Por su parte, si se señala que las reglas de decisión siguen lo

³² Sherwin, Emily, "Law and equity in contract enforcement". En: *Maryland Law Review*, vol. 50, n.º. 2, 1991, pp. 253 y ss., en particular pp. 300-314.

³³ La Corte Suprema de los Estados Unidos provocó un aumento en la complejidad de la materia cuando emitió la sentencia que puso fin a la controversia en *Davis v. Passman*, 442 U.S. 228 (1979). En la sentencia propuso distinguir entre derechos, derechos de acción y remedios, con lo cual existiría fundamento para propugnar el modelo bajo análisis.

Por razones de espacio no expondré las ideas esbozadas por la Corte Suprema estadounidense, limitándome a remitir al lector a Zeigler, Donald H., "Rights, rights of action, and remedies: An integrated approach". En: *Washington Law Review*, vol. 76, n.º. 1, 2001, pp. 67.

dispuesto por las reglas de conducta, entonces se estaría en un escenario similar al acogido en el modelo que prepondera el derecho. En fin, al reconocer que el juzgador tiene la prerrogativa, producto de las reglas de decisión, de evaluar las circunstancias del caso para asignar un remedio o incluso delinearlos, entonces estaríamos en un escenario similar al modelo que unifica el remedio y el derecho; además que favorecería el análisis de las necesidades de tutela y los potenciales efectos (favorables o desfavorables) para el cumplimiento de una *public policy*³⁴.

3. Los efectos sobre la certidumbre de los modelos de relación entre derechos y remedios

En la actualidad no puede discutirse la importancia del margen de certidumbre, predictibilidad y la discrecionalidad al implementar cierta regulación (entendida en términos amplios). Acaso los efectos más conocidos sean los delineados por el análisis económico del derecho aunque no se limitan a ellos³⁵. Desde un punto de vista estrictamente jurídico el grado de compromiso por maximizar y/o minimizar alguno de estos factores resulta distinto en atención al campo del que hablamos.

En el Derecho Penal es imperioso garantizar el mayor nivel de certidumbre y predictibilidad en torno a cuál es la conducta reprimible (delito) y, al propio tiempo, existe un fortísimo grado de compromiso hacia la minimización del margen de discrecionalidad de los jueces. En cambio, la responsabilidad extracontractual se preocupa por conferir al juez mayor discrecionalidad para el análisis *ex post facto* de conductas, prerrogativa que le permitirá fijar –retroactivamente– la existencia de un deber de conducta concreto dirigido a proteger la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad (el deber genérico sí preexiste).

La idea es sencilla. En ciertos campos del derecho la exigencia de conocer con anticipación las consecuencias negativas del propio obrar se ligan intrínsecamente a la situación o derecho que se protege. No me refiero a la óptica del *bad man* sino al reconocimiento de que la conducta es o no ilícita. El *bad man* se preocupa sólo por las consecuencias negativas que soportará, por lo que mientras la regulación sea clara respecto de los "costos" ligados a la conducta decidirá por lo que maximice su

³⁴ Los remedios cumplirían dos funciones relevantes: (i) concretarían los derechos subjetivos abstractos y (ii) tornarían coercibles otros intereses intangibles. No cabe duda que detrás de la asignación de una titularidad subyace el esfuerzo por representar un valor que la sociedad considera relevante, sin embargo, el valor sólo se refuerza cuando se reconoce una vía para lograr su coerción o protección. La idea es tomada de THOMAS, Tracy A., "Ubi jus, ibi remedium: The fundamental right to a remedy under due process". En: *San Diego Law Review*, vol. 41, n.º. 4, 2004, pp. 1633 y ss., en particular p. 1638.

³⁵ Schäfer, Hans-Bernd, "Rules versus standards in rich and poor countries: Precise legal norms as substitutes for human capital in low-income countries", en *Supreme Court Economic Review*, vol. XIV, 2006, pp. 113 y ss.

beneficio (al margen de si es o no lícita); por el contrario, una persona que sí tiene una preocupación por la licitud de su conducta tenderá a cumplir con la regulación si la misma le permite conocer el juicio (favorable o desfavorable) existente sobre ella.

En ambas hipótesis la certidumbre sobre la situación protegida y los costos implicados cuando se la vulnera logrará el resultado deseado en abstracto por el sistema jurídico. La complejidad se revela en otros aspectos. El Derecho Penal, por ejemplo, rechaza la idea de la determinación *ex post* de un nuevo delito, básicamente porque importaría una regulación retroactiva; para el Derecho Civil el rechazo es formal pero no real. Así, cuando en un caso de responsabilidad civil se concluye *ex post facto* que el demandado debió (o pudo) evitar la materialización del daño a pesar de que tal deber de prevención no había sido establecido previamente por la ley, por la jurisprudencia e incluso por la doctrina; nos encontramos reconociendo la asignación de cierto deber de conducta en cabeza del demandado, cuyos efecto y exigibilidad resultan retroactivos respecto del momento en que se fija. Ciertamente, a nivel de retórica el sistema jurídico nos dice que el deber formulado sólo concretiza el deber genérico de no causar daño a nadie (por lo que la norma atributiva preexistiría) pero no puede negarse que a nivel práctico los sujetos involucrados no sabían que debían comportarse de ese modo hasta la emisión de la sentencia judicial o resolución administrativa.

El ejemplo acreditaría una virtud adicional del modelo que separa las reglas de conducta de las reglas de decisión. La regla de conducta (el *alterum non laedere*)³⁶ en conjunción con la regla de decisión devino en una nueva regla de conducta, la cual –de una u otra manera– ampliará o reducirá el alcance del derecho (interés) o del remedio.

No afirmo que en el derecho privado no sea importante la certidumbre, antes bien el discurso de las últimas décadas en este campo acredita una realidad exactamente opuesta (sobre todo para favorecer la inversión); lo que afirmo es que su manifestación es distinta. En los derechos reales y en el derecho contractual la certidumbre juega un importantísimo papel, mientras que en la responsabilidad civil su papel es menos relevante. ¿Por qué sucede ello? La respuesta es interesante. Los dos primeros campos son áreas en las que la ley o la autonomía privada deben fijar el alcance del derecho o interés de fondo para la consecución de un resultado útil, por su parte, en el último campo la ley (y no la autonomía privada) se ocupan exclusivamente de las vías por las que se tutelaré ese derecho o interés de fondo. La certidumbre sobre si el remedio identificado se aplicará, e inclusive cómo se aplicará, es sustancialmente inferior respecto de la afirmación de si el interés o derecho de fondo existe.

El juzgador y los particulares saben que todos tienen el derecho a la integridad física, cuál es su alcance o principales manifestaciones, cómo se tutelarían, etc.; lo que las personas no saben es si en su caso concreto ese derecho será protegido, cuáles

³⁶ Corsaro, Luigi, "Neminem laedere y derecho a la integridad". Leysser L. León (Trad.). En: *Proceso & Justicia*, n.º. 3, 2002, pp. 146 y ss.

manifestaciones se garantizarán y cuáles no, por qué vías se logrará la tutela, etc. La certidumbre tiene un diferente énfasis en el derecho privado, enfatizándose en su aspecto sustancial y difuminándose en el aspecto de los remedios. Una razón de más para acoger una postura que diferencie las reglas de conducta y las reglas de decisión.

El discurso calabresiano resalta este punto. El conocimiento de que, por lo general, el derecho real de propiedad será tutelado por una regla de propiedad no enerva la posibilidad que en un contexto específico la protección de la titularidad (o alguna de sus expresiones) se dispense a través de una regla de responsabilidad o eventualmente bajo inalienabilidad. En definitiva, en el campo de los remedios la certidumbre no adquiere contornos claros.

Si uno intenta encontrar puntos de contacto entre el Derecho Penal y el Derecho Civil concluirá que el compromiso de ambos campos jurídicos es definir con total certidumbre las conductas que se esperan para satisfacer determinados intereses, mientras que su compromiso decrece al establecer qué remedio se aplicará ante una conducta que se aparte de dichos lineamientos. La actitud resulta natural. Es imperativo que la conducta satisfactiva se defina claramente para facilitar su cumplimiento, en cambio las conductas potencialmente lesivas son de diverso cariz, el impacto sobre los intereses involucrados depende de los objetivos perseguidos por quienes sufren el impacto de la infracción y el contexto que rodea este evento, así como las propias circunstancias en que se aplicará el remedio, son importantes para definir su concesión.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar el panorama. Pienso en una situación de incumplimiento contractual, en estos casos la configuración del deber obligacional resulta muy clara pero no lo es en cuanto a los eventos de incumplimiento. Digamos que una empresa debe suministrar un conjunto de mercancías a otra, por lo que las partes fijaron claramente qué tipo de mercancía, la cantidad, las fechas en que se entregarían, cómo se entregarían y en qué lugar, entre otros datos relevantes; no obstante este esfuerzo el suministro no es cumplido³⁷. Desde un punto de vista estrictamente legislativo, el acreedor podrá elegir alguno(s) de los remedios enumerados en el artículo 1219º del Código Civil a fin de satisfacer su crédito; empero, no todo remedio es aplicable en cualquier escenario. Así, es evidente que para las prestaciones *intuitu personae* se elimina la posibilidad de la ejecución por un tercero y la ejecución forzada también presenta inconvenientes ligados a los costos de

³⁷ La discusión sobre las circunstancias que impactan en el cumplimiento y en la determinación del remedio en casos de incumplimiento contractual son expuestos por: Hillman, Robert, "Court adjustment of long-term contracts: An analysis under modern contract law". En: *Duke Law Journal*, vol. 1987, n.º. 1, 1987, pp. 1 y ss.; por SHAVELL, Steven, "Is breach of contract immoral". En: *Emory Law Journal*, vol. 56, n.º. 2, 2006, pp. 439 y ss.; retomado luego en ID., "Why breach of contract may not be immoral given the incompleteness of contracts", En: *Michigan Law Review*, vol. 107, n.º. 8, 2009, 1569 y ss.

monitoreo en casos de prestaciones personalísimas; por su parte, la acción subrogatoria sólo aplica en casos en que la prestación es fungible (dinero) o cuando el cobro de la prestación personal por un tercero a favor del deudor incumplidor tiene un correlato directo a favor del acreedor insatisfecho (digamos un subcontratista); y esto sólo para empezar. En el ejemplo formulado, de ordinario el suministro involucra bienes fungibles, con lo cual en abstracto la ejecución forzada, la ejecución por un tercero, el resarcimiento o la acción subrogatoria son posibles. Empero, si el incumplimiento se motivó en un cambio radical del mercado o un cambio de las condiciones económicas de la prestación, el exigir la ejecución forzada del deudor sería excesivamente oneroso para éste en comparación de los beneficios ligadas a su conducta; en ese mismo caso, si el acreedor busca un suministro de un tercero no sería consistente que se lo habilite a exigir al deudor incumplidor la devolución de ese gasto ya que sería un gasto que dicho deudor también habría trasladado al acreedor y así por el estilo³⁸.

La preocupación por la certidumbre decae sustancialmente en los sistemas donde se acoge el modelo que prepondera el remedio. La razón: la existencia del derecho o interés subjetivo se vincula al otorgamiento del remedio y por ende su determinación es siempre *ex post facto*. En los sistemas que acoge el modelo que prepondera el derecho, el papel de la regulación es un tanto más fuerte justamente porque de ella deriva la asignación inicial de la titularidad y dado ello se incrementa la certidumbre sobre la existencia del derecho (regla de conducta) pero no sucede la propio en la aplicación del remedio a causa de lo reseñado en el párrafo precedente.

Todo lo dicho no haría más que graficar una idea sugerente para un contexto como el nuestro donde el discurso de los remedios recién inicia: los remedios son, en esencia, sólo un conjunto de mecanismos de protección de intereses, los cuales se implementarán ante circunstancias de lesión, infracción o amenaza.

El juzgador (jurisdiccional, administrativo o la parte) determinará la aplicación de un remedio atendiendo a las reglas formuladas y al contexto del caso concreto. Dicho en otras palabras, el análisis se realiza una vez verificada una situación de infracción o de apartamiento de las reglas de conducta aplicables a los individuos involucrados, el examen en abstracto del remedio no es suficiente, toda vez que a menudo se limitaría a replicar el contenido del derecho. Dada esta circunstancia no resulta propiamente un conjunto de normas como los derechos reales, familia o contratos, sino una óptica³⁹

³⁸ Para una aproximación inicial a estos fenómenos, desde una óptica de derecho comparado, consúltese a Gordley, James, "Impossibility and changed and unforeseen circumstances". En: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n.º. 3, 2004, pp. 513 y ss.; y, desde una óptica económica, Posner, Richard A., "Impossibility and related doctrines in Contract Law: An economic analysis". En: *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n.º. 1, 1977, pp. 83 y ss.

³⁹ Ello no significa que no tienen principios comunes, los cuales justamente deberán desentrañarse. Acogen tal interpretación: Sirena, Pietro y Adar, Yehuda, "La prospettiva

sobre la cual se evaluará las reacciones jurídicas diseñadas por la jurisprudencia, la ley o las partes; de tal suerte que siempre serán contingentes y abierta a la discrecionalidad⁴⁰. Si se prefiere, es algo más que el derecho sustancial o el derecho procesal e incluso que la sumatoria de ambas, un auténtico punto de intersección⁴¹.

4. A manera de conclusión

El análisis efectuado en las páginas precedentes es meramente un punto de partida. El debate sobre los remedios y la propia óptica remedial no maduró aún en los sistemas del *Civil Law* a pesar de los importantes trabajos realizados en las últimas décadas; por lo que es fácil intuir cuanto deberá transitarse en un sistema como el peruano. Sin embargo, el primer paso debía darse, sobre todo cuando en diversos proyectos de uniformización jurídica se asume explícita o implícitamente un específico lenguaje sobre los remedios.

En definitiva, el operador nacional requerirá apelar a la comparación jurídica para revelar los puntos clave del discurso y encontrarse preparado para el futuro que se avecina, un futuro en el que los remedios tomarán cada vez mayor fuerza y en el que resulta imperativo comprender las bases teórico-prácticas que explican las decisiones jurídicas. Conforme se afiance el estudio serio de los sistemas jurídicos del *Common Law* mayor será la importancia de comprender los enfoques asumidos por sus operadores jurídicos, minimizando las confusiones y maximizando el análisis crítico. Dicha realidad es tan innegable como el propio fenómeno del cual deriva y es justo tomar nota de ello.

dei rimedi nel Diritto privato europeo". En: *Rivista di Diritto Civile*, año LVIII, n°. 3, 2012, pp. 385.

⁴⁰ Friedmann, Daniel, "Rights and remedies". En: AA. Vv., *Comparative remedies for breach of contract*, edición a cargo de Nili Cohen y Ewan McKendrick, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 17.

⁴¹ Smorto, Guido, *Sul significato di "remedi"*, en *Europa e diritto privato*, n°. 1, 2014, pp. 159 y ss., en particular p. 169.