

# MANUAL DEL CURSO INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO I

Marcial Rubio Correa - Mariana Lazo Pérez Palma





MANUAL DEL CURSO INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO I



MARCIAL RUBIO CORREA  
MARIANA LAZO PÉREZ PALMA

**MANUAL DEL CURSO  
INSTITUCIONES DEL  
DERECHO PRIVADO I**

---

Facultad de  
Derecho



*Manual del curso Instituciones del Derecho Privado I*

© Marcial Rubio Correa

© Andrea Mariana Lazo Pérez Palma

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2025

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

<https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/>

Diseño de la portada: Camila Ramos Sánchez

Diagramación: Henry Marquezado Negrini

Corrección de estilo: Fernando Medina Álvarez

Edición: Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación  
e Imagen de la Facultad de Derecho de la PUCP

Primera edición digital: marzo de 2025

ISBN digital: 978-612-4440-35-9

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2025-02639

URL: <https://hdl.handle.net/20.500.14657/203481>

DOI: <https://doi.org/10.18800/978-612-4440-35-9>

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo cualquier forma o medio, sin el consentimiento expreso y por escrito de los titulares de los derechos de autor.

## ÍNDICE

Introducción .....	15
--------------------	----

### **Primera parte**

#### **CAPÍTULO I**

#### **EL DERECHO CIVIL**

1. El derecho civil: recopilaciones y codificaciones .....	19
2. La evolución del derecho civil entre derecho público y derecho privado .....	24
3. El Código Civil peruano .....	26
<b>Módulo de trabajo 1</b> .....	28

### **Segunda parte**

#### **CAPÍTULO II**

#### **EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

1. Fundamento y alcances del título preliminar del Código Civil ..	31
1.1. Aproximación al sistema jurídico .....	31
1.2. Significado del título preliminar del Código Civil dentro de la estructura general del sistema jurídico .....	33
1.3. Fundamento histórico del rol del título preliminar .....	34
1.4. Fundamento del lugar privilegiado del título preliminar por el contenido de sus normas .....	35
1.5. Fundamento del lugar privilegiado del título preliminar por aplicación sistemática de sus normas .....	36
2. La derogación de la norma legislativa .....	38
2.1. La regla general sobre derogación de las normas jurídicas ..	39

2.2. Las formas de derogación .....	42
2.3. La ley derogada no recobra vigencia automática .....	42
3. El abuso del derecho .....	43
3.1. El lugar del abuso del derecho .....	44
3.2. Un ensayo de la definición .....	47
3.3. Algunas teorías sobre el abuso del derecho que no son aceptables.....	50
3.4. El abuso del derecho dentro del Código .....	53
3.5. Los efectos de la constatación del abuso del derecho.....	54
3.6. Los derechos de los que no se puede abusar .....	55
3.7. La dimensión constitucional del abuso del derecho .....	55
3.8. Ejemplos de abuso del derecho.....	57
<b>Módulo de trabajo 2</b> .....	59
4. La aplicación de la ley en el tiempo: retroactividad, irretroactividad y ultraactividad.....	59
4.1. La aplicación inmediata, retroactiva y ultraactiva de una norma general .....	60
4.2. Las teorías de los derechos adquiridos y hechos cumplidos	68
4.3. Los hechos, situaciones y relaciones jurídicas frente al conflicto de normas en el tiempo .....	71
4.4. Los artículos 103 y 62 de la Constitución y III del título preliminar del Código Civil.....	73
4.5. Los artículos 103 y 62 de la Constitución y III del título preliminar del Código Civil.....	80
4.5.1. Las disposiciones transitorias.....	80
4.5.1.1. Los artículos 2114, 2115 y 2116.....	81
4.5.1.2. Los artículos 2120 y 2121.....	82
4.5.1.3. Los artículos 2117, 2118, 2119 y 2122.....	84
4.5.2. La aplicación temporal en el cuerpo del Código .....	86
4.6. La aplicación en el tiempo de las normas procesales y leyes de interpretación auténtica .....	87
4.7. Las reglas constitucionales sobre aplicación temporal y contratos .....	89
4.8. Conclusión.....	98
5. Las leyes restrictivas o de excepción.....	99
5.1. Los tipos de interpretación aplicables .....	100

5.2. La analogía.....	102
5.3. Significación del artículo IV .....	104
5.4. La posibilidad teórica de aplicación extensiva de normas excepcionales.....	107
<b>Módulo de trabajo 3</b> .....	108
6. Orden público y buenas costumbres .....	108
6.1. Análisis lógico-jurídico del artículo V.....	109
6.2. El orden público.....	111
6.3. Las buenas costumbres .....	121
6.4. La determinación de la violación del orden público y las buenas costumbres .....	127
7. Interés y acción .....	130
7.1. El legítimo interés .....	131
7.2. El interés económico .....	135
7.3. El interés moral.....	135
8. La aplicación de la ley por el juez.....	139
8.1. El contenido del artículo VII.....	140
8.2. Las deficiencias identificadas en el artículo VII.....	141
<b>Módulo de trabajo 4</b> .....	142
9. Los principios generales del derecho y la analogía.....	142
9.1. Análisis lógico-jurídico del artículo VIII.....	142
9.2. Los principios generales del derecho .....	145
9.2.1. Breve referencia histórica.....	146
9.2.2. Aspectos conceptuales de los principios generales ....	148
9.3 La analogía.....	155
10. La aplicación supletoria del derecho civil .....	159
11. La obligación de dar cuenta al Congreso de los vacíos o defec- tos de la legislación .....	164
<b>Módulo de trabajo 5</b> .....	166

**Tercera parte**  
**CAPÍTULO III**  
**CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

1. La situación jurídica.....	169
2. La relación jurídica .....	169

3.	El derecho.....	170
4.	La atribución .....	170
5.	El deber .....	171
6.	La culpabilidad y sus componentes: el dolo y la culpa. Vínculos con la diligencia.....	171
7.	El caso fortuito y la fuerza mayor.....	173
8.	La buena y mala fe.....	173
9.	El orden público .....	174
10.	Título oneroso y título gratuito.....	174
11.	Sujeto de derecho.....	175
	<b>Módulo de trabajo 6</b> .....	<b>177</b>

**CAPÍTULO IV**  
**LAS PERSONAS NATURALES**

1.	El principio de la persona natural.....	179
1.1.	El concebido .....	180
1.2.	La persona.....	182
2.	La capacidad .....	185
2.1.	La capacidad de goce.....	186
2.2.	La capacidad de ejercicio .....	186
2.2.1.	La capacidad e incapacidad de ejercicio .....	187
2.3.	La capacidad plena de ejercicio.....	189
2.3.1.	La incapacidad absoluta.....	190
2.3.2.	La capacidad restringida .....	190
2.4.	La capacidad e incapacidad y el derecho privado .....	192
2.4.1.	La patria potestad.....	192
2.4.2.	La tutela .....	193
2.4.3.	La curatela.....	193
2.4.4.	La interdicción .....	194
	<b>Módulo de trabajo 7</b> .....	<b>195</b>
3.	Las características de los derechos de la persona.....	195
4.	La disposición sobre el propio cuerpo .....	198

4.1. Marco general del derecho a disponer del cuerpo o del cadáver .....	199
4.1.1. El derecho de disposición del cuerpo de la persona en vida .....	200
4.1.1.1. Las partes del cuerpo .....	202
4.1.1.2. La integridad del ser humano .....	204
4.1.2. La disposición del cadáver .....	205
4.1.2.1. La declaración de la muerte .....	205
4.1.2.2. La autorización para el uso de partes de un cadáver .....	207
4.2. Los trasplantes de órganos y tejidos .....	210
<b>Módulo de trabajo 8</b> .....	212
5. La integridad física y psíquica .....	212
6. La intimidad .....	214
7. La imagen y voz .....	216
8. Los derechos de autor .....	222
9. El nombre .....	223
10. El domicilio .....	239
11. El fin de la persona .....	251
<b>Módulo de trabajo 9</b> .....	253

## CAPÍTULO V LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. El origen de la persona jurídica .....	255
2. El derecho legisló a las personas jurídicas .....	255
3. Los elementos jurídicos esenciales de una persona jurídica .....	257
3.1. El <i>nacimiento</i> de la persona jurídica .....	257
3.2. El estatuto y las características comunes de organización ...	258
3.3. La persona jurídica es distinta de sus miembros .....	259
4. Las personas jurídicas lucrativas y no lucrativas .....	260
5. Conclusión .....	260
<b>Módulo de trabajo 10</b> .....	261

**CAPÍTULO VI  
EL ACTO JURÍDICO:  
LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA PERSONA**

1.	El acto jurídico y sus elementos esenciales.....	264
2.	La manifestación de voluntad .....	266
3.	Las modalidades del acto jurídico.....	270
4.	Los vicios de la voluntad .....	271
	4.1. El error.....	272
	4.2. El dolo .....	276
	4.3. La violencia .....	277
	4.4. La intimidación.....	278
	4.5. Regla común para la calificación de la violencia e intimidación.....	280
	4.6. Regla común para el error, dolo, violencia e intimidación..	281
5.	La nulidad y anulabilidad del acto jurídico .....	281
	5.1. Sobre la legitimación activa en la nulidad y anulabilidad del acto jurídico .....	284
	5.2. La posibilidad de confirmación .....	285
	<b>Módulo de trabajo 11</b> .....	286

**CAPÍTULO VII  
DERECHO DE FAMILIA**

1.	El concepto jurídico de <i>familia</i> .....	287
2.	El matrimonio y sus efectos jurídicos .....	289
3.	El régimen patrimonial del matrimonio .....	290
4.	El parentesco consanguíneo y por afinidad.....	293
5.	La relación entre padres e hijos .....	295
6.	La patria potestad .....	297
7.	Los alimentos.....	299
	<b>Módulo de trabajo 12</b> .....	305

**CAPÍTULO VIII  
DERECHO DE SUCESIONES**

1.	La transmisión de los bienes de la herencia.....	307
2.	La indignidad del heredero .....	309
3.	La aceptación y renuncia de la herencia.....	311
4.	La representación sucesoria .....	312
5.	La sucesión testamentaria.....	312
	5.1. La legítima y la porción disponible.....	314
	5.2. La institución de los herederos o legatarios .....	316
	5.3. La desheredación.....	318
6.	La sucesión intestada.....	320
7.	La herencia vacante.....	324
	<b>Módulo de trabajo 13</b> .....	324

**CAPÍTULO IX  
DERECHOS REALES**

1.	Las clases de bienes .....	325
	1.1. Bienes muebles e inmuebles .....	326
	1.2. Partes integrantes y accesorios .....	328
	1.3. Frutos y productos .....	330
2.	La propiedad.....	331
3.	La posesión.....	334
	3.1. El concepto de <i>posesión</i> .....	336
	3.2. La adquisición de la posesión .....	336
	3.3. Las clases de posesión .....	337
	3.3.1. La posesión legítima.....	337
	3.3.2. La posesión ilegítima.....	338
	3.3.3. La posesión ilegítima de buena fe.....	338
	3.3.4. La posesión ilegítima de mala fe.....	339

3.4. Las presunciones legales sobre la posesión.....	340
3.5. La defensa posesoria .....	342
3.6. La extinción de la posesión.....	343
3.7. La prescripción adquisitiva .....	344
3.8. La aplicación concreta de prescripción adquisitiva .....	347
<b>Módulo de trabajo 14</b> .....	<b>349</b>

## CAPÍTULO X DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

1. El concepto de <i>obligación</i> .....	351
2. Los efectos de las obligaciones.....	355
3. La constitución en mora .....	358
4. La inejecución de obligaciones .....	359
<b>Módulo de trabajo 15</b> .....	<b>364</b>

## CAPÍTULO XI DERECHO DE LOS CONTRATOS

1. El concepto de <i>contrato</i> .....	365
2. La negociación, celebración y ejecución de los contratos .....	368
3. La oferta y aceptación .....	371
4. Un ejemplo de contrato: la compraventa.....	373
<b>Módulo de trabajo 16</b> .....	<b>379</b>

Bibliografía.....	381
-------------------	-----

## ANEXO

Anexo. Cuadro de sentencias .....	387
-----------------------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

El presente manual es un instrumento académico introductorio al derecho civil que ha sido elaborado con la finalidad de servir de apoyo a quien esté interesado en el conocimiento teórico y práctico de las principales instituciones del derecho privado, tomando en consideración el desarrollo histórico, jurisprudencial y normativo de las mismas.

La primera parte describe, por un lado, la evolución histórica del derecho civil a grandes rasgos, diferenciándolo del derecho público; y, por el otro, la manera en que fue presentado históricamente bajo la forma de recopilaciones y codificaciones.

La segunda parte consiste en el tratamiento, mediante un análisis teórico y práctico, de los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984.

La tercera parte trata la descripción conceptual preliminar y práctica de los principales contenidos del derecho civil, siguiendo el orden de los libros del Código Civil, los cuales contienen las principales instituciones de nuestro derecho.

Cabe destacar que hemos incorporado algunos conceptos fundamentales, así como prácticos, que no se encuentran regulados por el Código Civil peruano, pero sí han sido materia de estudio, jurisprudencia y regulación en otros cuerpos normativos.

Reiteramos el carácter introductorio de este material, pues, está dirigido principalmente a alumnos de primeros ciclos de facultad; desde luego, estos temas seguirán siendo objeto de eterna discusión entre los especialistas.

Finalmente, nuestra genuina intención es que este manual proporcione al lector conceptos preliminares inherentes a la profesión legal, los cuales le servirán a lo largo de su carrera profesional como abogados.



## PRIMERA PARTE



# CAPÍTULO I

## EL DERECHO CIVIL

### 1. El derecho civil: recopilaciones y codificaciones

Si retrocedemos al siglo VI d. C., cuando el emperador Justiniano de Bizancio culminó su codificación del derecho romano, podríamos encontrarnos con dos grandes ramas del derecho:

- El *derecho público*, que era el conjunto de normas jurídicas y principios que guiaba el actuar del *gobierno* o, tal vez más propiamente del *príncipe*, como solía llamársele entonces. En el derecho público estaban las normas que regían el acceso al trono imperial, los derechos del pueblo como conjunto de seres humanos, las atribuciones y deberes de las altas magistraturas y los funcionarios, los asuntos tributarios y materias similares.
- El *derecho privado*, que era el conjunto de normas jurídicas y principios que guiaban el actuar *de los seres humanos en su vida cotidiana*: su aparición (nacimiento) y desaparición (muerte) en la tierra, y a partir de ello, todos los actos que realizaban como sujetos privados.

En ese entonces se decía que el derecho privado tenía cuatro partes: (i) personas (es decir, el tratamiento jurídico del ser humano en sí mismo); (ii) cosas (que trataba de la relación del ser humano con las cosas, por ejemplo, a través del derecho de propiedad); (iii) derechos (en los que los antiguos englobaban el tratamiento de las relaciones obligacionales —en las que hay un acreedor y un deudor—, así como los contratos y cuasicontratos); y (iv) acciones, que eran los recursos que los seres humanos tenían para que, con la ayuda del *príncipe*, pudieran exigir el cumplimiento de sus derechos a aquellos que no querían hacerlo (y que es lo que hoy llamaríamos recurrir a los tribunales de justicia para que obliguen a otros a cumplir con nuestros derechos).

Hace mil quinientos años (y hace dos mil quinientos años también), esta distinción entre derecho público y derecho privado era perfectamente aplicable a la realidad porque las sociedades tenían una organización mucho más simple que la que tienen hoy. Esto continuó hasta el siglo XIX: en 1804 entró en vigencia el Código Civil de Francia (primer gran código de «derecho civil», conocido también como *Código de Napoleón*); y, en 1900, entró en vigencia su homólogo alemán (el otro gran modelo de derecho civil aportado a la humanidad en este siglo).

Estos dos códigos (y varios que se produjeron en medio de ellos, entre los cuales debe contarse el Código Civil peruano de 1852, nuestro primer código civil), eran códigos de derecho privado, que se denominaban *códigos civiles*. En otras palabras, en el siglo XIX, decir *derecho privado* y *derecho civil* era, en esencia, hablar de lo mismo.

La idea de codificar aparece a fines del siglo XVII, se consolida en las mentes de los juristas en el siglo XVIII y logra sus mejores éxitos en el siglo XIX (teniendo como grandes pilares a los códigos francés y alemán, de principio y fines del siglo XIX, como hemos visto).

¿Qué es *codificar*? Responder a esta pregunta exige una digresión.

Si nos ubicamos en la Alta Edad Media de lo que hoy es Europa occidental, con el Imperio romano occidental hecho jirones después de las invasiones, con los pueblos bárbaros ahora señores de los territorios y con la Iglesia católica dirigida por el papa de Roma como el gran dominio espiritual, entonces comprenderemos que el derecho privado se fue construyendo en base a materiales dispersos y confusos:

- Restos culturalmente disminuidos del derecho romano que había sido el gran sistema jurídico de la Antigüedad.
- Derecho de los pueblos bárbaros asentados sobre el territorio del antiguo Imperio, que tenía dos características: (i) estaba conformado por costumbres que se entremezclaron con la base jurídica romana; y (ii) no era un solo derecho sino, cuando menos, tantos como pueblos nuevos había. Luego, debido a las dificultades para viajar, en realidad las costumbres se diversificaron casi de valle a valle, haciendo de la Europa medieval un verdadero mosaico jurídico, diversidad que se acentúa aún más gracias a las características del feudalismo como sistema político.

- El derecho que se produce por el ejercicio de las atribuciones de la Iglesia católica. A diferencia de nuestra época, en la que las esferas de actuación de la Iglesia y el Estado se hallan diferenciadas, en aquel entonces, la Iglesia cumplía un rol civil muy importante, por ejemplo, administrando sacramentos y celebrando ceremonias en los entierros: como no había registros civiles, la partida de bautismo cumplía las funciones de nuestra partida de nacimiento; la de matrimonio religioso, la correspondiente de matrimonio civil; y las ceremonias en los entierros eran prueba de la muerte de las personas.

Además, la Iglesia cumplía roles específicos de sanción dentro de la cosmovisión de aquel tiempo y realizaba juzgamientos, cuyas sentencias eran luego ejecutadas por el *príncipe*. El período más conocido, pero en modo alguno el único, es el que transcurrió ante los tribunales de la Santa Inquisición.

La Iglesia, durante la Edad Media, fue propietaria de enormes extensiones de tierra en Europa. Esto condujo a que regulara los derechos sobre sus bienes.

En fin, como puede suponerse fácilmente, el derecho de la Iglesia (más tarde conocido como *derecho canónico*), es un ingrediente muy importante del derecho medioeval en asuntos de la persona, bienes, procedimientos, actos criminales y penas, etc.

- Hacia fines del siglo XII se produce un gran renacimiento del estudio del derecho romano en las nacientes universidades europeas. Particularmente, la Universidad de Bologna realiza grandes estudios sobre la codificación de Justiniano. A lo largo de dos siglos, primero los *glosadores* (Irnerio y Francisco Accursio son tal vez sus dos más grandes representantes) y luego los *comentaristas* (particularmente, Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis) construyen una teorización de gran trascendencia en la historia del derecho.

Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) en sus cuarenta y tres años de vida escribió innumerables obras jurídicas cuya vigencia fue enorme. Las cosas valían en el derecho porque Bartolo las había escrito, y sus libros se estudiaron y consultaron durante los cuatro siglos siguientes a su muerte.

- Las normas jurídicas que dictaban los gobiernos y que afectaban al derecho privado.

Entonces, en el siglo XVIII, para saber derecho, un abogado tenía que estar informado del derecho romano justiniano, el derecho canónico, las costumbres del lugar, las reglas del gobernante y las obras de todos los juristas notables de los últimos siglos. Desde luego, para acceder a muchas de estas lecturas, había además que saber latín.

Ya durante la Edad Media este fárrago normativo era insufrible y entonces apareció la época de las *recopilaciones*.

*Recopilación* es un trabajo jurídico consistente en juntar normas jurídicas dispersas (pueden ser leyes, costumbres, textos o una mezcla de todo ello), darles un cierto orden y publicarlos para conocimiento del público en general. Los gobernantes que aspiraban a tener un sistema jurídico depurado dentro de sus territorios, se esforzaban en hacer recopilaciones, promulgarlas y mandarlas cumplir. Si bien las recopilaciones fueron eventualmente hechas por personas privadas, en realidad, las recopilaciones clásicas con fuerza obligatoria eran las que tenían el respaldo del príncipe. A ellas corresponde con propiedad el concepto. A menudo, en nuestros cursos de historia, hemos chocado con la palabra: en nuestra etapa colonial fueron famosas la Recopilación de las Leyes de Indias y su Nueva Recopilación.

Pero una recopilación distaba mucho de solucionar los problemas: ponía todas las normas juntas dentro de un cierto orden, pero no daba un tratamiento orgánico a las materias que debían ser legisladas. Por ejemplo, al lado de una ley muy importante sobre la forma de pagar una deuda, podía bien figurar la costumbre según la cual se pagaba en tal puerto del país. Por eso, durante el siglo XVIII, los juristas trataron de superar el método de las recopilaciones y, para ello, desarrollaron y consolidaron la idea de *codificar*.

*Codificar* es una inmensa operación intelectual que consiste, cuando menos, en lo siguiente:

- Delimitar un ámbito de la realidad social con una cierta unidad temática, para dictar sobre él un conjunto de normas jurídicas. Por ejemplo, la vida comercial (Código de Comercio); los problemas delictivos (Código Penal); los procedimientos judiciales (Código de Procedimientos Civiles y Código de Procedimientos Penales); la vida cotidiana del ser humano (Código Civil); etc.

- Determinar los grandes principios según los cuales se va a normar este ámbito de la realidad.
- Elaborar las normas jurídicas correspondientes con unidad de criterio y de sentido. Tratar las reglas generales y excepciones.
- Dar unidad a todas estas normas jurídicas en un cuerpo legal integrado. Aprobarlo y mandarlo cumplir.
- Eliminar todas las normas que hubieran existido previamente sobre la materia. Técnicamente, hoy se llama a esto *derogarlas*.

Así, mientras la recopilación simplemente juntaba y ordenaba normas que ya estaban vigentes y que no perdían tal condición por pasar a la recopilación, la codificación era un esfuerzo de legislar ordenada y armónicamente toda una parte de la vida social, sustituyendo con estas normas las disposiciones existentes previamente. La diferencia entre *recopilar* y *codificar* es abismal.

El primer Código Civil de este tipo se dio en Prusia en 1793, pero el que verdaderamente transformó el panorama jurídico fue el Código Civil francés de 1804. Dictado luego de la gran revolución liberal, incorporó en sus normas los principios de libertad formal, igualdad jurídica y propiedad privada. Fue una síntesis que la historia reconoce como genial entre la tradición romanista que venía desde la antigüedad y había sido reprocesada a lo largo del tiempo (por ejemplo, por los glosadores y comentaristas), y los principios liberales que abrían una nueva etapa en la historia del mundo.

El Código Civil francés canceló toda una etapa de la vida del derecho privado. Recogió entre sus normas todo lo importante y se convirtió en el texto del derecho civil. Un jurista dijo una frase que ha pasado a la historia: «No conozco el derecho civil; sólo conozco el Código de Napoleón».

El Código francés era liberal, burgués y precapitalista, hijo de la revolución. Tras los ejércitos napoleónicos victoriosos en los primeros años del siglo XIX, el Código viajó con juristas que convirtieron en liberal y burguesa la propiedad de los territorios a los cuales se extendió el imperio francés. Cuando Napoleón Bonaparte cayó, luego de Waterloo, su imperio desapareció y regresaron los reyes a Francia, pero Europa ya había dejado de ser feudal y se abrió paso, gracias al Código francés, hacia el liberalismo, el capitalismo y las corrientes socialistas.

El Código fue imitado con mayor o menor énfasis en todo occidente salvo en Alemania, donde Savigny lanza la consigna de estudiar el derecho alemán y construir el código correspondiente. Bajo este programa, los juristas alemanes trabajan prácticamente todo el siglo XIX: estudian las raíces del derecho romano; recopilan costumbres alemanas; dan forma a los conceptos. En fin, se realiza un inmenso trabajo que luego se plasma en el Código Civil alemán de fines del siglo XIX (que, concluido en 1896, entra en vigencia en 1900).

El alemán, a diferencia del francés, es ya un código capitalista, pues Europa ha logrado dar el salto cualitativo del artesano a la gran fábrica en los casi noventa años que distancian un código de otro. Entrado el siglo XX, el derecho civil es, en pocas palabras, lo que los grandes códigos (presididos por el francés y el alemán), consideran como su temática propia.

Resulta evidente que el derecho civil tiene un ancestro en el derecho romano. Algunas de las ramas de ambos derechos son muy distintas entre sí (pensemos, por ejemplo, en el tratamiento de la familia y la libertad), pero en otros aspectos, como, por ejemplo, las obligaciones y los contratos, son sustantivamente semejantes aún hoy en día. En este sentido, un buen conocimiento del derecho romano permite conocer mejor el derecho civil contemporáneo.

## **2. La evolución del derecho civil entre derecho público y derecho privado**

Cuando se dieron los códigos francés y alemán, *derecho civil* y *derecho privado* eran sinónimos y, en realidad, siguieron siéndolo por varios años más. Sin embargo, los cambios que produjo en el mundo la Gran Depresión de 1929 influyeron también dentro del derecho y se produjo un doble fenómeno que, en nuestro país, empieza a notarse tenuemente en los años cuarenta y con mayor intensidad a partir de los años setenta del siglo XX:

- De un lado, ciertas materias que tradicionalmente habían formado parte del derecho civil empiezan a salir de él para ser reguladas en otras ramas del derecho. Uno de los ejemplos más resaltantes es la propiedad rural, pero no es el único ni mucho menos.
- De otro lado, se van creando limitaciones a los derechos, dejando de lado las posiciones liberales a ultranza para dar paso a consideraciones

de orden social. Aparecen ciertas instituciones que ya no dependen exclusivamente de la voluntad de los seres humanos, sino de determinaciones colectivas o el Estado. Sería falso decir que la libertad ya no es dominante en el derecho civil porque sí lo es; pero ahora tiene controles que hace cien o doscientos años no tenía y eso modifica los conceptos esenciales originales del derecho civil.

Por ejemplo, mientras para el Código de Napoleón la propiedad era el derecho más absoluto del propietario sobre el bien materia de su derecho; para nuestro Código Civil vigente de 1984 (y en realidad ya para nuestro Código Civil de 1936), la propiedad debe utilizarse en armonía con el interés social. La diferencia entre ambas disposiciones no es un problema de palabras: tiene consecuencias prácticas totalmente distintas.

Por consiguiente, en un código civil contemporáneo la materia es la civil (o de derecho privado) de siempre, pero algunas instituciones (cada vez más) que pertenecieron al derecho civil están hoy en otras normas y códigos; y, a la inversa, dentro del código civil, aparecen materias y normas que tradicionalmente no eran consideradas partes de él.

Por ello, dentro de un código civil contemporáneo hay asuntos de derecho público legislados; y, por el contrario, hay asuntos de derecho privado que ya no están en el código civil. En otras palabras, hoy no se puede decir, como hasta hace cien años, que derecho civil y derecho privado son la misma cosa.

Esto, sin embargo, no puede llevarnos a considerar que la diferencia entre derecho privado y derecho público es hoy irrelevante. Por ejemplo, las normas constitucionales son un típico e indiscutible caso de derecho público; a la inversa, si dos personas se ponen de acuerdo en que le compre a otra un libro a cambio de un determinado precio, estamos ante un caso de derecho privado. Sin embargo, entre ambos existe una zona gris que va en constante crecimiento. (A partir de los ejemplos anteriores, podría dar la impresión, de que la diferencia actual entre derecho público y derecho privado es la que existe entre lo importante —normas constitucionales— y lo nimio —una compraventa—. Sin embargo, no es así: las compraventas pueden llegar a ser muy importantes en sí mismas y, además, en la vida social una gran cantidad de las relaciones jurídicas están conformadas por este tipo de contratación).

Por lo demás, el criterio de diferenciación más importante entre una situación de derecho privado y otra de derecho público, es que, en la de derecho privado, rige como regla general la libertad de la persona (artículo 2, inciso 20, literal a, de la Constitución), en tanto que, en el derecho público, la regla general es que el sujeto hace lo que está autorizado hacer y nada más (artículo 2, inciso 24). Cada ser humano, en tanto persona en sí misma, está sujeta al derecho privado (si quiere contrata; si no, no lo hace; si quiere, declara; si prefiere no hacerlo, no lo hace; etc.). En cambio, en tanto ciudadano, esa misma persona está sujeta al derecho público y entonces debe votar cuando hay elecciones, tiene que sacar su documento nacional de identidad, etc. Como ciudadano cumple funciones que, además, son deberes.

### **3. El Código Civil peruano**

La intención de este manual es tratar principalmente el derecho privado, específicamente, las principales instituciones de este. Por lo tanto, resulta relevante mencionar que, en cuanto a la regulación del derecho civil en la República del Perú, han sido tres los códigos civiles desarrollados: el Código Civil de 1852, el Código Civil de 1936 y el Código Civil vigente que data de 1984.

Si bien no es intención del presente manual explayarnos en cuanto a los alcances de cada una de estas codificaciones y sus modificaciones particulares, tenemos la certeza de que todo estudiante de derecho debe conocer, al menos de manera general, las motivaciones que existieron con relación al contenido y modificación de estos cuerpos normativos.

El Código Civil de 1852, en tanto primera codificación a nivel nacional, se elaboró con ocasión a la importante influencia liberal que, en ese momento, los países tenían con relación al Código Civil francés de 1804 y a la necesidad que surgió de dar unidad a las normas en un cuerpo legal integrado (entre otros motivos, señalados en el punto precedente). Efectivamente, nuestra nación se unió a la idea de la codificación con la intención de que los derechos civiles se encuentren ubicados en un único cuerpo normativo. Sin embargo, un grave error en él, que motivó su derogación total y emisión del Código Civil de 1936, es que, como la historia nos ha enseñado, cada país tiene una realidad distinta y las reglas para los ciudadanos deben coincidir con la misma en aras de su cumplimiento.

Es así que la entrada en vigor del Código Civil de 1936 tiene, como fundamento principal, el ánimo del legislador de una mejora en la regulación en concordancia con el contexto ideológico del Perú y la de los modelos de códigos civiles importados; es decir, era indispensable llevar a cabo una adaptación. Sobre el particular, Luna Victoria señala lo siguiente: «El derecho y, en nuestro caso, el Código Civil, no fueron utilizados para diseñar un Estado antes que un mercado. De ahí que la mayor preocupación durante la primera mitad del siglo XIX haya sido la redacción de constituciones»<sup>1</sup>.

Básicamente, lo que explica Luna Victoria es que la importación y recepción del pensamiento liberal del Código francés fue frágil y no compatible con el contexto del Perú, con desapego a la costumbre, aceptando elementos tradicionales, como el matrimonio y la esclavitud (abolida en 1854).

Es por ello que, mediante el Código Civil de 1936, se buscó tal adaptación. Esta fue sensata a tal punto que esta codificación estuvo vigente por casi cincuenta años.

La emisión del Código Civil de 1984 se debió principalmente al estudio comparado del Código Civil peruano de 1936 y el Código Civil italiano de 1942. Tal y como señaló el profesor Fernández Sessarego, tras un estudio comparado de ambos códigos, se tomó conciencia de la indispensable reestructuración integral del Código Civil peruano de 1936 a efectos de contar con un código civil acorde a los tiempos, buscando convertirlo en un código de derecho privado con una concepción personalista; es decir, poner de manifiesto la protección del ser humano como un fin en sí mismo<sup>2</sup>.

Es en este orden de ideas que se introducen al Código Civil, en su primer libro, titulado *Derecho de las personas*, los derechos a la vida, libertad, imagen, integridad, disposición sobre el propio cuerpo, intimidad, identidad, entre otros.

Desde luego, el Código Civil de 1984, durante sus casi cuarenta años de vigencia, ha sufrido una serie de modificaciones parciales, esto es, que han implicado la modificación de artículos específicos, pero no su totalidad.

---

1 Victoria León (1988, pp. 96-97).

2 Fernández Sessarego (2009, pp. 60-61).

En el siguiente enlace ponemos a disposición los tres códigos antes señalados:



(<https://bit.ly/3Fcekmk>)

Es importante resaltar que el Código Civil vigente, de 1984, puede sufrir modificaciones por lo que instamos a realizar la búsqueda de la versión actualizada de dicho documento en cada oportunidad de consulta.



**Módulo de trabajo 1**

(<https://forms.gle/uTKaWcoo6nA4DLoc9>)

## SEGUNDA PARTE



## **CAPÍTULO II**

### **EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

#### **1. Fundamento y alcances del título preliminar del Código Civil**

El título preliminar del Código Civil no solo tiene que ver con el derecho civil propiamente dicho y ni siquiera sólo con el derecho privado. Por el contrario, es un conjunto de normas que, históricamente, ha sido preparado para regir a todo el sistema jurídico. Por ello, en esta sección, queremos referirnos en líneas generales al sistema jurídico mismo, pues de él estaremos tratando a lo largo de todo este manual.

##### **1.1. Aproximación al sistema jurídico**

Bien sabemos que un sistema jurídico, entendiéndolo por tal al derecho de un Estado determinado como el del Perú, tiene semejanzas y diferencias con los sistemas de otros Estados. Para empezar, nuestro derecho se halla ubicado dentro de la familia romano-germánica del derecho comparado. En eso se parece a los sistemas jurídicos de todos los países de ascendencia latina; por contraste, por ejemplo, con los de ascendencia inglesa, que han recibido la influencia de la familia anglosajona. Pero más allá de esta semejanza estructural, nuestro derecho mantiene diferencias importantes con otros sistemas romano-germánicos como los de países vecinos, o los propios sistemas europeos adscritos a la misma familia.

Podemos decir que, dentro del derecho comparado, existen hoy tres familias: (i) familia romano-germánica, (ii) familia anglosajona, y (iii) derechos de base religiosa. No obstante, dentro de cada uno de estos grupos, se producen, a su vez, diferenciaciones nacionales —y, en algunos casos, aun regionales dentro de un mismo Estado, caso que no es el nuestro, cuando menos hasta hoy—.

Así establecidos los hechos, el sistema jurídico peruano tiene, pues, semejanza con los otros sistemas romano-germánicos, pero adquiere particularidades que, a su vez, lo diferencian de ellos.

Las características fundamentales de todo el sistema romano-germánico consisten en una clara predominancia de la fuente legislativa; una comparativa reducción del peso de la jurisprudencia como instrumento de creación de normas frente al derecho anglosajón —lo que no quiere en absoluto decir que la jurisprudencia no sea tomada como fuente auxiliar o, inclusive, en algunos casos, como precedente obligatorio—. A su vez, tiene como rasgo fundamental recoger el conjunto de principios, conceptos e instituciones del derecho romano. Naturalmente, las particularidades de cada sociedad y Estado, su historia y los retos que ha debido enfrentar, han determinado adaptaciones y modificaciones a este patrón general y en ello consiste, precisamente, la particularidad de cada derecho nacional.

¿Cómo opera esta diferenciación? A nuestro juicio, se aplica de tres maneras:

- Mediante la dación o aparición de normas jurídicas legislativas o de otro tipo (jurisprudenciales, consuetudinarias, etc.) que le son particulares.
- Mediante la asunción de principios de derecho y conceptos que no son necesariamente unívocos en el derecho como, por ejemplo, la elección de los principios de la culpa objetiva o la culpa subjetiva en materia de responsabilidad civil; la elección del valorismo o nominalismo en materia de obligaciones; la elección de formas republicanas o monárquicas en materia constitucional; y así sucesivamente.
- La generación de «ramas» del derecho particularmente concebidas, creando así compartimentos estancos y particularidades en el tratamiento de las instituciones jurídicas.

En realidad, puede decirse que, en todo sistema jurídico, las partes elementales son de dos tipos: normas jurídicas y principios del derecho. A partir de ellos, y de la conceptualización que les es correspondiente, se pueden precisar las diferencias que existen entre uno y otro de los derechos nacionales, al tiempo que también es posible distinguir épocas distintas del derecho en un mismo Estado.

Es a partir de normas y principios que se va construyendo —y redefiniendo— el armazón de cada derecho nacional, cuyos rasgos generales van evolucionando.

Todo esto viene a colación por el hecho de que el título preliminar del Código Civil consigna mandatos muy específicos sobre normas y principios, muchos de ellos arduamente discutidos desde que este cuerpo legal fue dado a conocimiento público de manera definitiva. Pensemos, por ejemplo, en el artículo VIII que trata sobre los principios generales y, en especial, de los que inspiran al derecho peruano; o en el artículo VII, el cual exige al juez aplicar la norma pertinente aun cuando no haya sido invocada en la demanda; o en el artículo II, que trata sobre el ejercicio u omisión abusivos de un derecho, institución que diferentes escritos importantes consideran innecesaria existiendo la responsabilidad civil extracontractual.

En síntesis, normas y principios conforman estructuras que se van armando con particularidad dentro de un sistema jurídico nacional y que pasan de las subramas a las ramas, y de allí a la gran clasificación de derecho público - derecho privado. Lo más significativo es que la identidad de cada uno de estos grupos y subgrupos está dada en parte por las normas que le pertenecen; pero también, y en mucho, por los principios y conceptos correspondientes. Finalmente, en el escalón superior tenemos al derecho en su conjunto, que cuenta con principios y conceptos que lo diferencian de otros instrumentos normativos de la sociedad, lo cual determina grandes distinciones teóricas, por ejemplo, entre derecho y moral, o derecho y usos sociales.

Consideramos que tener en mente este tipo de organización del derecho sirve no sólo para darse una imagen de la estructura general del sistema, sino también para realizar operaciones típicamente jurídicas de aplicación como la interpretación o la integración jurídica.

## **1.2. Significado del título preliminar del Código Civil dentro de la estructura general del sistema jurídico**

En principio, el título preliminar del Código Civil es un conjunto de normas jurídicas con rango de ley —es decir, del mismo valor que las demás leyes, decretos legislativos, y otras normas equivalentes—. Esto supone que, para su modificación, suspensión o derogación, rigen las reglas comunes del sistema: será otra norma de rango equivalente la que los modifique sin más trámite que su aprobación de acuerdo con la Constitución.

Sin embargo, desde el punto de vista de su historia, contenido y comprensión sistemática, es evidente que se trata de disposiciones que tienen vocación de normar a todo el sistema jurídico. Esta forma de concebir el título preliminar por parte de las personas de leyes tiene consecuencias de utilización profesional y manejo académico, las cuales resultan de primera importancia por la preeminencia que estos diez artículos tendrían dentro de todo el contexto legislativo nacional: por su contenido de fondo, actúan como una especie de instancia intermedia entre la Constitución del Estado y el resto de la legislación.

### **1.3. Fundamento histórico del rol del título preliminar**

Históricamente, puede afirmarse que códigos civiles y constituciones son prácticamente contemporáneos en el derecho, especialmente en el derecho europeo que es, en buena cuenta, la fuente matriz de todo este movimiento legislativo. Es verdad que la Constitución de los Estados Unidos data de 1787 y que en este Estado no existe un código civil; pero también es verdad que, si bien los Estados Unidos tienen influencia en el movimiento constitucional mundial, y particularmente en el latinoamericano, no gozan del mismo ascendiente en la estructuración de nuestros sistemas jurídicos nacionales en cuanto tales.

La primera constitución europea es la francesa de 1791 y el código civil de mayor resonancia de aquella época (hasta el presente) es el francés de 1804. Códigos civiles contemporáneos a él son el prusiano (1794) y el austriaco (1811). En suma, puede decirse que, entre 1790 y los primeros decenios del siglo XIX, el movimiento legislativo fundamental (no único, es verdad) consiste en la aprobación de constituciones y códigos civiles.

Las constituciones tenían su lugar preeminente —diseñado ya desde cierto tiempo atrás por la teoría— y, debajo de ellas, los códigos civiles constituían la suma del derecho más importante de la época. Es verdad que se conocía la distinción entre derecho público y privado, y que también se trabajaban ciertos aspectos del derecho mercantil, entre otros. Sin embargo, en la mentalidad de muchos tratadistas de la época, aún puede apreciarse que el derecho civil se entiende más como «derecho de la *civitas*» que como una más de las ramas del derecho, como se lo concibe contemporáneamente.

El código civil era, por debajo de la Constitución del Estado, el cuerpo legislativo más importante del sistema jurídico. Por ello, no resulta extraño que, dentro de tales códigos, pero como cuerpo normativo separado, se

introdujera un conjunto de disposiciones no primariamente vinculadas al «derecho civil» tal como actualmente lo consideramos, sino con el sistema jurídico en su conjunto. Entre otros, ese es el caso del Código Civil francés, seguido luego por varios códigos europeos y latinoamericanos, incluyendo los tres nuestros: los de 1852, 1936 y 1984.

Históricamente, puede sostenerse que la vecindad de constituciones y códigos civiles ha llevado a que el título preliminar de estos últimos, se considere un conjunto normativo no primariamente concerniente al derecho civil, ni siquiera al derecho privado, sino al sistema jurídico en su conjunto.

#### **1.4. Fundamento del lugar privilegiado del título preliminar por el contenido de sus normas**

El propio contenido de las normas del título preliminar indica que no están referidas únicamente al derecho privado. Si bien esta afirmación podría ser discutible en algunas de las normas, no lo es, definitivamente, en otras.

El artículo I, al referirse a la derogación de las leyes, está dirigido a toda la producción legislativa. No se podría comprender su existencia si redujéramos su aplicabilidad sólo al ámbito privado.

Lo propio ocurre con el artículo III: está diseñado, en realidad, como una norma reglamentaria del principio general de aplicación de las leyes en el tiempo, principio contenido, en 1984, en el artículo 187 de la Constitución de 1979. Ello tanto más que las normas propias del Código sobre esta materia están contenidas en los artículos 2120 y 2121. Estimamos que aquí hay una deficiencia de técnica legislativa que ha dado lugar a no pocas controversias, y que desarrollaremos con extensión en el cuerpo de este manual. Empero, más allá de eso, es evidente que el principio de aplicación de las leyes establecido en este artículo III no se refiere sólo al Código Civil ni solo a las normas de derecho privado, sino a todas las leyes (salvo el caso del artículo 62 de la Constitución).

El artículo VIII es otra norma de derecho público y que, en buena cuenta, establece una obligación para los magistrados judiciales, con gran trascendencia en el funcionamiento del mecanismo de aplicación de justicia. El artículo VIII hace referencia a las circunstancias de defecto o deficiencia de

la ley y a los principios «que inspiran el derecho peruano», sin distinciones de público o privado<sup>3</sup>.

El artículo IX es una norma de suplencia para todo el derecho nacional; y el artículo X es más propiamente una norma de rango constitucional que de ley.

En síntesis, con una interpretación restrictiva, sólo cuatro de los diez artículos del título preliminar (el II, IV, V, y VI) podrían considerarse exclusivamente de derecho privado y, en el transcurso de esta obra, esperamos demostrar que no es así. Inclusive, hay que notar que el contenido de los artículos II y IV ya está en los artículos 103 y 139, inciso 9, de la Constitución, lo que hace ver que sus normas se aplican a todos los ámbitos del derecho, tanto público como privado.

Pero aún los artículos V y VI tienen que ver con el derecho público. En efecto, en cuanto al artículo V, sería sistemáticamente inaceptable que se permitiera actos jurídicos válidos aun cuando violenten las leyes sobre el orden público o las buenas costumbres, fuera del ámbito privado. Por su parte, el artículo VI tiene que ver con el interés necesario para ejercitar o contestar una acción, lo que lo haría una norma que, por definición, es de derecho público y no privado, aun cuando podría entenderse que está referido sólo a las acciones que promueven un interés privado.

### **1.5. Fundamento del lugar privilegiado del título preliminar por aplicación sistemática de sus normas**

El título preliminar del Código Civil ocupa un lugar preponderante dentro del sistema jurídico como conjunto, dictando normas de alcance general que van más allá del derecho privado. Esta preeminencia debe ser respetada por las demás leyes de la República con la finalidad de impedir alteraciones que quiten coherencia y equidad al conjunto de normas legisladas.

En esta situación preeminente respecto de otras normas legales de su misma categoría formal, no sólo está el título preliminar del Código Civil. El Código Tributario —otra ley como las demás— cumple idéntico rol dentro de su rama; la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la suya; la Ley del

---

3 Al analizar el artículo VIII del título preliminar del Código Civil, veremos que se vincula con el artículo 139, inciso 8, de la Constitución, que es parcialmente distinto a él.

Procedimiento Administrativo General, en su ámbito; y así sucesivamente. Hoy son varias las leyes que tienen títulos preliminares de alcance sumamente general para el derecho

Es verdad que importantes escritos doctrinales han sostenido que el título preliminar sólo es aplicable al derecho privado, pero consideramos que esa posición debe ser superada en beneficio de un sistema jurídico más armonioso como conjunto. Un ejemplo interesante respecto de los peligros de no hacerlo es la resolución de la Corte Suprema en el *habeas corpus* que, contra la decisión de impedir su retorno al país, interpuso en 1955 el doctor José Luis Bustamante y Rivero.

En aquel entonces, la disposición, según la cual, en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se debe preferir la primera, no estaba consignada en la Constitución sino en el título preliminar del Código de 1936. Ante esta circunstancia, la Corte Suprema no amparó el *habeas corpus* interpuesto sobre la base de la siguiente argumentación:

[E]l artículo del título preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil, en cuyas controversias cuando interviene el Estado, lo hace como sujeto de derecho privado, sin que ninguna disposición legal posterior haya extendido su aplicación a otros órdenes del campo jurídico, en que aquel actúa como sujeto del derecho público; que para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesaria que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del derecho constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa [sic].

No hace falta recurrir a las altas calidades personales y de jurista del doctor Bustamante y Rivero para caer en cuenta de los errores e injusticia de esta resolución. Es verdad que hoy la norma de preferencia constitucional está en el segundo párrafo del artículo 138 de nuestra Constitución y que, por lo tanto, este problema no podría volver a resolverse así; pero a lo que queremos llegar es a que el argumento básico de la Corte Suprema, en el sentido de que el título preliminar es parte del derecho privado y no del público, puede

llevar a situaciones evidentemente arbitrarias como la que comentamos. Este ejemplo histórico refuerza nuestra convicción en el sentido de que el título preliminar del Código Civil es un cuerpo normativo para todo el sistema jurídico salvo, naturalmente, que atente contra la naturaleza de algún sector específico de la normatividad.

## 2. La derogación de la norma legislativa

**Artículo I.-** La ley se deroga solo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

El artículo I trae tres normas distintas. La primera establece, con verdad en lo que dice, pero con insuficiencia en la concepción global, que sólo una ley puede derogar a otra ley ya existente. El segundo grupo de normas se pone en tres hipótesis de derogación. Finalmente, el párrafo final está destinado a solucionar explícitamente un problema, que, si bien ha sido siempre claro en la doctrina, no lo estaba en nuestro derecho positivo: que una norma jurídica, una vez derogada, deja de existir y que no puede reasumir su vigencia, a menos que otra nueva ley lo diga expresamente. Abordaremos estos puntos uno por uno.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional ha señalado que este dispositivo es constitucional por su contenido, a pesar de estar contenido en el título preliminar del Código Civil, y que efectivamente tiene aplicación general a todo el derecho:

[S]i bien el artículo I del título preliminar del Código Civil está inserto en un ordenamiento que tiene por objeto regular las relaciones jurídicas entre particulares, por su contenido, se trata de una norma sobre la producción jurídica, que al regular el proceso de extinción de normas en el ordenamiento, es materialmente constitucional y, en ese sentido, aplicable con carácter general a cualquier sector del ordenamiento nacional (§ 6)<sup>4</sup>.

---

4 STC 458-2001-HC (25 de septiembre del 2001).

## 2.1. La regla general sobre derogación de las normas jurídicas

El primer párrafo del artículo I del título preliminar del Código Civil establece que «[l]a ley se deroga solo por otra ley». El significado normativo de esta disposición es polivalente y, en torno a su texto, es preciso realizar varios matices.

En sí mismo, el párrafo es correcto al plantear que una ley debe ser derogada por otra norma de similar categoría. Su expresión, sin embargo, no es feliz puesto que normalmente una ley también podrá ser derogada por una norma de su mismo rango de distinta denominación y procedimiento de formulación como, por ejemplo, un decreto legislativo.

La norma tiene otras dos limitaciones. De un lado, no considera aquella circunstancia en la cual el cambio de la norma superior suponga necesariamente la invalidación de la norma inferior. Tal fue, por ejemplo, el caso de las disposiciones sobre preeminencia del marido dentro de la sociedad conyugal en el texto del Código Civil de 1936, el cual mantuvo su vigencia hasta el 13 de noviembre de 1984. Es evidente que sus normas antigualitarias eran incompatibles con la Constitución del Estado. No obstante ello, siguieron gozando de validez y aplicación formal hasta la entrada en vigor del nuevo Código Civil —por ejemplo, siguieron siendo leídas en las ceremonias de matrimonio civil—. En la eventual hipótesis de que el Código no hubiera sido reformulado, entonces, podría haber ocurrido —como en efecto sucedió en otros casos— que, mientras se reformaba la legislación inferior para adaptarla a la superior más moderna, los derechos señalados en esta no se hacían efectivos hasta que concluyera tal proceso de modificación legislativa.

Esto equivale a decir que, si bien es cierto que una norma jurídica no puede ser derogada por una de inferior categoría, sí puede ocurrir que sea invalidada por una norma de rango superior que dicta una disposición incompatible con ella. Esta circunstancia no está contemplada en el artículo I que comentamos y, en recta comprensión, debería estarlo<sup>5</sup>.

---

5 Es importante destacar que la jurisprudencia constitucional peruana ha dicho ya que toda ley previa a una nueva Constitución debe ser interpretada conforme a ella: «Desde la promulgación de la Constitución de 1993, todas las normas preexistentes en el ordenamiento jurídico deben interpretarse con arreglo a ella» (STC 476-2002-AA, 29 de enero del 2003, § 4).

Otra limitación que puede percibirse en el artículo I consiste en que solo se refiere a la «ley» y esta, en sentido estricto, es la aprobada por el Congreso de la República según el procedimiento de los artículos 107 a 109 de la Constitución del Estado. Por analogía, cabe aplicar la misma norma a cuerpos normativos, como los decretos legislativos, que modifican y son modificados por las leyes debido a que son dictados en ejercicio de la misma potestad del Estado —en el caso de las leyes, ejercidas por el Congreso, y, en el de los decretos legislativos, delegados al Ejecutivo—.

Al propio tiempo, la utilización del vocablo «ley» parecería excluir a las normas de rango inferior tales como los decretos y resoluciones. Como en el caso de los decretos legislativos, también aquí consideramos procedente recurrir a la analogía señalando que, en aplicación *a pari* de este artículo, un decreto supremo sólo podrá ser modificado por otro decreto supremo, y así sucesivamente<sup>6</sup>.

Un aspecto que sí queda manifiestamente claro de la primera parte de este artículo, y que es una de las intenciones normativas con la que está hecho, es la determinación de que ni el desuso ni la costumbre contra ley derogan o quitan efecto a una norma jurídica del derecho positivo. El Tribunal Constitucional lo ha dicho expresamente:

75. La cuestión relativa a si la *desuetudo* (o desuso) de una ley pueda culminar con su derogación es una hipótesis de ineficacia de las normas jurídicas que en nuestro ordenamiento no tiene asidero.

En efecto, el artículo 103º de la Constitución, recordado en el fundamento N° 9 de esta sentencia, establece enfáticamente que:

La ley solo se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

76. En nuestro ordenamiento jurídico, pues, no es admisible la derogación de una ley ya sea por su desuso o, incluso, por la existencia de prácticas o costumbres *contra legem*.

En la exclusión de la *desuetudo* como criterio para determinar la vigencia o derogación de las leyes subyace la afirmación de un

---

6 Sobre la estructura del sistema legislativo peruano, puede consultarse una versión más desarrollada en Rubio Correa (2023).

principio ínsito al Estado Constitucional de Derecho: el principio de seguridad jurídica, que es complemento esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, para el desarrollo de la vida en sociedad y una garantía consustancial de la conformación de una sociedad libre y democrática [énfasis *de la sentencia*]<sup>7</sup>.

Finalmente, cabe destacar que similar derogación ocurrirá en aquellos casos en los que sea la misma ley la que establezca un plazo de vigencia y, por ende, su derogación, por ejemplo, cuando la ley establezca expresamente un plazo de vigencia. Este es el caso de las normas emitidas por el Gobierno peruano durante el estado de emergencia a propósito de la pandemia por el COVID-19.

En síntesis, sobre el contenido normativo de esta primera parte del artículo podemos concluir lo siguiente:

- Expresa con claridad que una ley sólo puede ser derogada por otra ley.
- Análogicamente, puede concluirse que cualquier norma con rango de ley sólo puede derogarse con otra norma de su mismo rango, inclusive por la misma ley.
- También por analogía, puede decirse que las disposiciones de rango inferior sólo pueden ser derogadas por otras normas de su mismo rango.
- El artículo debió considerar la situación en la que una disposición de rango superior establezca una norma incompatible con otra de rango inferior vigente. La jurisprudencia constitucional peruana establece que la norma inferior debe ser interpretada de acuerdo con la de rango superior más nueva que ella. Esto para que la norma inferior no entre en incompatibilidad con la nueva norma superior porque eso es contradictorio con los mandatos de los artículos 51 y 138 de la Constitución.
- Por aplicación del argumento *a contrario*, el primer párrafo de este artículo determina claramente que una disposición legislativa no es

---

7 STC 047-2004-AI (24 de abril del 2006).

abrogada ni por el desuso ni por la costumbre contra ley en cualquiera de sus posibles formas.

## 2.2. Las formas de derogación

El segundo párrafo del artículo I del título preliminar trae tres formas alternativas de derogación de normas. La primera es la llamada *derogación expresa* y consiste en la mención de las normas anteriores que son derogadas por la nueva o, como hemos mencionado, por la misma norma.

Las otras dos son las formas de *derogación tácita* y son descritas de la siguiente manera:

- Cuando existe «incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior».
- «[C]uando la materia de [la norma anterior] es íntegramente regulada por [la nueva norma]».

Ambas formas de derogación tácita son muy utilizadas en nuestro medio, salvo en casos especiales como el del derecho tributario para el que el código respectivo señala que las derogaciones deben ser expresas —política legislativa saludable que debiera ser la norma general, pero que, desgraciadamente, no es regularmente observada—.

A pesar de su uso generalizado, la derogación tácita puede presentar problemas serios de interpretación, especialmente, cuando se trata de una modificación sistemática e integral del tratamiento legislativo de un tema. Esto ocurre, por ejemplo, cuando a una norma orgánica original se van añadiendo precisiones específicas por normas sucesivas y, posteriormente, se cambia la norma orgánica matriz sin derogar, o mantener expresamente, la vigencia de las conexas.

## 2.3. La ley derogada no recobra vigencia automática

El último párrafo del artículo I establece positivamente un principio doctrinal ampliamente conocido: «Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado». Esta regla es importante porque, muchas veces, ocurre que una ley derogó leyes anteriores y estableció nuevas normas de conducta. Cuando esta segunda ley es derogada, podría entenderse que no sólo se derogaron sus mandatos de conducta, sino también sus mandatos de derogación de normas anteriores, por lo que estas recobrarían vigencia. Esto sería un error porque el restablecimiento de leyes anteriores ya

derogadas sólo debe ocurrir si el legislador expresamente les devuelve vigencia (cosa que, por lo demás, puede hacer perfectamente).

En la inmensa mayoría de veces que se deroga una ley, el legislador no hace un análisis detallado de todas las normas derogadas por ella, expresa o tácitamente. Es más, resultaría muy difícil hacerlo porque habría que buscar cada vez, todas las normas que pudieron ser derogadas tácitamente y eso es, en realidad, un rompecabezas imposible de armar. En consecuencia, si estableciéramos que, al derogar una ley, recobran vigencia las que ella hubiera derogado, crearíamos un problema de incertidumbre terrible en el derecho sobre cuál norma recobró vigencia y cuál no y, probablemente, lo haríamos inaplicable y muy inseguro jurídicamente hablando.

Desde luego, la norma se aplica analógicamente a otras disposiciones jurídicas de carácter general y, así, es correcto decir que «por la derogación de un decreto supremo no recobran vigencia los que él hubiere derogado», y así sucesivamente.

### 3. El abuso del derecho

**Artículo II.-** La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Autores de nota, nacionales y extranjeros, han impugnado la existencia del abuso del derecho como institución clara y distinta dentro del derecho civil. Opinan que, existiendo la responsabilidad extracontractual, no queda lugar para algo tan vago como el abuso, al tiempo que no parecen reconocer la posibilidad de la extralimitación no legítima en el ejercicio de los derechos.

Nuestra posición frente a la materia, en síntesis, consiste en (i) que el *abuso del derecho*<sup>8</sup> es una institución válida en sí misma; (ii) que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y las expresamente ilícitas; (iii) que, en consecuencia, ha sido correctamente recogido en los textos normativos

---

8 En la teoría del derecho se conoce a esta institución con el nombre de *abuso del derecho*. Sin embargo, ocurre de la manera señalada por el artículo II del título preliminar del Código Civil: como ejercicio u omisión abusivos de un derecho. Al usar la primera expresión deberemos saber que nos referimos también a lo segundo.

(tanto de 1936 como de 1984); (iv) que es aplicable no sólo al derecho civil sino a todo el sistema jurídico, como lo demuestra el hecho de que haya sido recogido en el artículo 103 de la Constitución; y (v) que su mayor riqueza sólo puede provenir del desarrollo jurisprudencial.

### 3.1. El lugar del abuso del derecho

El punto determinante para trabajar sobre el abuso del derecho consiste en encontrar su ubicación precisa entre el campo de lo lícito y el de lo ilícito, regulado por la responsabilidad civil.

El marco de lo lícito, es decir, del correcto ejercicio de los derechos, está dado por un conjunto de normas generales que, bajo la forma de *estándares jurídicos*<sup>9</sup>, diseñan los principios generales que gobiernan las conductas de las personas<sup>10</sup>.

En síntesis, estas normas generales son las siguientes:

- El literal a del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que establece que «[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Esta es la actual norma que regula la libertad individual en el derecho.
- El literal b del mismo inciso en la parte que señala que «[n]o se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley». Esta norma es complementaria de aquella.
- El artículo 38 de la Constitución que dice que «[t]odos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

---

9 Según Claude Du Pasquiere (1983, p. 64), el *standard* es una norma cuyo contenido es por naturaleza flexible, adaptable a diversas circunstancias y cuya determinación queda a criterio de la autoridad competente para aplicarla.

10 El abuso del derecho se refiere al ejercicio de los derechos de las personas de derecho privado, no de las atribuciones de las de derecho público que, en todo caso, incurrir en abuso de poder o autoridad.

Por otro lado, está la normatividad correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual<sup>11</sup>, que, para efectos de nuestro manual, se divide en dos grandes tipos de normas:

- Unas que establecen cuándo nos hallamos ante un ilícito de naturaleza civil y que son tanto las normas genéricas de determinación de la responsabilidad civil extracontractual (los artículos 1969 y 1970 del Código vigente) como las diversas normas que determinan ilícitos civiles especiales (las demás disposiciones recogidas en el libro de la responsabilidad civil extracontractual<sup>12</sup> y otras diseminadas a lo largo del Código, que tienen similar finalidad<sup>13</sup>). En conjunto, limitan la acción de las personas, prohibiendo o sancionando, según lo establecido en el señalado literal b del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.
- Una norma genérica que está ubicada en el artículo 1971, inciso 1, del Código vigente, según la cual no hay responsabilidad «en el ejercicio regular de un derecho». Sistemáticamente, esta norma establece que no existe ilegalidad en la conducta que, agravando el derecho ajeno, se realiza en ejercicio regular de un derecho propio.

En apariencia, entonces, no hay lugar para el abuso porque, si el derecho es ejercido regularmente, nos hallamos ante un hecho lícito; y, si es ejercido irregularmente o si actuamos dañosamente sin estar ejercitando ningún derecho, caemos en el ilícito civil.

Según Warat<sup>14</sup>, citando a Duguit, la teoría del abuso del derecho se originó durante el siglo XIX y la doctrina general está de acuerdo con señalar que no existió previamente<sup>15</sup>. El fundamento de su aparición, hace más de cien años, estaría en la necesidad de controlar los excesos en el ejercicio de los

---

11 La distinción del abuso del derecho plantea especial problema conceptual frente a la responsabilidad civil extracontractual, aun cuando también puede ocurrir un abuso en la relación contractual. Nosotros nos centraremos en su distinción en la responsabilidad extracontractual.

12 Los artículos 1971-1988 del Código Civil vigente.

13 Por ejemplo, los artículos 93, 708, 909 y otros del Código Civil.

14 Warat (1969, pp. 35 y ss.).

15 Sobre los antecedentes de la teoría del abuso del derecho, véase Martín Bernal (1982).

derechos de libertad y propiedad, extensivamente reconocidos por la revolución liberal de los siglos XVIII y XIX.

Durante el Antiguo Régimen, no se reconocían derechos propios y exigibles a las personas, ni la igualdad ni la libertad estaban garantizadas de manera plena. Las cartas firmadas entre varios monarcas ingleses y sus vasallos constituyeron antecedentes del reconocimiento de la libertad, pero en modo alguno fueron plasmación de los derechos civiles, las libertades públicas o los derechos humanos, tal y como son considerados en los últimos tiempos.

La Asamblea Nacional francesa, a poco menos de dos meses de constituida, aprobó la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* en cuyo texto pueden leerse las siguientes normas:

- «El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia de la opresión» (artículo 2).
- «La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley (artículo 4).
- «La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena» (artículo 5).

Nótese el carácter de la protección dada a la libertad. Es definida en términos individuales y casi absolutos, en la medida que sólo tiene como límite la libertad individual del otro u otros. Los límites sólo pueden ser determinados por la ley y deberán aplicarse con criterio restrictivo, pues la parte final del artículo 5 establece una norma general, con calidad de principio, según la cual lo que verdaderamente opera es la libertad y, por excepción, lo expresamente ordenado o impedido.

Sin embargo, es de resaltar que nunca, ni aun en los albores de la sociedad liberal establecida por las revoluciones del siglo XVIII, se pensó que la libertad de los individuos pudiera ahogar la vida social. Mucho de lo que la Declaración francesa contiene está inspirado en los escritos de Jean-Jacques

Rousseau, quien, en *El contrato social*, sentó las bases modernas de la teoría que lleva el nombre del título del libro, según las cuales cada persona componente de la sociedad detenta una cuota proporcional de soberanía; las decisiones son adoptadas por la mayoría asumiendo el carácter de *voluntad general*; y esta se impone obligatoriamente a los sujetos bajo forma de ley. En otras palabras, los supuestos teóricos de la Declaración francesa son, primero, la permanencia de la sociedad; segundo, la existencia y protección de la libertad; tercero, la existencia de la ley como expresión de la voluntad general que puede establecer recortes y limitaciones al ejercicio de tal libertad; y, cuarto, la imposición obligatoria de la señalada ley a los sujetos.

Frente al Antiguo Régimen, que es el modelo de organización política suplantado por la revolución liberal, esta exaltó la libertad y, con ello, se produjo una fractura en el sistema jurídico por la siguiente razón: la libertad era la norma general en adelante, y su excepción eran las limitaciones a aquella expresamente fijadas por la ley. Cualquier persona vinculada al quehacer jurídico se percatará fácilmente de que, así establecidas las normas, puede ocurrir que la libertad sea ejercida en el borde donde, siendo dañosa socialmente, no ha llegado a ser ilegal por cuanto no existe norma de excepción expresa desde que el legislador no puede prever normativamente todos los posibles excesos.

De esta manera, el abuso del derecho nació como una institución jurídica correspondiente al reconocimiento extensivo de la libertad, y permite al juez calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas, pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad.

### **3.2. Un ensayo de la definición**

Así, el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que, por una específica laguna del derecho, es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica<sup>16</sup>.

---

16 La integración jurídica es la rama de la teoría del derecho que establece los principios y métodos de solución de aquellos hechos sociales que deben ser regulados sin

En este sentido, el acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate<sup>17</sup>. No obstante, este acto lícito contraría el espíritu o los principios del derecho en el transcurso de su ejecución. Entonces, se configura una *laguna del derecho* que deber ser resuelta por el juez ante la ausencia de una disposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto tal como se realiza.

El tema de las lagunas del derecho es muy complejo y no toda la teoría las reconoce<sup>18</sup>. Una *laguna* puede definirse como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera debiera estar regulado por el sistema jurídico y, por lo tanto, tener una solución normativa. Kelsen, entre otros, sostiene que las lagunas del derecho son creaciones no jurídicas de los juristas porque, ante la falta de legislación *ad hoc*, no cabe aplicar normas que no sean las que estatuyen la libertad. Refiriéndose a las posiciones que reconocen la existencia de lagunas señala lo siguiente: «Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido»<sup>19</sup>.

Nuestra legislación, sin embargo, ha tomado partido por reconocer la existencia de las lagunas del derecho y por exigir al juez su solución jurídica. Las normas están en el artículo VIII del título preliminar del Código Civil y en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución, el cual establece lo siguiente: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] // El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. // En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

Esta norma prevé que puede haber circunstancias de la vida real que no se hallen debidamente reguladas por el sistema jurídico, y que deban

---

que para ellos exista norma expresa. Opera mediante la analogía y la utilización de los principios generales del derecho.

17 La clasificación derecho objetivo - derechos subjetivos ha sido criticada en la doctrina como generalista. Sin embargo, es útil para ciertas explicaciones específicas como esta.

18 Al respecto, para explicaciones adicionales, puede consultarse Rubio Correa (2023, pp. 269-272).

19 Kelsen (1979 [1960], p. 225).

ser resueltas por el juez. Es claro que nuestra Constitución no comparte los criterios kelsenianos, sino que, a la inversa, se inclina por la integración jurídica. Implícitamente, además, el texto constitucional reconoce que el derecho es un sistema compuesto no sólo por normas jurídicas positivas, sino también por principios generales y particulares, tanto del derecho nacional como de la costumbre.

Desde la perspectiva que hemos asumido, el artículo II del título preliminar del Código Civil tiene estrecha conexión con el transcrito artículo 139, inciso 8, de la Constitución pues la naturaleza jurídica del abuso vendría definida por la existencia de una laguna del derecho. Sin embargo, ambas normas son distintas entre sí. El artículo constitucional se refiere a cualquier situación en general en la que el juez pueda encontrar defecto o deficiencia en el sistema jurídico positivo. En cambio, el artículo II, referente a abuso del derecho, es más específico aún y se refiere a una laguna con las siguientes características:

- Existe una norma positiva que reconoce un derecho.
- Se produce el ejercicio de ese derecho por un sujeto o por la omisión de dicho ejercicio.
- Ese ejercicio del derecho, o su omisión, tal como ha ocurrido, no está limitado ni prohibido por ninguna norma positiva.
- Sin embargo, se entiende que tal ejercicio contraría a las normas generales de convivencia social y, por lo tanto, que los tribunales deben restringir o prohibir esa particular manera de ejercitar el derecho<sup>20</sup>.

Así perfilado, a manera de resumen, el abuso del derecho asume las siguientes características:

- Es aplicable ante el ejercicio de los derechos subjetivo por los sujetos.
- El abuso ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho u omite su ejercicio de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios del derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social.

---

20 Dabin (1955) diría que el abuso derecho contraría las reglas de moralidad.

- El abuso tiene, así, conexión con el reconocimiento de las lagunas del derecho en nuestra legislación positiva.
- La existencia del abuso y la medida correctiva pertinente son determinadas por el magistrado judicial en aplicación de los procedimientos de integración jurídica<sup>21</sup>.

Fernández Sessarego tiene una concepción en la que coincidimos:

Al situarse el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender, a plenitud, cómo el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho<sup>22</sup>.

### 3.3. Algunas teorías sobre el abuso del derecho que no son aceptables

La doctrina ha elaborado paulatinamente la definición del abuso del derecho, y ha ido formulando propuestas que luego resultaron inapropiadas. No es posible hacer una enumeración detallada de todas ellas, pero sí podemos abordar las principales.

La primera y más sencilla consiste en establecer que el abuso del derecho es un ilícito civil, es decir, una manera de ejercitar los derechos expresamente limitada, prohibida o sancionada por la legislación. Si así fuera, es verdad, carecería de sentido estatuir el abuso del derecho como institución

---

21 Vale la pena señalar, a propósito de esto, que la teoría reconoce que la integración jurídica deber ser utilizada restrictivamente en la medida de que el órgano jurisdiccional asume la función de crear normas jurídicas (es decir, función legislativa). Con mayor razón habrá que tomar restrictivamente la aplicación de la institución del abuso del derecho, pues el magistrado lo que hace es restringir, por la vía jurisdiccional, un derecho reconocido por las normas positivas.

22 Fernández Sessarego (1992, p. 143).

diferenciada, pues bastaría con aplicar la norma restrictiva o de sanción correspondiente. En este contexto, el artículo II del título preliminar carecería de razón de ser.

Otra teoría señala que el abuso del derecho consiste en la intención dañosa del actor en el sentido de que ejerce su derecho para dañar a otro. Frente a esta definición cabe decir que, si el motivo determinante del actuar es la intención de causar daño, estamos claramente ante un ilícito civil regulado por la norma general de la responsabilidad civil extracontractual. En otras palabras, estamos ante el caso anterior ya desechado.

Una tercera teoría, variante de la anterior, es considerar como abuso el ejercicio de un derecho que ineludiblemente acarreará un daño contra tercero. Por ejemplo, es el caso del cobro coactivo de una deuda o de la construcción de un muro que tapa la vista del vecino sobre nuestro predio. En estos casos, no obstante, estamos ante la justificación que en términos generales contiene el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil, es decir, el ejercicio regular de un derecho.

Sistemáticamente, el inciso 1 del artículo 1971 del Código tiene una función muy precisa: el ejercicio del derecho mantiene su licitud cuando uno de sus efectos circunstanciales sea causar un daño a tercero. De hecho, ello ocurre frecuentemente desde que cada norma jurídica puede ser impuesta coactivamente por el Estado. Decir esto, desde luego, es algo cualitativamente distinto a afirmar que cualquier forma de ejercitar un derecho es, de por sí, regular y, en consecuencia, lícita y amparable<sup>23</sup>.

---

23 La sutileza resulta fundamental pues podemos encontrar las siguientes situaciones:

- El ejercicio de un derecho sin dañar ni estorbar. Es un típico ejercicio lícito del derecho subjetivo.
- El ejercicio de un derecho causando daño por la naturaleza misma del derecho ejercitado. Es el caso del embargo de los bienes de un deudor moroso. Estamos ante el caso del inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil.
- El ejercicio de un derecho causando daño o alterando la armonía de la vida social de manera tal que no parece razonable permitirlo de acuerdo a los principios del derecho, aunque tal manera de ejercitar el derecho no esté expresamente prohibida.
- El daño por dolo o culpa, por riesgo, o la violación de una norma restrictiva que configura ilícitos civiles.

Una cuarta teoría es la que considera que existe abuso del derecho cuando, al ejercitarlo, se causa daño a otro. De impacto, esta teoría, sin embargo, tiene limitaciones. Ellas son, principalmente, las siguientes:

- Ya hemos visto que muchas veces, el ejercicio regular de un derecho puede ser consustancial a la producción de un daño. Por lo tanto, no siempre causar daño implica un abuso o ilícito.
- De otro lado, no todo daño merece resarcimiento o indemnización. Sostener esto sería equivalente a convertir en norma absoluta a la teoría de la responsabilidad objetiva, criterio que la doctrina jamás ha buscado y que, por lo tanto, no puede explicar al abuso del derecho.

Hemos dejado para el final la teoría según la cual tras el ejercicio de los derechos debe suponerse como sustrato un interés serio y legítimo de parte del agente, planteamiento defendido principalmente por Jossierand. En esencia, esta teoría sostiene que tras todo derecho existe un interés social. Cuando el derecho se ejerce al margen de dicho interés, o en contravención a él, se configura un abuso.

Hay tres argumentos que la impugnan:

- No siempre es cierto que tras cada derecho reconocido pueda inferirse el interés serio y legítimo subyacente. Pretenderlo es equivalente a decir que tras cada norma positiva hay una clara *ratio legis*, o que tras cada institución jurídica hay una causa en el sentido tradicional que ha asumido la teoría de la causa en el derecho. Se sabe que ello no es así y, en consecuencia, sería sumamente grave atar el ejercicio de cada derecho, en cada circunstancia, a la evaluación (por lo demás subjetiva) de su conformidad o no con dicho interés.
- En segundo lugar, se ha dicho que no siempre el actor tiene un motivo legítimo para ejercitar su derecho. Muchas veces opta por él simplemente porque tiene el derecho, no porque encuentre una justificación. Establecer como causa determinante la conformidad del ejercicio con el interés serio y legítimo obligaría a un permanente examen de conciencia frente al actuar, y al recorte de la libre decisión de la persona, algo difícil de hacer inclusive cuando el interés correspondiente a cada derecho siempre pudiera ser inequívocamente identificado.

- En tercer lugar, los derechos son establecidos en respeto al principio de la libertad de actuar y la mejor prueba de ello es que cabe, al agente, renunciar voluntariamente al ejercicio de la inmensa mayoría de sus derechos. En otras palabras, los derechos suponen la libertad de elegir entre ejercitarlos o no. Establecer como criterio que ellos deben ajustarse al interés serio y legítimo, es sustituirlo a la libertad de actuar, lo que no parece admisible.

De esta manera, puede concluirse que en la calificación del abuso no intervienen necesariamente ni el daño infligido, ni lo ineluctable del daño al ejercitar el derecho, ni la existencia cuestionable de un interés serio y legítimo. Por coherencia técnica, tampoco interviene la intención o culpa en la producción del daño porque eso es materia propia de una institución distinta que es la responsabilidad civil.

### **3.4. El abuso del derecho dentro del Código**

En el articulado de los diferentes libros del Código, el abuso se menciona en diez oportunidades, específicamente, en los artículos 292, 329, 414, 632, 924, 1021, 1076, 1079, 1738 y 2060. Por la ubicación de los artículos, puede comprobarse que cuatro menciones se hacen en las áreas del derecho de familia, otras cuatro en la de derechos reales, una en la de contratos y dos en la de derecho internacional privado.

Casos especiales dentro de estas normas son los siguientes:

- El artículo 414, que se refiere al daño moral por abuso de autoridad en el caso de declaración judicial de filiación extramatrimonial. El abuso de autoridad no es propiamente un abuso del derecho subjetivo, sino de una atribución jurídica y está prevista en las leyes penales.
- Los artículos 1079<sup>24</sup> y 1738, que en libros distintos del Código aluden a fenómenos similares: el abuso del bien prendado o comodado por el detentador, casos en los cuales se lo hace responsable del deterioro o pérdida. Es de notar que el tratamiento específico es distinto en uno y otro caso: en la prenda existe el eximente de

---

<sup>24</sup> Derogado por la Ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, publicada el 1 de marzo del 2006.

responsabilidad cuando se «demuestr[a] que la pérdida o deterioro se habrían producido aun cuando no hubiese abusado del bien prendado», consideración que no aparece en el inciso 2 del artículo 1738. Fuera de esta diferencia, es claro que, en materia de prenda, se está tratando de un abuso sobre el bien directamente (y no de un abuso del derecho subjetivo en sentido estricto, pues el depositario carece de atribución para aprovecharse del bien); y que, en el caso del comodato, sí existe un abuso sobre los derechos propios del contrato respectivo. En ambos casos, si se repara, se está penalizando al infractor con las características del tratamiento de la mala fe más que del abuso del derecho. Esto es particularmente claro en el caso del depositario de la prenda.

Fuera de estos casos especiales, en general, de los once artículos citados, puede comprobarse que el tratamiento del abuso del derecho tiene las siguientes constantes:

- Se tiende a preferir que la consecuencia del abuso sea la invalidez del acto, de la atribución, o su suspensión, según cada caso. En ninguno de los artículos se niega que una de las consecuencias eventuales del abuso sea una indemnización, pero ella no parece ser la consecuencia propia de tal abuso.
- Es evidente que, en todos los casos, la determinación del abuso debe ser realizada por el juez. En la mayoría de los artículos señalados, esto está expresamente considerado y, en otros, está implícito. No parece factible, por lo tanto, decidir unilateralmente que existe abuso y obtener los correctivos del caso.

### **3.5. Los efectos de la constatación del abuso del derecho**

El propio artículo II del título preliminar del Código Civil establece las consecuencias del abuso del derecho, innovando positivamente frente al análogo artículo II del Código de 1936. En síntesis, ellas son las siguientes:

- El abuso del derecho no es amparado por la ley. Es evidente que aquí el legislador se refiere no a las leyes formales (aquellas aprobadas por el Congreso), sino al sistema jurídico en general. Es decir, la norma equivale a decir que, en el derecho, el abuso de los derechos no resulta amparado. Se trata, así, de una norma que trasciende el campo civil para regular todo el sistema jurídico.

- El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar el abuso. En otros términos, la protección es extendida aun para evitar una situación potencial de abuso.

Estas son las consecuencias propias del abuso del derecho según hemos comprobado del trabajo sobre los artículos específicos de los distintos libros del Código. Con ello, sostenemos que la referencia a «demandar indemnización» del artículo II es una recurrencia a la respectiva parte de responsabilidad civil y no constituye una consecuencia consustancial al abuso en sí mismo.

La gama de consecuencias normativas para efectos del abuso del derecho es, así, distinta a la correspondiente a la responsabilidad civil, lo que abona sobre la distinta naturaleza de ambas instituciones.

Naturalmente, esta es una interpretación sistemática y de *ratio legis* de las distintas normas que versan sobre el abuso del derecho dentro del Código, con todas las limitaciones que estos métodos de trabajo conllevan, pero la estimamos consistente a la luz de las normas establecidas.

### **3.6. Los derechos de los que no se puede abusar**

Sabido es que todos los derechos tienen existencia y razón de ser sólo en la vida en sociedad. Sin embargo, tienen diversos círculos de aplicación. Algunos sólo pueden realizarse en la interacción activa de unos sujetos con otros como ocurre con los derechos a contratar, asociarse, reunirse pacíficamente, informar, expresar opinión, etc. Otros, por el contrario, tienen un círculo de realización más limitado: son de la persona en sí misma —aunque dentro de sus relaciones sociales—. Tal es el caso del derecho al nombre, imagen, intimidad, convicciones propias, etc. Según la doctrina, estos últimos derechos y sus similares no son susceptibles de ser ejercitados con abuso porque, no importa qué ejercicio se haga de ellos, en ningún caso se puede dañar a los demás, actual o potencialmente.

### **3.7. La dimensión constitucional del abuso del derecho**

Como ya indicamos, la Constitución, en la parte final de su artículo 103, establece que «[l]a Constitución no ampara el abuso del derecho». En ella se usa una redacción que es menos pulcra que la actual del Código Civil pues esta, como ya hemos visto, hace alusión al ejercicio y omisión abusivos de un derecho. Sin embargo, ya hemos consignado también que la significación de las dos expresiones es la misma.

El establecimiento de esta norma en la Constitución nos lleva a una polémica conocida para los constitucionalistas: la posibilidad de abusar del ejercicio de los derechos constitucionales.

En esto hay que tener sumo cuidado y ser restrictivo antes que laxo con la finalidad de no estorbar el adecuado y extenso ejercicio de los derechos constitucionales. Si bien se puede abusar en perjuicio de otros al ejercitar derechos como el de información u opinión, existen muchos derechos de cuyo uso no se puede hacer abuso como ha sido señalado en el párrafo anterior: varios de esos derechos son constitucionales. En esos casos, los derechos son de uso pleno y excluyente y, por lo tanto, no susceptibles de abuso.

Al respecto, el conocido constitucionalista español Francisco Fernández Segado dice lo siguiente para la jurisprudencia española:

El Juez de la Constitución se ha referido en algún caso a la existencia de límites necesarios que resultan de la propia naturaleza del derecho, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que pueda establecer el legislador. Así lo haría respecto de la libertad de enseñanza (art. 27.1), del derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6), del derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1, c) y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). // La infracción del límite objetivo intrínseco nos sitúa por lo general ante un fraude de ley, mientras que la vulneración de un límite subjetivo intrínseco nos coloca ante un abuso del derecho. Y a este respecto, conviene recordar que el Juez de la Constitución, haciendo suya la doctrina jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana, ha reiterado en numerosas ocasiones que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, por lo que si existiere exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales nunca podrá otorgarse el amparo, pues en sede constitucional solo es posible amparar el ejercicio lícito de los derechos [*sic*]<sup>25</sup>.

---

25 Fernández Segado (1994, pp. 103-104).

Los tribunales tienen el delicado encargo de hacer cumplir esta disposición constitucional de manera que sea una protección dentro del sistema jurídico<sup>26</sup>; pero también para que, simultáneamente, la aplicación extensiva de los derechos constitucionales no sea mellada: el abuso del derecho es una institución protectora y no puede ser convertida en una de naturaleza restrictiva para el ejercicio de los derechos.

### 3.8. Ejemplos de abuso del derecho

Alberto Rey de Castro señala varios casos del derecho comparado:

Las aplicaciones prácticas de la teoría del abuso de derecho en la jurisprudencia comparada se manifiestan, entre otros, en los siguientes casos: corrección excesiva de los hijos por los padres, emancipación del hijo con el solo fin de sustraerlo del cuidado de la madre; acción de desahucio contra el inquilino de un inmueble, la cual, dadas las circunstancias, lleva a la consecuencia inhumana de una desocupación desastrosa para una familia pobre y con niños muy pequeños o enfermos; rompimiento inmotivado de los tratos preliminares de un contrato; ciertas rescisiones contractuales injustificadas; rehusamiento para contratar con determinadas firmas en ofertas abiertas al público; acuerdos de los órganos de las sociedades comerciales para dañar a las minorías; dividendos que no se inspiran en el interés social; construcciones que tienen como objeto velado mortificar a los vecinos; uso de la radiotelefonía que perturba la recepción radial en las inmediaciones; elección de un jurisdicción perjudicial para el demandado; embargos notablemente exagerados; dilación en el pago de una indemnización a cargo del asegurado, mecerías, oposiciones, pedidos de nulidad, etc. con el exclusivo fin de dilatar los juicios; huelgas y *lockouts* abusivos; boicots; listas negras<sup>27</sup>.

---

26 El Tribunal Constitucional ha dictado varias sentencias sobre abuso del derecho en el ámbito constitucional. Los casos principales que conocemos son los siguientes: STC 10575-2006-PA, STC 0050-2004-AI, STC 0340-2003-AA, STC 0410-2002-AA, STC 0858-2003-AA, STC 0999-2001-AA, STC 3101-2003-AA, STC 3315-2004-AA, STC 3330-2004-AA, STC 5396-2005-PA, STC 6712-2005-HC.

27 Rey de Castro (1972, p. 186).

En el Perú hay un caso histórico que puede desarrollarse con extensión y es el de la manera cómo la televisión peruana informó al público sobre los sucesos de El Sexto en abril de 1984. Producido un motín con captura de rehenes, los delincuentes procedieron a la realización de diversos actos de grave violencia para presionar a las autoridades y facilitar su fuga.

En el marco de la libertad de información reconocida por la Constitución y el Gobierno, y también en el de la competencia abierta entre las empresas de difusión, cada uno de los canales, durante alrededor de ocho horas, presentó en vivo y en directo los actos más crueles de lesiones y asesinato llevados a cabo por los delincuentes. Que ello se hiciera inclusive interrumpiendo programas infantiles —secularmente transmitidos en dichas horas— fue irrelevante para la decisión informativa y, por todo ello, miles de padres de familia, autoridades, e inclusive periodistas serenos, manifestaron su disconformidad y rechazo.

Desde el punto de vista jurídico, no se puede encontrar norma que prohíba a los canales de televisión informar de cualquier suceso, a cualquier hora y ante cualquier televidente. La cobertura informativa realizada aquella tarde de abril de 1984, en rigor, no fue pues ilícita. Sin embargo, si apreciamos más extensamente el daño moral y educativo hecho a los niños y a la conciencia social general ante la presentación de esas escenas, no podemos sustraernos a la constatación de que fue una jornada negativa, y, en términos específicos, violatoria de los deberes de respeto a la cultura, educación y formación de la personalidad de los televidentes. Con posterioridad a los hechos, hubo muchos pronunciamientos públicos sobre la inconveniencia de este espectáculo y hay razones poderosas para argumentar que, si las autoridades hubieran regulado el momento de la información, no se habría agraviado ninguna libertad ni ningún principio democrático. Al contrario, se habría prestado un servicio al país, por ejemplo, autorizando la información en horas en las cuales los mayores hubieran podido administrar el uso de los aparatos de televisión.

No se trata, entonces, de que ciertos episodios no sean informados. Sí, de que esa información sea administrada con madurez y al margen de motivaciones puramente competitivas. Es claro que, en abril de 1984, los medios televisivos nacionales ejercieron su derecho a información, no cayeron en ilicitud, pero sí abusaron de su derecho a informar al hacerlo de esa manera y en aquellas horas.



## Módulo de trabajo 2

(<https://forms.gle/6yMCtScxPkkPF3g96>)

### 4. La aplicación de la ley en el tiempo: retroactividad, irretroactividad y ultraactividad

**Artículo III.-** La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

Aplicar las normas jurídicas en el tiempo no debiera ser un problema desde que cada una de ellas tiene una vigencia claramente establecida:

- La vigencia se inicia en un momento determinado y cierto<sup>28</sup>.

---

28 La Constitución vigente entró a regir el 31 de diciembre de 1993. Hubo alguna controversia al respecto; sin embargo, el Tribunal Constitucional zanjó la discusión de la siguiente forma: «La Constitución de 1993 establece en su artículo 154.º, inciso 2), que el Consejo Nacional de la Magistratura tiene como función ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Es evidente que dicha regla solo pudo entrar en vigor desde el día siguiente a la promulgación y publicación del texto constitucional respectivo, hecho acontecido, según se conoce, hacia el 31 de Diciembre de 1993 [sic]» (STC 2409-2002-AA, 7 de noviembre del 2002, § 3). La promulgación de la Constitución de 1993 fue el 29 de diciembre de 1993, se publicó al día siguiente (30 de diciembre) y entró a regir al día siguiente de que todo esto ocurriera, es decir, el 31 del mismo mes. Las leyes entran en vigencia al día siguiente de su promulgación y publicación según el artículo 109 de la Constitución salvo que ella misma indique que tal inicio de vigencia se postergue en el tiempo. Los decretos y resoluciones de carácter general, cuando deben ser publicados,

- Concluye en otro momento determinado y cierto<sup>29</sup>.

Es verdad que, a veces, la derogación tácita de normas hace difícil saber si una determinada disposición fue derogada o no. Este es un problema conceptual que debe ser determinado mediante los procedimientos de análisis del caso. Pero, una vez decidido si ocurrió o no la derogación, o modificación, la fecha será siempre cierta.

Por consiguiente, en sentido estricto, no hay margen para que exista un problema de aplicación en el tiempo. Sin embargo, ese problema se presenta constantemente, se discute y es materia de discrepancia abierta, en general y en los casos concretos. Es por ello que pretendemos dar al tema el mayor desarrollo posible.

Normalmente, los textos se refieren a este tema como uno de *aplicación de la ley en el tiempo*. Nos parece un enunciado equivocado porque este problema atañe a toda norma general sin importar que sea ley o norma de características diferentes. Puede tratarse, incluso, de normas que provengan de precedentes jurisprudenciales. Cada vez que hay una norma general, ella es susceptible de generar problemas de aplicación temporal. Por eso preferimos hablar de *aplicación de la norma jurídica general en el tiempo*.

Al hacer aplicación en el tiempo, tenemos en primer lugar que clarificar los conceptos con los que trabajamos. Ellos pertenecen a dos grupos. El primero es el que se refiere a la forma de aplicación según un determinado momento de vigencia de la norma y aquí hay tres conceptos: *retroactividad*, *aplicación inmediata* y *ultraactividad*. El segundo grupo de conceptos tiene que ver con la consecuencia de aplicar las normas retroactiva, inmediata o ultraactivamente y se relaciona con las teorías de los derechos adquiridos y los hechos cumplidos.

#### **4.1. La aplicación inmediata, retroactiva y ultraactiva de una norma general**

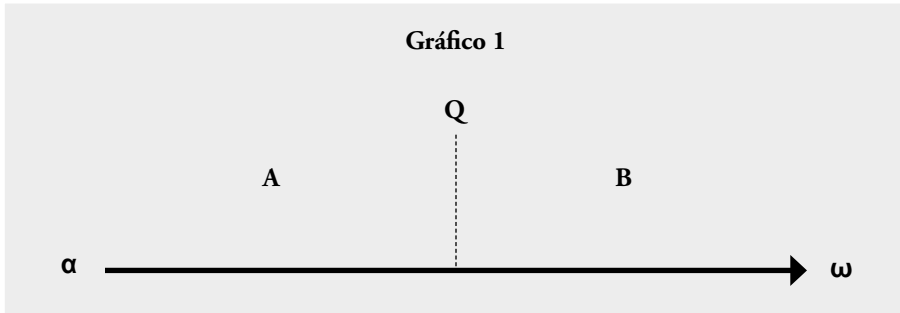
Los problemas de aplicación de las normas generales en el tiempo se presentan cuando una disposición jurídica, o un conjunto de ellas, son

---

entran en vigencia al día siguiente de su promulgación y publicación según la Ley del Poder Ejecutivo (Decreto Legislativo 560).

29 Cuando otra norma la deroga o modifica, o cuando la misma norma contiene la fecha en que cesan sus efectos jurídicos (por ejemplo, la Ley de Presupuesto que rige hasta el 31 de diciembre del año respectivo).

modificadas o derogadas por otras que empiezan a regir una vez promulgadas y publicadas. Como habrá diferencia en los mandatos de las primeras y segundas normas, eventualmente contradicción abierta entre ellas, aparece la urgencia de definir si habrá aplicación retroactiva, inmediata o ultraactiva. El siguiente cuadro grafica esta temática:



$A$  es la primera norma aplicable a la situación. Luego, a partir de  $Q$  —que es un momento determinado en el tiempo—, es derogada y sustituida por  $B$ , que viene a ser la nueva norma jurídica aplicable.  $Q$  es, entonces, el «punto de quiebre» entre la antigua y nueva normatividad y puede ser definido como aquel momento en el cual la nueva disposición legal  $B$  entra en vigencia, derogando expresa o tácitamente a la antigua disposición  $A$ .

El punto  $Q$  es aquel momento en el que  $A$  deja de tener vigencia por ser derogada, y el de iniciación de la vigencia de la norma  $B$ .

De acuerdo con las diversas disposiciones constitucionales y legales, el punto  $Q$  está claramente definido para cada caso:

- Cuando se trata de leyes o normas de rango similar (como los decretos legislativos), su vigencia se inicia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia norma que postergue su vigencia en todo o parte (artículo 109 de la Constitución).
- Cuando se trata de decretos supremos, el artículo 11, inciso 3, de la Ley 29158, prescribe que rigen desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición expresa en contrario dentro del mismo texto<sup>30</sup>.

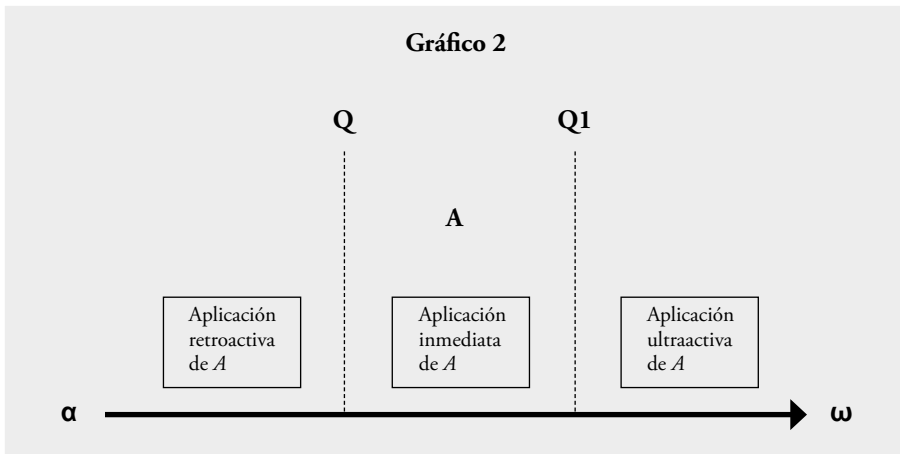
---

30 Según el Decreto Legislativo 560, las resoluciones supremas rigen desde el día en que son notificadas. Ocurre, sin embargo, que, de acuerdo con tal decreto, las

De esta forma, cuando se propugna que la norma *B* rija antes del momento *Q*, estamos pretendiendo que se haga aplicación retroactiva de ella, pues se propone que sea obligatoria desde antes de su vigencia.

A la inversa, cuando se propugna que la norma *A* rija luego del momento *Q*, estamos pretendiendo que se haga aplicación ultraactiva de ella, pues se propone que sea obligatoria después de haber sido formalmente derogada.

Si partimos de dos afirmaciones correctas que son «toda norma debe regir a partir de su vigencia» y «dicha vigencia se mantiene hasta que la norma sea derogada o modificada», podremos bien comprender que, en principio, la retroactividad y ultraactividad resultan vigencias de por sí excepcionales. En otras palabras, si analizamos la existencia de una ley, podemos trazar este nuevo gráfico:

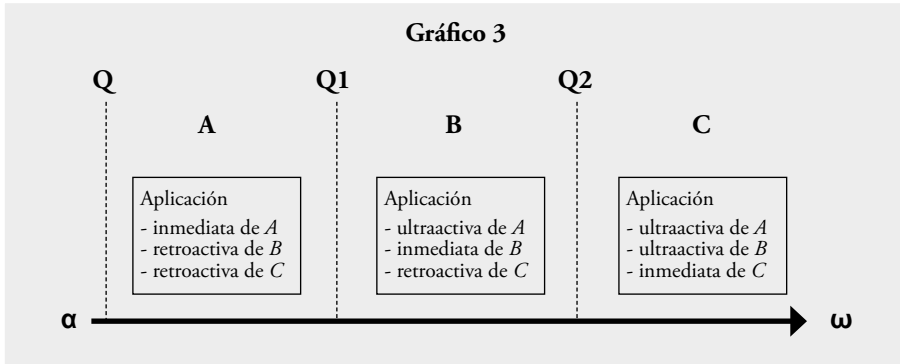


La ley *A* entró en vigencia en el momento *Q* y fue derogada en el momento *Q1*. Antes de *Q* es aplicada retroactivamente. Entre *Q* y *Q1* es aplicada inmediatamente. Luego de *Q1* es aplicada ultraactivamente.

Si ahora sintetizamos los dos cuadros antes elaborados, y añadimos una tercera norma *C*, podremos ver las diversas etapas y superposiciones posibles:

---

resoluciones no pueden contener disposiciones de carácter general, hecho usualmente incumplido.



En el gráfico 3, las situaciones expresadas son las siguientes:

1. El punto  $Q$  determina el inicio de la vigencia de la normatividad sobre el tema mediante la norma  $A$ . Esto significa:
  - 1.1 Que antes de  $Q$  no hay norma aplicable, y, por lo tanto, allí la norma  $A$  sería aplicada retroactivamente.
  - 1.2 Que a partir de  $Q$  entra en vigencia propiamente dicha la norma  $A$ .
2. El punto  $Q1$  determina el momento en que entra en vigencia la norma  $B$ , derogando a la norma  $A$ . Esto significa:
  - 2.1 Que antes de  $Q1$  la aplicación de la norma  $B$  sería retroactiva.
  - 2.2 Que a partir de  $Q1$  entra en vigencia propiamente dicha la norma  $B$ .
  - 2.3 Que a partir de  $Q1$  la norma  $A$  sólo puede ser aplicada ultraactivamente.
3. El punto  $Q2$  determina el momento en que entra en vigencia la norma  $C$ , derogando a la norma  $B$ . Esto significa:
  - 3.1 Que antes de  $Q2$  la aplicación de la norma  $C$  es retroactiva.
  - 3.2 Que a partir de  $Q2$  entra en vigencia propiamente dicha la norma  $C$ .
  - 3.3 Que a partir de  $Q2$  la norma  $B$  sólo puede ser aplicada ultraactivamente (y también la norma  $A$ ).

De esta manera, las combinaciones de tres normas distintas sobre la base de su vigencia propiamente dicha, su retroactividad y ultraactividad, pueden llevar a que, en un lapso determinado —por ejemplo, el que transcurre entre *Q1* y *Q2*—, pueda considerarse que las tres normas son susceptibles de regir en un sistema jurídico respectivo a pesar de que, en tal lapso, sólo está vigente, estrictamente hablando, una de ellas. Naturalmente, si en vez de tres preceptos tenemos varios más —algo obvio en el derecho—, el problema de cuál norma es la aplicable puede resultar muy complicado. Así ocurre, en efecto, muchas veces.

Un primer conjunto de elementos conceptuales útiles para tratar esta problemática es el de aplicación inmediata, ultraactiva y retroactiva de la norma jurídica.

*Aplicación inmediata* de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada.

Un ejemplo de aplicación inmediata de las normas jurídicas es el siguiente:

28. De otro lado, con relación al segundo extremo del petitorio, mediante el cual solicitan que se les reconozca la situación jurídica de funcionarios públicos del Servicio Diplomático de la República conforme a la Ley de Carrera Diplomática vigente a la fecha de sus incorporaciones, es decir, bajo los alcances de la Ley N.º 6602, este Colegiado estima que, conforme a la reforma del artículo 103º de la Constitución, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. En ese sentido, la Constitución consagra la tesis de los hechos cumplidos para la aplicación de las normas. Por tanto, la ley que regula el estatuto de diplomático de los recurrentes es la vigente Ley N.º 28091, que, por lo demás, establece en su artículo 13º que el retiro de los diplomáticos se produce al cumplir los 70 años de edad. Por tanto, este extremo de la demanda debe ser desestimado [*sic*]<sup>31</sup>.

---

31 STC 1875-2006-PA (5 de junio del 2006).

En esta sentencia se dice que, a pesar de que el interesado inició su carrera bajo la Ley 6602, ahora, mientras su carrera continúa (situación jurídica), ya está en vigencia la Ley 28091 y, en consecuencia, es esta y no aquella la que se le aplica ahora de forma *inmediata*.

Otro ejemplo de aplicación inmediata de las normas jurídicas es el que trae esta sentencia del Tribunal Constitucional, aplicable a la jurisprudencia y no a las normas legislativas:

7.- De esta manera, se ha aplicado el *prospective overruling*, que consiste en un mecanismo mediante el cual todo cambio en la jurisprudencia no adquiere eficacia para el caso decidido sino para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido. En el caso de autos, la Resolución N.º 381-2002-CNM fue emitida el 17 de julio de 2002; es decir, de manera previa a la emisión de la sentencia que configura el nuevo precedente, razón por la cual la demanda de autos no puede ser estimada [*sic*]<sup>32</sup>.

El Tribunal Constitucional puede cambiar sus criterios de resolución de casos, es decir, si, ante un caso de determinadas características, ha dicho «sí» hasta ahora, de hoy en adelante puede decir «no», lo que naturalmente deberá expresarse de manera explícita y fundamentada. Esto es importante porque las sentencias del Tribunal Constitucional crean precedentes y, consecuentemente, los posteriores casos iguales a anteriores ya resueltos deberán, en principio, salvo que haya cambio de opinión, ser resueltos de la misma manera en que lo fueron los primeros.

En la sentencia que acabamos de citar, el Tribunal había cambiado de criterio de resolución sobre un tema específico con posterioridad al 17 de julio de 2002. El demandante en el proceso de amparo que hemos citado había recibido una sentencia precisamente el 17 de julio de 2002 y pidió, posteriormente a esa fecha, que el nuevo criterio le fuera aplicado, con lo que la sentencia del 17 de julio de 2002 debía ser modificada. El Tribunal negó este pedido argumentando que el nuevo criterio regía para los nuevos casos que resolviera, pero que no se podía aplicar a los ya resueltos antes del cambio de criterio. Es una concepción de *aplicación inmediata* de los criterios jurisprudenciales de resolución.

---

32 STC 8628-2005-PA (6 de enero del 2006).

*Aplicación ultraactiva* de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita<sup>33</sup>, es decir, luego de que termina su aplicación inmediata.

Un ejemplo de aplicación ultraactiva de la norma es el siguiente:

Este Colegiado reitera que, por aplicación ultraactiva del artículo 307° de la Constitución de 1979, corresponde al Congreso decretar, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de los responsables del golpe de Estado de 5 de abril de 1992 y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado. // Es pertinente exhortar al Congreso a efectos de que dicte la ley que regule el ejercicio de la acción pauliana contra los autores del Decreto Ley N.º 25418, en cuyo artículo 8º se dispuso dejar en suspenso la Constitución de 1979, violando así esa Carta Magna, y de todos los otros funcionarios, civiles, militares y policías, incurso en la responsabilidad de resarcimiento prevista en el referido artículo 307° de la anterior Constitución. De no aprobarse tal ley en un plazo razonable, los acreedores del Estado estarán autorizados para acogerse a las disposiciones pertinentes del Código Civil [*sic*]<sup>34</sup>.

Aquí el Tribunal Constitucional no da explicación de su criterio de aplicación ultraactiva del artículo 307 de la Constitución de 1979. La explicación está en la siguiente sentencia:

Mediante tal fundamento simplemente se quería enfatizar que hasta el 31 de diciembre de 1993 se encontraba vigente la Constitución de 1979, de manera que todos los que habían actuado con violación de ella -empezando, desde luego, con los golpistas del 5 de abril de 1992- eran y son pasibles de ser juzgados conforme a lo que disponía su artículo 307°, por encontrarse en ese entonces vigente. Se trata de un típico caso de aplicación ultraactiva de una norma

---

33 La derogación tácita y expresa están reguladas en el artículo I del título preliminar del Código Civil.

34 STC 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI (29 de enero del 2004, § 68).

constitucional, es decir, de la capacidad para regular hechos y conductas realizadas durante el tiempo en que ella estuvo en vigencia [*sic*]<sup>35</sup>.

En estas dos sentencias lo que el Tribunal sostiene es lo siguiente: cuando el 5 de abril de 1992 se dio un golpe de Estado por el entonces presidente constitucional de la República con el apoyo de casi todo su Consejo de Ministros<sup>36</sup>, regía la Constitución de 1979, cuyo artículo 307 establecía sanciones específicas para quienes, ejerciendo el poder, hicieran un golpe de Estado. Por consiguiente, quienes participaron de tal golpe de Estado debían ser sancionados en virtud de la norma antedicha. En el tiempo en que se emitieron ambas sentencias del Tribunal Constitucional que acabamos de citar (años 2003 y 2004), la Constitución de 1979 no estaba vigente porque había sido sustituida por la de 1993. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideraba que era necesario aplicar ultraactivamente el artículo 307 de la Constitución de 1979 y proceder a sancionar con él a quienes aprobaron el golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

*Aplicación retroactiva* de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

El caso típico de retroactividad lo trae el artículo 103 de la Constitución en materia penal al decir que «[l]a ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo».

Podemos encontrar un cuarto tipo que es la *aplicación diferida* y que es aquel caso en el que la norma es publicada pero no entra a regir inmediatamente sino en un momento posterior en el tiempo, expresamente indicado en sus disposiciones o en otras de rango superior. Es el caso de los tributos de periodicidad anual que, no importando cuando se promulguen y publiquen, entran a regir a partir del primero de enero del año siguiente. Así lo

---

35 STC 0014-2003-AI (10 de diciembre del 2003, § 18).

36 Hay que precisar, en aras de la verdad, que el presidente de ese Consejo de Ministros, Alfonso de los Heros, renunció al cargo que ejercía por estar en completo desacuerdo con el golpe de Estado. Se trata de un gesto poco común en nuestra política que lo enaltece como persona y ciudadano.

establece el artículo 74 de la Constitución: «Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación [...]».

De los cuatro tipos de aplicación mencionados, la aplicación retroactiva conoce aún dos modalidades:

- *Aplicación retroactiva restitutiva.* Es aquel caso en el que la aplicación retroactiva es absoluta, es decir, modifica totalmente los hechos, relaciones o situaciones ocurridos antes del momento *Q*. Esto incluye la modificación de sentencias. Un caso de ello es el previsto para la retroactividad penal benigna en el artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>37</sup>.
- *Aplicación retroactiva ordinaria.* Es aquel caso en el que la aplicación retroactiva modifica los hechos, relaciones y actuaciones anteriores al momento *Q*, salvo las sentencias judiciales que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada aplicando la norma precedente, hoy derogada.

Por otro lado, es interesante mencionar que esta limitación respecto a la aplicación de la retroactividad está determinada exclusivamente para normas, tal y como se ha adelantado en este acápite, siendo que, para los acuerdos privados, sí se encuentra permitida la aplicación retroactiva. Tal es el caso de, por ejemplo, la retroactividad de la ratificación regulada por el artículo 162 del Código Civil; o la retroactividad de la condición establecida en el artículo 177 del dispositivo, que establece que aquella puede ser prevista por acuerdo entre las partes.

#### **4.2. Las teorías de los derechos adquiridos y hechos cumplidos**

El tema de la aplicación de las normas generales en el tiempo se desarrolló con fuerza a inicios del siglo XX, cuando los desastres financieros que siguieron a la Primera Guerra Mundial en Europa obligaron a establecer normas que regularan los efectos de las leyes, especialmente en materia de

---

37 El artículo 82 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) señala lo siguiente: «Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución».

deudas impagas. Desde entonces, dos teorías que tienen multitud de variantes entre sí se han disputado alternativamente la mejor interpretación posible de la problemática y, en esencia, son las siguientes:

- *La teoría de los derechos adquiridos.* En esencia sostiene que, una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido. Es de origen privatista y busca proteger la seguridad de los derechos de las personas. Tiende a conservar las situaciones existentes y rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales.

Los *derechos adquiridos* fueron definidos de la siguiente manera en la teoría clásica: «aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos»<sup>38</sup>. Esta definición fue asumida expresamente por la jurisprudencia constitucional peruana desde muy temprano y ratificada en tiempos recientes<sup>39</sup>. Volvemos sobre ella en el capítulo final de síntesis.

Se diferencia entre *derechos adquiridos*, *facultades* y *expectativas*. Las *facultades* son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el derecho y, en tanto tales, no son derechos y no pueden ser adquiridas. Por ejemplo, si yo tengo la facultad de tomar un examen escrito o un examen oral en el curso que dicto, esta facultad puede ser cambiada por los reglamentos universitarios sin que yo pueda alegar que me están recortando *derechos adquiridos*. De otro lado, las *expectativas* son previsiones no protegidas jurídicamente de que yo pueda, eventualmente, llegar a tener tal bien o cosa. Por ejemplo, si es posible que me vendan una casa, tengo expectativa de volverme

---

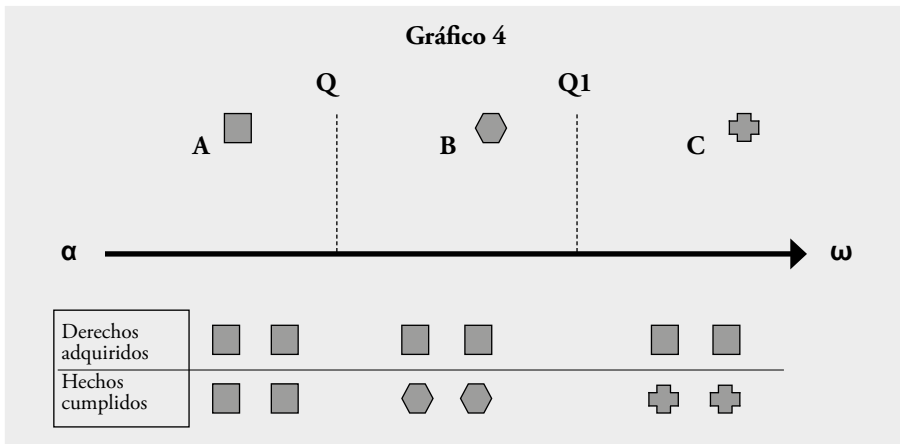
38 Areco (1948, p. 56).

39 «En el FJ. 15 de la STC N.º 008-1996-AI, se precisa que los derechos adquiridos son “aquellos que han entrado en nuestro dominio que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos” (STC 0001-2004-AI y 0002-2004-AI, 27 de septiembre del 2004, § 7).

su propietario; pero, mientras no me la vendan, lo que tengo es una expectativa, no un derecho y, consiguientemente, no puedo adquirirla.

- *La teoría de los hechos cumplidos.* Sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Entonces, si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a ésta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate. Es una teoría que privilegia la transformación del derecho a impulso del legislador (o de los tribunales en el caso de sentencias que crean precedentes vinculantes). Protege la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general.

Ambas teorías se pueden graficar de la siguiente forma:



En la teoría de los derechos adquiridos la norma *A* regirá todas las consecuencias de un acto jurídico celebrado bajo su aplicación inmediata y, por ello, luego de *Q* y *Q1*, se aplicará ultraactivamente en el caso. Es así que todas las seis consecuencias que ocurren en el tiempo tienen forma de cuadrado.

En la teoría de los hechos cumplidos, cada norma rige inmediatamente. Por ello, los dos primeros efectos tienen forma de cuadrado; los dos siguientes, de octógono; y los dos últimos, de cruz.

En la teoría de los hechos cumplidos, cada norma rige inmediatamente. Por ello, bajo *A*, los hechos tienen forma de cuadrado; bajo *B*, de octógono; y, bajo *C*, de cruz.

Estas teorías pretenden interpretar cuál es la aplicación correcta de las normas generales en el tiempo. Puede verse que la teoría de los derechos adquiridos produce como efecto el aplicar ultraactivamente las normas previas, ya modificadas o derogadas, más allá del momento en que tal modificación o derogación ocurrió. La teoría de los hechos cumplidos pretende aplicar siempre de manera inmediata las normas generales.

Pareciera que ambas teorías son completamente incompatibles entre sí, pero eso no es verdad: si nos fijamos en la primera parte del gráfico, veremos que ambas están de acuerdo en que, mientras la ley original no sea modificada, ella es la aplicable a los hechos que ocurran. La diferencia en los efectos de ambas se presenta a partir de la modificación legislativa: desde ese momento, por un lado, la teoría de los derechos adquiridos pretende la aplicación ultraactiva de las normas anteriores; y, por el otro lado, la teoría de los hechos cumplidos pretende la aplicación inmediata de la nueva norma a los hechos que ocurran bajo ella, aunque, desde luego, respeta que los hechos anteriores se entiendan regidos por la ley anterior, vigente cuando ellos ocurrieron.

#### **4.3. Los hechos, situaciones y relaciones jurídicas frente al conflicto de normas en el tiempo**

Tratamos de hechos, situaciones y relaciones porque son los conceptos a los que se refieren las normas del Código Civil —artículo III del título preliminar, y 2120 y 2121 de las disposiciones transitorias del mismo—.

Por *hecho jurídico* entenderemos todo suceso de la realidad que produce efectos para el derecho. Incluimos aquí tanto los hechos involuntarios —hechos jurídicos en sentido estricto— como los hechos que dependen de la voluntad humana —a los que se llama *actos jurídicos*—.

Por *situación jurídica* entendemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas, que recibe una persona al adoptar un *status* determinado frente al derecho. Así, serán situaciones jurídicas las de padre, marido, profesor, ministro, abogado, etc. En cada una de ellas, la persona involucrada se convierte en el eje al que asignan, y a partir del cual emanan todo ese conjunto de imputaciones jurídicas.

Por *relación jurídica* entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos —o más— situaciones jurídicas interrelacionadas. Así, son relaciones jurídicas las de los cocontratantes, las de marido y mujer, las de padres e hijos, las de cada acreedor y el respectivo deudor, etc.

Frente al problema de aplicación de normas en el tiempo, asumiendo como punto *Q* el punto de quiebre en el que una disposición *B* entra en vigencia derogando a la disposición *A*, que hasta dicho instante venía regulando la materia respectiva, cada uno de estos elementos conceptuales puede ubicarse de la siguiente manera:

1. Los hechos, situaciones o relaciones pueden haberse iniciado, desarrollado y concluido en sus efectos antes de *Q*.
2. Pueden iniciarse después de *Q* sin que hubiesen sido ni siquiera expectativas antes de dicho momento.
3. Pueden haberse iniciado antes de *Q*, pero pueden continuar existiendo o produciendo efecto luego de dicho momento, indefinidamente o hasta un determinado momento posterior.
4. Pueden haber ocurrido o tenido inicio antes de *Q* para tener consecuencias luego de dicho momento —bien porque así se estableció inicialmente, bien porque había una condición suspensiva, o bien por razones semejantes—.
5. Pueden haber sido expectativas<sup>40</sup> antes de *Q* y convertirse en realidad después de dicho momento. Por ejemplo, una pareja que contrae esponsales para casarse posteriormente y, entre la promesa de matrimonio y la fecha debida para el casamiento, aparece *Q*.
6. Puede haberse otorgado una facultad<sup>41</sup> de acuerdo con la norma *A* que fuera retirada por la norma *B* luego del momento *Q*. Tal es el caso de quien adquiere plena capacidad de ejercicio a los dieciocho

---

40 La *expectativa* puede definirse como la aspiración de una persona a obtener una imputación jurídica; pero en potencia, pues no se ha verificado el hecho o acto que permite hacerla actual.

41 Por *facultad* debe entenderse la atribución jurídicamente otorgada a una persona para actuar válidamente de acuerdo con el derecho en cierta rama de actividad. Es el caso del mayor de edad para ejercer por sí sus derechos, o el del abogado para ejercer la profesión. La facultad no implica, necesariamente, haber ejercitado los actos correspondientes.

años de acuerdo con la norma que así establece y, dos años después —momento *Q*—, se da una nueva norma según la cual la plena capacidad de ejercicios se otorga a los veinticinco años, con lo cual la persona involucrada la perdería por los cinco años siguientes.

De todos estos casos, solo dos primeros carecen de importancia para la problemática de la aplicación temporal de las normas. En los demás, sea cual fuere la solución, siempre puede plantearse bien el problema de retroactividad, bien el de ultraactividad.

#### **4.4. Los artículos 103 y 62 de la Constitución y III del título preliminar del Código Civil**

A partir de la vigencia de la Ley 28389, promulgada el 16 de noviembre del 2004, publicada el 17 de noviembre del 2004 y por tanto vigente desde el 18 del mismo mes, la regla esencial de aplicación de normas en el tiempo dentro del derecho peruano es el artículo 103 de la Constitución que manda lo siguiente: «La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo [...]».

Esta versión del artículo 103 de la Constitución, en lo referente a aplicación de las normas generales en el tiempo, establece las siguientes normas:

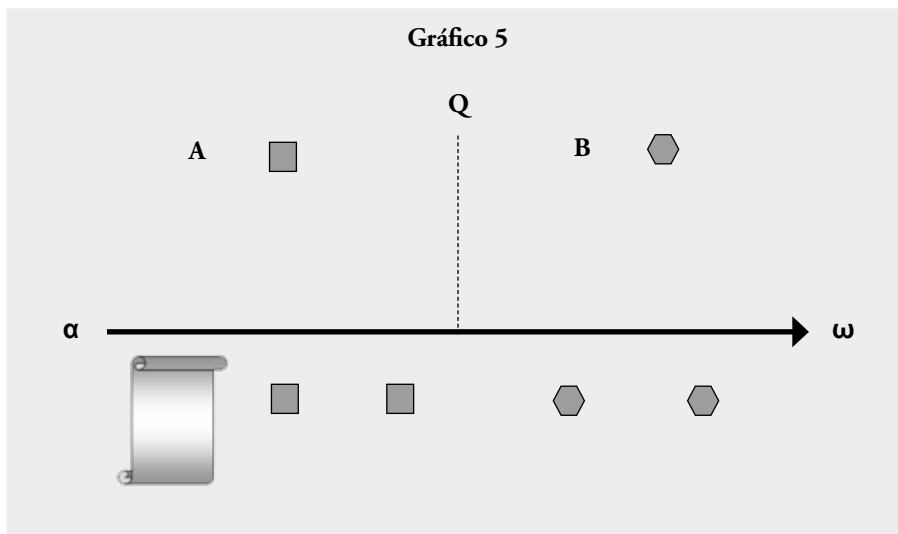
- Desde que la ley entra en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.
- La ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos salvo en materia penal cuando favorece al reo.

Como ya hemos dicho, a pesar de que el artículo se refiere sólo a la vigencia de la *ley* debemos entender que se refiere a la de cualquier norma de carácter general (de rango superior a la ley como la Constitución, de rango inferior como los decretos y resoluciones, o inclusive de rango equivalente como los decretos legislativos o de urgencia). La vigencia de la norma general es un fenómeno cierto en el tiempo: ocurre en un momento determinado y preciso. Puede discutirse si hubo o no derogación o modificación, pero, una vez decidido ello, la fecha es cierta.

Hay que notar que el artículo 103 de la Constitución manda que la norma general, desde su vigencia, se aplique a las *consecuencias* de las situaciones

y relaciones existentes. La situación o relación misma no son alteradas por la norma, sino sólo sus consecuencias.

Esto tiene que ver, nuevamente, con el gráfico que venimos utilizando.



Se puede ver que, si la situación o relación se inicia en un determinado momento (con un *contrato* que tiene forma de papel enrollado), bajo la vigencia de la ley *A* y bajo su misma vigencia se producen dos efectos jurídicos (en forma de cuadrado), para luego entrar en vigencia la ley *B* y producirse bajo esta nueva vigencia otros dos efectos jurídicos (en forma de octógono). La nueva ley (*B*) no afecta ni a la relación o situación jurídica anterior, ni a sus dos primeros efectos que siguen regidos por la ley *A*. Sólo afectará a los efectos tercero y cuarto, que ocurren durante la vigencia de *B*.

De tal manera que si, como ocurrió efectivamente en el derecho, la Constitución de 1979 modificó significativamente las reglas de la situación jurídica de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, hasta antes de esa fecha siguieron regiendo las discriminaciones entre estos hijos, pero, a partir de esa fecha, todos los hijos pasaron a tener igual condición en el derecho. Esto significa, en lo concreto, por ejemplo, que, si el padre de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio falleció antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, sus hijos fuera del matrimonio heredaron la mitad de lo que heredaron los nacidos dentro del matrimonio. Pero, si ese padre de familia falleció cuando ya estaba

vigente la Constitución de 1979, los hijos, nacidos dentro o fuera de matrimonio heredan igual<sup>42</sup>.

También el artículo 103 de la Constitución manda lo siguiente: «La ley [...] no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo».

Debemos entender nuevamente en este caso que la *norma general* (y no sólo la ley) es la que no se aplica retroactivamente. Recordemos que la aplicación retroactiva ocurre cuando pretendemos aplicar el mandato de esa norma a un hecho que ocurrió antes de su entrada en vigencia.

La excepción que contempla la Constitución es la que se conoce como *retroactividad penal benigna*. Ello quiere decir que, si una norma general de naturaleza penal es dictada en un momento cualquiera y resulta más beneficiosa para las personas que han cometido delitos o faltas, esa norma se les aplica en lo que las beneficia. De entre los muchos ejemplos que podemos poner destacarían los siguientes:

- Una persona realizó en el pasado un acto que, al cometerse, estaba tipificado como delito en una norma penal. El autor, por lo tanto, fue o debió ser perseguido penalmente, procesado y condenado. Si ayer salió una ley eliminando ese tipo delictivo del derecho nacional, entonces a partir de hoy esa persona no es delincuente, porque la conducta ya no es delictiva (aunque cuando él la cometió sí lo era). El efecto de la retroactividad penal benigna, en este caso, es aplicar la norma que elimina el delito desde hoy, a ese momento anterior en el que la persona cometió la acción cuando era considerada delictiva. En consecuencia, tal persona fue delincuente hasta ayer. Hoy ya no lo es por aplicación retroactiva de la norma sobre despenalización de esta conducta.
- Una persona comete un delito que tiene, digamos, entre ocho y diez años de pena privativa de la libertad. La sentencia impone al

---

42 No olvidemos que esto es así porque, de acuerdo a las reglas sucesorias, los bienes del causante pasan a propiedad de sus herederos en el momento de la muerte de tal causante, aunque la sanción procesal de ello vía una división y partición de la herencia, o vía un proceso judicial al respecto, se realice con posterioridad.

procesado la pena de ocho años que se viene cumpliendo. Ayer sale una ley modificatoria de esta pena que la fija en «no más de cinco años». Entonces, el reo de quien aquí tratamos, por efecto de la retroactividad penal benigna, recibe el reajuste automático de su pena a no más de cinco años a partir de hoy (que entra en vigencia la norma de reducción de la pena para este delito). Ello significa que, si ya había cumplido cuatro años de pena, estará un año más en prisión y saldrá libre. Pero también quiere decir que, si ya cumplió cinco o más años de pena, sale libre inmediatamente. Podría haber ocurrido que hubiera estado en prisión, digamos, siete años. Hoy resulta que, de acuerdo a la ley vigente en este momento habría cumplido dos años más de cárcel de los debidos. Sin embargo, no hay que olvidar que hasta ayer estaba válidamente condenado a ocho años de prisión y, por tanto, los siete años que llevaba en cárcel eran legítimos. Hoy ya no, porque al haber una pena máxima de cinco años, debe salir inmediatamente de prisión para no estar injustamente detenido según las reglas que entraron en vigor a las 00:00 horas de este día.

Un tema importante proveniente de la jurisprudencia constitucional consiste en que una norma legal declarada inconstitucional no puede producir efectos retroactivos benignos (además, desde luego, de no producir efectos inmediatos). Lo único que no podrá revisarse serán aquellas sentencias que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada:

Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando. // Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, supra, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla. // 62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82º

del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales. // 63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. // 64. Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial El Peruano, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada. // Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable [*sic*]<sup>43</sup>.

En la misma sentencia, se dice lo siguiente:

No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente. // La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que

---

43 STC 0019-2005-PI (21 de julio del 2005, § 61-64).

resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación. // De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución. // La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos<sup>44</sup>.

El artículo 103 de la Constitución, en la parte que hemos comentado hasta aquí, aplica la teoría de los *hechos cumplidos* en materia de aplicación temporal de normas porque exige que cada una de ellas sea aplicada durante su período de aplicación inmediata, prohibiendo como regla general la ultraactividad de la norma previa o la retroactividad de la norma subsiguiente, salvo la retroactividad penal benigna.

En el mismo sentido legisla el artículo III del título preliminar del Código Civil, que manda lo siguiente: «La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú».

Este artículo no tiene hoy la fuerza operativa práctica que tuvo en el pasado, porque su contenido normativo ya está en la Constitución desde la vigencia de la modificación a su artículo 103, establecida por la señalada Ley 28389. Antes de esta ley, la redacción del artículo 103 de la Constitución decía lo siguiente: «Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».

Como se puede apreciar, este dispositivo no establecía con claridad cuál era la opción elegida por el constituyente entre la teoría de los derechos adquiridos y la del hecho cumplido. Por ello, el artículo III del título preliminar complementaba, como parte del *bloque de constitucionalidad* de este tema, al artículo 103 de la Constitución. Así lo dijo, por lo demás, el Tribunal Constitucional antes de la ley 28389 y muy al principio de su existencia institucional:

---

44 STC 0019-2005-PI (21 de julio del 2005, § 52).

El legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el Artículo III del título preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes<sup>45</sup>.

De manera que la posición elegida como criterio general por el legislador (y el constitucionalismo) peruano, en relación a la aplicación de las normas generales en el tiempo, es la teoría de los hechos cumplidos. Antes de la Ley 28389, esta decisión estaba contenida en el artículo 103 de la Constitución concordado con el artículo III del título preliminar del Código Civil. Ahora, desde la vigencia de la Ley 28389, está plenamente incorporada en el artículo 103 de la Carta. No obstante, hay que precisar que este análisis general debe ser cotejado con el artículo 62 de la misma Constitución que establece un caso de aplicación de la teoría de los derechos adquiridos: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes y otras disposiciones de cualquier clase [...]».

Aquí se establece que un contrato perfeccionado válidamente, según las normas existentes al tiempo en que fue hecho, se sigue rigiendo por dichas normas, aun cuando ellas fuesen modificadas por otras posteriores, pues estas últimas no pueden modificar sus términos.

En este caso, se ha establecido el principio de la aplicación ultraactiva de las normas existentes al momento del perfeccionamiento del contrato para todo el tiempo de vigencia de este último, no importando qué cambios legislativos posteriores sean realizados.

Ahora bien, el Código Civil regula los contratos conforme a la siguiente definición:

---

45 STC 008-96-I (23 de abril de 1997, § 17).

**Artículo 1351.-** Definición.

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En ese sentido, cabría preguntarse si, cuando los constituyentes elaboraron el artículo 62, quisieron decir *contratos* o utilizaron esa palabra para referirse a *actos bilaterales* —es decir, a acuerdos de voluntades tuvieran o no contenido patrimonial—. Fuese cual fuese la respuesta a esta pregunta, el texto se refiere exclusivamente a los contratos y, por consiguiente, hay que deducir que quisieron referirse sólo a los acuerdos de contenido patrimonial.

De esta manera, haciendo una síntesis, podemos decir que el tratamiento combinado del tema de aplicación de normas en el tiempo entre la Constitución y el artículo III del título preliminar del Código Civil es el siguiente:

- El principio general recogido por el artículo 103 de la Constitución y el III del título preliminar del Código Civil es el de la no aplicación retroactiva de las normas jurídicas salvo el caso de la retroactividad penal benigna.
- De acuerdo con la aplicación combinada de las dos normas indicadas, la teoría del hecho cumplido es la que tiene aplicación como regla general dentro del Perú, lo que conduce a la aplicación inmediata de las normas jurídicas.
- La Constitución hace una excepción a estas reglas para el caso de los contratos —acuerdos de contenido patrimonial—, los que, según el artículo 62 de la Carta, no son modificados por las normas posteriores a ellos.

#### **4.5. Los artículos 103 y 62 de la Constitución y III del título preliminar del Código Civil**

El Código Civil se ocupa del tema no sólo en el artículo III, sino también en varias otras normas a lo largo de su texto. Hay una concentración de ellas entre las disposiciones transitorias, por lo que les daremos un tratamiento preferente, para luego analizar las demás normas que al respecto traen los distintos artículos del Código.

##### **4.5.1. Las disposiciones transitorias**

La naturaleza de los artículos involucrados hace conveniente dividir su tratamiento en tres partes.

#### 4.5.1.1. Los artículos 2114, 2115 y 2116

Existe un primer grupo de estas normas que no ofrece problema y son los artículos 2114 y 2116 los que, estrictamente, son normas declarativas que se limitan a reconocer mandatos ya establecidos en la Constitución.

El artículo 2114 señala lo siguiente:

**Artículo 2114.-** Las disposiciones relativas a los derechos civiles consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú se aplican a partir del trece de julio de mil novecientos setentinueve.

Este artículo debe ser concordado con la primera disposición transitoria de la Constitución de 1979 según la cual los derechos de la persona contenidos en el artículo 2 —entre otros— regían desde el día siguiente a la promulgación y sanción de tal Constitución, fecha que corresponde al 13 de julio de 1979.

El artículo 2116 señala lo siguiente:

**Artículo 2116.-** Las disposiciones de los artículos 818 y 819 se aplican a los derechos sucesorios causados a partir del veintiocho de julio de mil novecientos ochenta.

Los artículos 818 y 819 están referidos a la igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres, que ya había sido establecida en el último párrafo del artículo 6 de la Constitución de 1979. Según la primera disposición transitoria de esta Carta, este artículo debía entrar en vigencia «al instalarse el gobierno constitucional», fecha que fue precisamente el 28 de julio de 1980. Por lo tanto, también es norma declarativa.

Asimismo, ofrece pocos problemas el artículo 2115 que, siguiendo una antigua y necesaria tradición, reconoce el valor de las partidas de registros parroquiales extendidas antes del 14 de noviembre de 1936 según las leyes anteriores correspondientes. Se refiere esta norma a los casos en los cuales los registros parroquiales daban fe de determinadas situaciones y hechos en tanto no existía el registro civil en plena operación. No se podría quitar a dichos documentos sin causar un inequitativo daño a quienes han fundado sus derechos, situaciones y relaciones en dichas partidas durante decenios.

#### 4.5.1.2. Los artículos 2120 y 2121

Los numerales 2120 y 2121 han desatado una ardua polémica y, además, presentan un evidente problema de interpretación.

El artículo 2121 es simétrico al mandato del artículo III del título preliminar, adaptado naturalmente a su carácter de norma transitoria:

**Artículo 2121.-** A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes.

En realidad, este texto reafirma nuestra posición de que la teoría adoptada por el legislador ha sido la de la teoría de los hechos cumplidos. La fundamentación de esta interpretación del texto del artículo 2121 es la misma que la dada para el artículo III.

Sin embargo, el artículo 2120 crea una obvia confusión al establecer lo siguiente:

**Artículo 2120.-** Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca.

Una interpretación literal llevaría a concluir que, «reconozca» o no el Código de 1984 a los derechos nacidos, según la legislación anterior, de hechos realizados bajo su imperio, tales derechos se rigen por la legislación previa. En otras palabras, se estaría haciendo una aplicación ultraactiva del Código de 1936 —y eventualmente de normas anteriores— para *todos* los derechos existentes. De esta manera, el mandato del artículo 2120 sería totalmente contradictorio al del 2121 y, naturalmente, al del artículo III.

Planteados así los hechos, es obvio que hay aquí una imprecisión legislativa que deber ser superada por vía de interpretación y, a nuestro juicio, la solución se encuentra en la aplicación del método histórico de interpretación, combinado con el método sistemático.

Resulta que el artículo 2120 del Código vigente es idéntico, letra por letra, al artículo 1826 del Código de 1936 —excepto por el verbo *regir*, que constaba en este en futuro y, en el de 1984, en presente—. Es decir, lo que ha ocurrido es que el legislador de 1984 ha transcrito literalmente el artículo 1826 del Código de 1936 en el artículo 2120 del vigente. Esto es lo que conlleva al error conceptual materia de todo este equívoco.

En la sistemática del Código de 1936, a propósito de aplicación de normas en el tiempo, cabían tres posibilidades:

- El Código de 1936 trataba de derechos que también consideraba el Código de 1852 y, con la aplicación de las nuevas normas, no se violaban derechos adquiridos. Entonces, según el artículo 1824 del Código 1936, las normas de este resultaban aplicables.
- El Código de 1936 trataba de derechos que también consideraba el Código de 1852, pero, con la aplicación de las nuevas normas, se violaba derechos adquiridos. Entonces, según el artículo 1824 de 1936, se hacía aplicación ultraactiva de las disposiciones anteriores.
- El Código de 1936 no trataba de derechos que sí consideraba el Código de 1852. El artículo 1826 de 1936 establecía, en este caso, la aplicación ultraactiva de las normas precedentes. Este mandato resultaba perfectamente coherente con los dos puntos anteriores en la medida de que, siempre que había derechos adquiridos —los reconociera o no el nuevo Código de 1936 en aquel tiempo—, tales derechos se respetaban con aplicación ultraactiva de las normas anteriores.

Sin embargo, dentro de la sistemática del Código de 1984, la norma del artículo 2120 es de redacción equívoca al establecer la expresión «aunque este Código no los reconozca». Es canon de la interpretación jurídica, en primer lugar, optar por la solución que elimine contradicción en el legislador, tanto más si hablamos de artículos vecinos dentro del mismo cuerpo normativo. En este sentido, la interpretación más coherente de los mandatos del artículo III del título preliminar y de los artículos 2120 y 2121 consiste en que, cuando la materia haya sido regulada en el Código anterior y también en el nuevo, rige la teoría de los hechos cumplidos reconocida como principio general y, en consecuencia, las normas del nuevo Código tienen aplicación inmediata. Sólo cuando la materia haya sido tratada por el Código de 1936 y ya no sea tratada normativamente en el nuevo Código, estaremos ante la situación excepcional planteada por el artículo 2120. Por lo tanto, en este caso, sí se aplicará la teoría de los derechos adquiridos, y procederá la aplicación ultraactiva de las normas del Código de 1936.

Esta interpretación sistemática, ayudada por el análisis histórico de los artículos 1824 y 1826 del Código de 1936, es la única que, en nuestro

entender, hace compatible el artículo III del título preliminar con el artículo 2120, y también la que explica la repetición de la primera de las normas (el artículo III) en el artículo 2121.

#### 4.5.1.3. Los artículos 2117, 2118, 2119 y 2122

**Artículo 2117.-** Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de éste Código se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto éste lo permita.

El artículo es claro y consistente pues hace honor al principio que establece que la transmisión de los derechos hereditarios queda determinada a la muerte del causante (véase artículo 660 del Código). En esto no hay innovación conceptual, sino aplicación correcta de los principios tradicionales del derecho sucesorio. Obviamente, al aplicar esta norma hay que tener en cuenta el mandato constitucional de igualdad de derechos de los hijos, vigente desde el 28 de julio de 1980 según la Constitución de 1979, y ratificado por el artículo 2116 ya comentado.

La parte final del artículo establece que «se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto éste [el Código de 1984] lo permita». Aquí caben las siguientes posibilidades:

- Si hay disposiciones testamentarias ilegales de acuerdo con el nuevo Código, entonces serán válidas.
- En lo que exceda la cuota de libre disposición, o se haya preterido herederos forzosos de acuerdo con el Código vigente, regirán sus artículos 806 y 807, de los cuales se deduce que el testamento no caduca, sino sólo en el exceso de cada caso.
- A los testamentos hechos según las formalidades del Código de 1936 —y que sean distintas a las del Código vigente—, se les reconocerá validez formal si cumplieron aquellas, siempre que hayan sido hechos antes del 14 de noviembre de 1984.

Por lo demás, el sentido de este artículo 2117 es el mismo que, con redacción diversa, tenía el artículo 1830 del Código Civil de 1936.

**Artículo 2118.-** El testamento cerrado otorgado según el régimen anterior a este Código que estuviese en poder del testador o de cualquier otra persona, se considera revocado si el testador lo abre, rompe, destruye o inutiliza de otra manera.

La intención del artículo 20118 es hacer una excepción a lo establecido en el artículo 802 del Código vigente, según el cual el testamento cerrado queda inutilizado al ser retirado de la custodia del notario, en la medida de que el artículo 749 el Código de 1936 permitía la validez de un testamento cerrado aun cuando permaneciera fuera de dicha custodia, salvo que el testador lo rompiera o abriera, en cuyo caso quedaba revocado.

Se trata, asimismo, de un artículo coherente con el principio expresado en el artículo 2117, de dar toda la validez posible a los testamentos hechos antes del 14 de noviembre de 1984, siempre que se hubiera cumplido con las formalidades del Código de 1936.

**Artículo 2119.-** La persona que tuviere en su poder un testamento cerrado, otorgado según el régimen anterior a este Código, está obligada a presentarlo ante el juez competente, dentro de los treinta días de tener noticias de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación.

El artículo 2119 pone un plazo de treinta días frente a la indefinición que, sobre el punto, presentaba el artículo 697 del Código de 1936, que establecía lo siguiente: «La persona que conserve un testamento cerrado y ológrafo, debe presentarlo al juez tan luego tenga noticia de la muerte del testador, bajo pena de responder de los daños y perjuicios». La norma queda precisada y, por lo tanto, mejorada para efectos de regularizar las cosas a partir de la aplicación del Código de 1984.

De otro lado, es concordante con el artículo 708 del mismo Código de 1984, que establece similar plazo para el caso. En este problema, se corrigen las formalidades válidas de acuerdo con el Código anterior de manera expresa, ratificando así que, salvo en lo expresamente modificado, seguirán aceptándose las formalidades de la legislación previa cuando se trate de testamentos hechos antes del 14 de noviembre de 1984.

**Artículo 2122.-** La prescripción iniciada antes de la vigencia de este código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, esta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad.

El espíritu del artículo 2122 estaba ya en el 1833 del Código de 1936. La disposición está destinada a cubrir eventuales diferencias entre los plazos otorgados anteriormente, y los del nuevo Código. Esto supone dos hipótesis de conflicto.

- i. Si los plazos que la legislación anterior al nuevo Código daba para la caducidad eran menores que los actuales, regirán aquellos para las situaciones de caducidad que se iniciaron antes del 14 de noviembre de 1984. Vale la pena aclarar que esta hipótesis no se aplicaría a la prescripción, pues sus plazos no han sido ampliados en el nuevo Código.
- ii. Si los plazos que la legislación anterior al nuevo Código daba para la caducidad o la prescripción eran mayores, a partir del 14 de noviembre de 1984 podrán aplicarse los nuevos plazos más breves. Dos ejemplos aclararán la situación:
  - *Prescripción corta de inmuebles iniciada el 14 de noviembre de 1981.* Según el artículo 871 del Código de 1936, la adquisición de dominio hubiera ocurrido el 14 de noviembre de 1991 pero, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, rige el plazo de cinco años que establece su artículo 950, por lo que la adquisición ocurrió el 14 de noviembre de 1989.
  - *Prescripción corta de inmuebles iniciada el 14 de noviembre de 1977.* Según la norma de 1936, la adquisición de dominio hubiera ocurrido el 14 de noviembre de 1987. En virtud de su artículo 2122, el nuevo Código respeta este plazo porque, aplicar los cinco años de su artículo 950 a partir de su entrada en vigor, en realidad hubiera extendido la prescripción corta en dos años —a doce en total— para este caso, lo que hubiera sido contradictorio con la reducción de plazo prevista.

Así, el artículo 2122 ha tomado partido por el poseedor que va a prescribir antes que por el propietario. En esto es coherente con la teoría y presupuestos de la prescripción adquisitiva, los cuales pretenden regularizar las situaciones irregulares en materia de posesión y propiedad cuando hayan transcurrido un determinado número de años que el legislador considera adecuados para tal regularización. De esta forma, la prescripción adquisitiva perjudica al propietario que no utiliza lo que es suyo, o que no es diligente con su propiedad dentro de los mismos plazos.

#### **4.5.2. La aplicación temporal en el cuerpo del Código**

De una revisión integral del Código Civil vigente, puede apreciarse que, fuera del artículo III del título preliminar, y de las disposiciones transitorias,

el texto contiene normas de aplicación temporal en diecisiete oportunidades: once sobre asuntos de retroactividad o no retroactividad y seis sobre derechos adquiridos. Los derechos adquiridos están mencionados como expresión también en el artículo 2050, pero el sentido de esta disposición no está orientado a problemas de aplicación temporal.

Las referencias a situaciones de retroactividad se encuentran en los artículos 162, 377, 677, 1254, 1360, 1458, 1476 y 1956. Las referencias específicas a situaciones de no retroactividad son tres y se hallan en los artículos 177, 385 y 1372.

Todos estos casos se refieren a situaciones jurídicas que provienen directa o indirectamente de actos jurídicos personales, cuyos efectos operan retroactivamente, en la mayoría de los casos, por conveniencia, a la naturaleza misma de los actos ejecutados. No se trata, por lo tanto, de aplicación temporal de normas jurídicas de carácter general ni están considerados aquí efectos como la nulidad o rescisión en materia contractual, los cuales suponen la existencia del acto y no una consideración retroactiva.

De otro lado, el legislador no se olvidó de los derechos adquiridos como podría suponerse de lo dicho hasta aquí. Por el contrario, los menciona hasta en seis oportunidades dentro de los artículos 197, 888, 892, 1294, 1372 y 1810. Sin embargo, en todos los casos, las referencias son también a actos jurídicos privados y no al reconocimiento de estos derechos en virtud de aplicación de disposiciones normativas de carácter general.

Por lo tanto, la revisión de las normas del cuerpo del Código, ratifica la posición que hemos adoptado frente al artículo III del título preliminar: en reglamentación de las disposiciones que sobre la materia tiene el artículo 103 de la Constitución, la teoría de los hechos cumplidos es el principio general para la aplicación de las normas jurídicas.

#### **4.6. La aplicación en el tiempo de las normas procesales y leyes de interpretación auténtica**

Las normas procesales son generalmente aplicadas de manera inmediata, es decir, dictado un nuevo dispositivo sobre procedimiento, rige a los juicios en curso, aunque hayan comenzado bajo la vigencia de disposiciones distintas. Sin embargo, se acepta al mismo tiempo el mantenimiento de las reglas anteriores para ciertos asuntos específicos que no podrían adaptarse a las nuevas disposiciones sin causar problemas procesales. La norma al respecto

es la segunda disposición final del Código Procesal Civil: «Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado».

Por otro lado, está la interpretación auténtica de una ley anterior, hecha mediante una nueva ley interpretativa. Según la doctrina, esta segunda ley se entiende aplicable desde la vigencia de la primera —la interpretada— lo que en realidad constituye una aplicación retroactiva de sus normas, tampoco contemplada en el artículo 103 de la Constitución. Es probable que, en tal situación, la solución más coherente sea la de considerar una aplicación retroactiva ordinaria (véase *supra*) y no una restitutiva que atentara contra eventuales procesos judiciales cuyas sentencias hayan adquirido la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, esta solución sería doctrinal, no proveniente de los textos normativos de la Constitución y el Código Civil, los cuales guardan silencio frente al problema. Desde estos, inclusive, la solución *más apegada a la letra* parece ser que la ley interpretativa rige desde que entra en vigencia y que sus efectos no pueden ser propiamente retroactivos<sup>46</sup>. Esta es otra clara deficiencia del artículo 103 de la Constitución.

Desde luego, aquí hablamos de leyes de interpretación auténtica de otras leyes y no de las leyes que pretenden ser interpretación auténtica de la Constitución. La interpretación auténtica es la que hace el mismo órgano que dictó la norma anterior. Por ello, no hay interpretación auténtica de la Constitución: el Congreso puede modificarla por el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución, pero no es el órgano que la dictó y, por consiguiente, no puede interpretarla auténticamente. Las impropiedades llamadas *leyes de interpretación auténtica de la Constitución* son leyes comunes que están sometidas al control de constitucionalidad de acuerdo con el texto constitucional tal como figura en la Carta.

---

46 En materia de leyes interpretativas, a veces ocurre que el órgano legislativo dicta una disposición modificatoria llamándola *interpretativa*. Así, se presenta la situación de que materialmente se trata de una nueva norma, aun cuando formalmente no. Esto puede prestarse a abusos que, en todo caso, corresponde solucionar por vía jurisprudencial.

#### 4.7. Las reglas constitucionales sobre aplicación temporal y contratos

- *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación concordada de los artículos 62 y 2, inciso 14, de la Constitución.* Como se puede corroborar en las sentencias citadas en este punto, el Tribunal Constitucional ha establecido que estos artículos de la Constitución siempre deben concordarse cuando se trata de analizar el tratamiento constitucional de la libertad de contrato.

También dice que los contratos no pueden ir contra normas de orden público, lo que incluye que, si se dicta una norma de orden público con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, el mandato de tal ley primará sobre el contenido del contrato.

El Tribunal Constitucional dice que, en verdad, la aplicación ultraactiva de la ley en materia contractual sólo se aplica cabalmente a los contratos-ley mencionados en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución.

«[S]i bien el Congreso de la República, conforme al Artículo 62 de la Constitución, no debe modificar a través de leyes posteriores los términos de un contrato entre particulares cuyo objeto pertenece al ámbito de la propiedad privada, debe interpretarse, en cambio, que el Congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contrato son recursos naturales de propiedad de la Nación y sobre los cuales el Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general [sic]»<sup>47</sup>.

«Por todo lo anterior, este Tribunal considera -como lo ha hecho en casos análogos- que «la intangibilidad de los contratos de concesión protegida por el artículo 62 de la Constitución», el mismo que se interpreta en concordancia con los preceptos generales que la ley de la materia dispone, esto es, en el título preliminar V del Código Civil concordado con los artículos 1403 y 1404 del mismo cuerpo legal, no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que éstos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, el cual, para el caso, se ve expresado en los fundamentos de las normas que se impugnan, las mismas que cumplen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad [sic]»<sup>48</sup>.

---

47 STC 0006-2000-AI (11 de abril del 2002, § 2).

48 STC 0006-2000-AI (11 de abril del 2002, § 9).

«d) si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos [sic]»<sup>49</sup>.

«El artículo 62 de la Constitución dispone que «Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase». Así, establece un límite a la potestad normativa del Estado, en virtud del cual la ley -y, eventualmente, otras fuentes formales de derecho- no pueden utilizarse para modificar el contenido de un contrato. Sin embargo, a efectos de aplicar adecuadamente dicha prohibición, este Tribunal Constitucional considera necesario interpretarla junto con otras disposiciones constitucionales. // 24. En primer término, cabe resaltar, que, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la denominada teoría de los hechos cumplidos, en virtud de la cual la ley “se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos”. De ahí que, si bien el artículo 62 de la Constitución impide modificar disposiciones contractuales por ley, dicha prohibición debe compatibilizarse con el principio de aplicación inmediata de las normas. Por tanto, salvo en el caso de los contratos ley, los contratos constituyen una excepción explícita a dicho principio, los contratos se rigen por las normas vigentes en cada momento y no, ultractivamente, por las existentes al momento de su suscripción. Esa es la interpretación reiterada de este

---

49 STC 2670-2002-AA (30 de enero del 2004, § 3).

Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (sentencias recaídas en los expedientes 00025-2007-PI/TC, 00008-2008-PI/TC y 00020-2012-PETC, entre otras). // 25. A mayor ahondamiento, la parte pertinente del artículo 62 de la Constitución debe interpretarse a la luz del artículo 40 de la misma norma, en virtud del cual “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.” Al otorgarle al legislador la potestad expresa para regular aspectos relativos al empleo público —el cual constituye un bien jurídico constitucional de conformidad con las sentencias recaídas en los expedientes 00008-2005-PI/TC y 05057-2013-PA/TC—, dicha disposición constituye un límite a la regla general de intangibilidad del contrato frente a la ley. Ello porque, si se optara por interpretar literalmente el artículo 62 de la Constitución en el caso de la contratación laboral pública, la potestad constitucional del legislador para regular los alcances del mencionado bien jurídico constitucional sería ineficaz dada la inmodificabilidad absoluta de los contratos de trabajo suscritos por los servidores públicos con las entidades donde laboran. // 26. Ello responde, además, al hecho de que dicha facultad esté contenida en una disposición constitucional expresa. De conformidad con los principios de unidad y fuerza normativa de la Constitución —reconocidos por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional— debe asignársele en vía interpretativa un contenido normativo propio a cada parte de la Constitución. Así, si bien resulta razonable interpretar que la parte pertinente del artículo 40 de la Constitución modula la regla general de la intangibilidad de los contratos, lo contrario carecería de sentido, por cuanto, toda vez que, en ese caso, dicha disposición quedaría desprovista de contenido limitándose a ilustrar la forma en que pueden ejercerse las potestades legislativas confiadas al Congreso de la República por el artículo 90 de la Constitución [*sic*]<sup>50</sup>.

- *La sentencia 0006-2020-AI/TC sobre la Ley 31018 que suspendía el cobro de peajes y fue declarada inconstitucional.* El 25 de agosto de 2020 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 0006-2020-AI/TC que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 31018 por modificar los contratos de las empresas que cobraban el peaje en diversas vías del Perú que estaban en concesión. Hay quienes han sostenido que esta sentencia modifica la doctrina expuesta previamente en este documento. Estudiaremos esta sentencia y daremos nuestra opinión sobre ello. En adelante, tratamos exclusivamente los fundamentos de la sentencia 0006-2020-AI/C, salvo que digamos lo contrario de manera expresa.

---

50 STC 0006-2012-PI (12 de enero del 2016, § 23-26).

En el fundamento 7 el Tribunal dice lo siguiente:

A efectos de comprender la cuestión de fondo, se requiere esbozar el modelo económico de la Constitución, en el cual se desenvuelve la presente controversia, así como el marco de las APP, en cuyo contexto se celebraron los contratos de concesión en los que incide la ley cuestionada.

Como veremos a continuación, este tema se ubica en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, en relación a los contratos-ley y no a los contratos que no pertenecen a esta especie. La razón es que las APP (asociaciones público-privadas) para obras públicas y concesión de derechos se hacen mediante contratos-ley.

Al analizar el modelo económico de la Constitución, esta sentencia dice lo siguiente:

34. Por otra parte, el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho a contratar con fines lícitos, el cual se concibe como el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Dicho pacto no debe contravenir las leyes de orden público. Este derecho garantiza lo siguiente:

- a. Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la contraparte.
- b. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Puede comprobarse que esta sentencia confirma el principio por el cual «[d]icho pacto no debe contravenir las leyes de orden público», establecido en la doctrina previamente expuesta. Asimismo, ratifica que el contenido esencial del derecho fundamental a contratar son los incisos a y b de este fundamento. La aplicación ultraactiva de la ley del momento de celebración no está como contenido esencial, precisamente, porque, si contraviene a las leyes de orden público, el contrato no puede prevalecer sobre ellas.

Para determinar cuál es el precedente de esta sentencia, es preciso analizar su *ratio decidendi*, es decir, las razones que dio el Tribunal para dictar el fallo de la sentencia. Esta contiene los siguientes elementos (hacemos un desarrollo extenso de esta *razón suficiente* o *ratio decidendi*):

1. Todo el argumento parte del hecho de que la Ley 31018 establece lo siguiente:

Suspéndase con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19. La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio (§ 5).

2. Sostiene que, para comprender la cuestión de fondo, se requiere revisar el modelo económico constitucional y el marco de las asociaciones público-privadas en cuyo contexto se celebran los contratos de concesión de peajes. (§ 7).
3. En el modelo económico, el artículo 58 de la Constitución establece la economía social de mercado y limita la participación del Estado a una actuación subsidiaria y a ocuparse de servicios importantes a la población (§ 32). También existe la libre iniciativa privada (§ 33).
4. Reconoce la doctrina antes expuesta: el contenido esencial del derecho de libre contratación contiene la autodeterminación para decidir la celebración del contrato, la contraparte y, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. El contrato no debe contravenir las leyes de orden público (§ 34).
5. Entre los fundamentos 36-49 trata a las asociaciones público-privadas de inversión. Menciona la larga lista de disposiciones con rango de ley que regulan tanto las inversiones privadas como las que ocurren en empresas del Estado y en infraestructura de servicios públicos a las que se establece derechos, garantías y obligaciones (§ 36-42).
6. Establece que, al entrar en vigencia la Constitución de 1993, se fomenta la participación de agentes privados en el desarrollo del país (§ 43).
7. Para garantizar la estabilidad de los contratos, se estableció que «los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras

disposiciones de cualquier clase» (§ 44). Sin embargo, esto no niega lo dicho anteriormente: «[d]icho pacto no debe contravenir las leyes de orden público» (§ 34).

8. Entre los fundamentos 50 y 62 analiza los contratos de concesión en infraestructura pública.
9. El Decreto Legislativo 1362 establece lo siguiente en su artículo 21.1:

El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios.

10. El contrato de concesión tiene el interés público del buen servicio a la población y el interés privado del beneficio económico con la administración de tal servicio, en este caso, la vía de tránsito y el cobro de peaje (§ 56).
11. El cobro de peaje permite al concesionario recuperar las inversiones, hacer el mantenimiento de las vías según el contrato (§ 57) y, aunque no lo dice, obtener las utilidades del negocio.
12. En el marco del régimen económico constitucional y de las asociaciones público-privadas, se reconoce la firma de convenios de estabilidad jurídica. Lo garantiza el artículo 25 del Decreto Legislativo 1362 (§ 59).
13. La firma de estos convenios de estabilidad jurídica tiene sustento en el artículo 62 de la Constitución: «Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».
14. En los contratos-ley del segundo párrafo del artículo 62, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, concediéndoles a ambas el carácter de intangibles (§ 33).

15. No sólo las cláusulas de estos contratos-ley gozan de inmodificabilidad, sino también el estatuto jurídico particular fijado para la suscripción de los mismos (§ 62).
16. El análisis de constitucionalidad de la Ley 341018 se hace entre los fundamentos 63 y 90.
17. En el fundamento 64 se cita la sentencia 0005-2003-23AI/TC que señala lo siguiente:

[D]e una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, «no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Sin embargo, hay que entender nuevamente que los contratos que no sean contratos-ley con estabilidad jurídica declarada no podrán «contravenir las leyes de orden público» según el fundamento 34.

18. Según el fundamento 65, la cláusula de inmodificabilidad de los contratos del primer párrafo del artículo 62 (también aplicable a los contratos-ley del segundo párrafo) «tiene por finalidad garantizar la eficacia del derecho a la libertad contractual dentro de los límites establecidos por la ley». Uno de esos límites es «no contravenir las leyes de orden público» (§ 34).
19. En la inconstitucionalidad de la ley interviene la falsa finalidad declarada expresamente en su texto («evitar el contacto con los usuarios» mientras durara la emergencia sanitaria). En su fundamento 73 la sentencia dice lo siguiente:

La ley impugnada busca, en realidad, otorgar un beneficio económico a las actividades de transporte —las cuales no se han detenido durante el estado de emergencia—, consistente en eximir las del pago del peaje, no obstante, el uso de la red vial concesionada.

Y, en el fundamento 75, se añade que, «[e]n cualquier caso, el cobro de peaje durante la pandemia representa un “riesgo mediano de exposición” según el Ministerio de Salud [...]».

20. En el fundamento 80, la sentencia destaca que el cese de pago del peaje «generaría contingencias económicas a la concesión, como incumplimiento en la cadena de pagos a sus trabajadores, pagos de financiamiento, así como incumplimientos en sus obligaciones de operación y mantenimiento».
21. En el fundamento 81 cita al Poder Ejecutivo (demandante) para señalar que «la suspensión del pago del peaje establecida por la Ley implica una irrupción de carácter unilateral respecto del cobro de peajes por los concesionarios, es decir, un incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado peruano».
22. En el fundamento 85 cita y, por lo tanto, hace suya la alegación de los concesionarios con el siguiente texto:

Por ello [los concesionarios], concluyen lo siguiente: // [...] en el caso de todos y cada uno de los Concesionarios Recurrente, el alcance de las garantías que nos fueron otorgadas por el Estado Peruano mediante los respectivos Contratos de Garantías (Contrato-Ley) es el de todas las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en nuestros respectivos Contratos de Concesión. En consecuencia y en aplicación de la naturaleza de Contrato-Ley que corresponde a cada uno de nuestros Contratos de Garantías, ninguna de las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente pueden ser modificadas (suspendidas, inaplicadas o, de cualquier forma, alteradas) por lo que disponga una ley posterior [*sic*].

23. En el fundamento 86, el Tribunal concluye lo siguiente:

A partir de todo lo revisado, este Tribunal debe concluir que la Ley 31018 vulnera el artículo 62 de la Constitución. Esta ley viola la libertad contractual, al suspender el contenido contractual pactado por las partes relativo al cobro de peajes, pese a que los vehículos usan las carreteras concesionadas y lo han realizado aun en los momentos más estrictos del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19.

24. Finalmente, los fundamentos 89 y 90 establecen lo siguiente:

89. Por último, este Tribunal aprecia que la Ley 31018 interviene en contratos de concesión que son contratos-ley. Así,

desacata el mandato del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, según el cual estos “no pueden ser modificados legislativamente. // 90. En consecuencia, para este Tribunal, la ley cuestionada no solo vulnera las garantías contractuales de los concesionarios, actuando de modo expresamente prohibido por el artículo 62 de la Constitución, sino que también afectaría la continuidad de los servicios vinculados al mantenimiento y desarrollo de la infraestructura vial, en perjuicio de los usuarios del servicio.

El fallo declara «FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad; y, en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la Ley 31018 [énfasis de la sentencia]».

*Conclusiones sobre la sentencia 0006-2020-AI/TC.* La elaboración de la *ratio decidendi* es extensa para poder apreciar con detalle los argumentos y conclusiones:

1. La sentencia 0006-2020-AI/TC consagra plenamente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el vínculo del artículo 62 con el artículo 2, inciso 14, ambos de la Constitución: los contratos no pueden contravenir las leyes de orden público y los contratos-ley del Estado con personas de derecho privado son intangibles. Ambos elementos están en la doctrina jurisprudencial constitucional desde el primer momento y permanecen a lo largo del tiempo.
2. La sentencia 0006-2020-AI/TC trata específicamente de una ley que modifica contratos-ley y no otro tipo de contratos. A estos últimos no se refiere.
3. En el caso, la inconstitucionalidad declarada no ocurre únicamente por aplicación del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, sino también porque hay una finalidad falsa en la ley y porque se pondrá en peligro el interés público existente en que las vías con peaje funcionen y tengan buen mantenimiento.
4. No se puede afirmar, a partir de la *ratio decidendi* de la sentencia, que ella ha declarado la intangibilidad de todos los contratos existentes, incluidos los contratos que no sean contratos ley y que contravengan las leyes de orden público. Al contrario, ha mantenido la prohibición de que esto se haga.

#### 4.8. Conclusión

En el punto 3 de este capítulo mencionamos seis posibles casos en referencia a la aplicación de las normas en el tiempo. Luego del análisis efectuado podemos concluir lo siguiente frente a cada uno de ellos:

- Cuando los hechos, situaciones o relaciones se iniciaron, desarrollaron y concluyeron en sus efectos antes de la nueva ley, son irreversibles porque la aplicación retroactiva de la nueva norma es imposible, salvo en los casos de la retroactividad penal benigna y, para las resoluciones del Tribunal Constitucional, además, cuando es aplicable el último párrafo del artículo 74 de la Constitución.
- Cuando se han iniciado bajo la vigencia de la nueva normatividad, rige el principio de aplicación inmediata y, en consecuencia, se rigen por tal normatividad. No hay efectos ultraactivos de la normatividad anterior.
- Cuando se iniciaron durante la vigencia de la normatividad anterior y siguen existiendo o produciendo efectos durante la nueva, rige la teoría de los hechos cumplidos. En otros términos, lo ocurrido con anterioridad a *Q* se ha regido por la normatividad anterior y no procede aplicación retroactiva de la nueva. Lo que ocurra de *Q* en adelante se rige por el principio de la aplicación inmediata de la nueva normatividad salvo el caso de los contratos regidos por el artículo 62 de la Constitución. Hay que señalar que los casos de respeto de los derechos adquiridos que figuran en el cuerpo del Código vigente no se refieren a aplicación de normas jurídicas de carácter general, sino a las consecuencias directas o indirectas de actos jurídicos particulares.
- Cuando los hechos, situaciones o relaciones hayan ocurrido o tenido inicio antes de *Q* para tener consecuencias luego de dicho momento, regirá el principio de aplicación inmediata, es decir, las consecuencias previstas para momentos posteriores a *Q* se rigen por las nuevas normas, salvo los contratos en aplicación del artículo 62 de la Constitución.
- Las expectativas que se convierten en actuales luego de *Q* también se rigen por la aplicación inmediata de la nueva normatividad. Esto es reconocido hasta por la teoría de los derechos adquiridos. Sin

embargo, la legislación puede establecer excepciones (como varios de los casos de las disposiciones transitorias del Código Civil que hemos analizado en páginas anteriores).

- Cuando se tuvo acceso a una facultad de acuerdo a la normatividad anterior, y la nueva la recorta, retira o prohíbe, a partir de *Q* rige la aplicación inmediata de la nueva normatividad, es decir, que la facultad queda recortada, retirada o prohibida.

Casos de aplicación de criterios excepcionales son los expresamente considerados en los artículos 2115, 2117, 2120 y 2122, en los que rigen sus normas de la manera como las hemos analizado en páginas anteriores. Otros casos particulares son los artículos 2118 y 2119.

Rescatamos una vez más que siempre queda un amplio margen para diseñar soluciones de equidad a través del adecuado recurso a la interpretación e integración jurídicas, según lo afirmado por Mario Alzamora Valdez, opinión que compartimos. Finalmente, queda por decir que, en nuestro sistema, no existe obstáculo para que un cuerpo normativo establezca expresamente para sí una aplicación diferida.

## 5. Las leyes restrictivas o de excepción

**Artículo IV.-** La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía

Este artículo IV debe ser siempre estudiado teniendo en cuenta que la Constitución de 1993 ha incorporado parte de su contenido en su texto:

**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

8. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

Más adelante nos referimos más extensamente a la analogía. No obstante, es preciso hacer aquí un deslinde conceptual con la finalidad de precisar el significado de esta norma. El deslinde está referido a la analogía y tres posibles tipos de interpretación de la norma jurídica: *interpretación estricta*, *interpretación extensiva* e *interpretación restrictiva*.

Es evidente, como señalamos a propósito del artículo VIII, que en todos estos campos hay una margen de *razonabilidad* en los argumentos y que, por

lo mismo, ellos tienden a ser discutibles. Al abordar estos temas, nadie puede reclamar que la verdad apodíctica está de su lado.

Se puede trazar una línea conceptualmente clara entre la *interpretación e integración* jurídicas, aun cuando ambas tienen en común el ser aspectos de la aplicación del derecho.

### 5.1. Los tipos de interpretación aplicables

La *interpretación jurídica* consiste en un conjunto de principios y métodos sobre la base de los cuales se logra extraer el significado de una disposición normativa que, por alguna razón, no aparece clara en sí misma, o claramente aplicable al caso concreto. Por su propia definición, la interpretación jurídica supone la existencia de una norma jurídica aplicable y puede asumir tres modalidades: la estricta, la extensiva y la restrictiva.

Hay *interpretación estricta* cuando el intérprete no añade ni quita, no aumenta ni disminuye los márgenes de aplicación de la norma. Tomemos por ejemplo el artículo 1970 del Código Civil que dice que «[a]quel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo». La interpretación estricta de esta norma consistirá en definir las actividades riesgosas y las peligrosas y, luego de este ejercicio, aplicar la consecuencia de la reparación cuando se cause daño a otro mediante alguna de ellas.

La *interpretación extensiva* se produce cuando, a pesar de que la norma no contiene claramente a un determinado caso, puede este ser involucrado en el supuesto normativo haciéndolo algo elástico. En el mismo caso anterior, la situación de posible interpretación extensiva sería el aplicarlo a un caso que se halla en el límite de lo peligroso o no peligroso. Por ejemplo, un buzón de desagüe al que la empresa encargada de su cuidado pone una tapa que es robada y, a consecuencia de este hecho, ocurre un daño a un tercero, como una caída o pérdida de un objeto en el interior de la red sanitaria. En principio, en nuestro medio se diría que la empresa administradora carece de culpa porque ha tomado todas las previsiones para que el accidente no ocurra y que han sido terceros los responsables al cometer la acción dolosa de la sustracción de la tapa. Han existido casos reales en los que se ha presentado este problema y, que se sepa, no se ha condenado a la reparación por causar riesgo. Sin embargo, bien vistos los hechos, podría argüirse que una empresa que maneja un sistema de profundos fosos en las vías públicas, precariamente protegidos por tapas que cualquiera —con buena o mala intención— puede

retirar, maneja un conjunto de bienes peligrosos que pueden ser considerados bajo responsabilidad extracontractual en el artículo 1970 del Código Civil. En otros países, por lo demás, es esta la interpretación predominante y no la que existe entre nosotros. Pues bien, asumir que la empresa de saneamiento ejerce una actividad peligrosa, con bienes peligrosos para las personas, sería una interpretación extensiva en el contexto general de nuestro derecho.

La *interpretación restrictiva* es aquella en la que el intérprete reduce los márgenes de aplicación de la norma jurídica excluyendo, por alguna razón, hechos que, en principio, podrán ser susceptibles de regirse por ella. En el artículo 1970, esto ocurriría si, por ejemplo, adoptáramos el criterio de que sólo son riesgosos o peligrosos los bienes y actividades que se vinculan a la vida cotidiana de las personas, pero no otros de distinta naturaleza. Así estaríamos excluyendo, entre otros, los bienes o actividades riesgosos en el ámbito laboral, para lo cual, además, podría colaborar una interpretación sistemática de este artículo 1970, concordado con el artículo 12 del Código Civil que dice que «[n]o son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionales peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias». Así, el empleador que trabaja en un giro riesgoso o peligroso sólo sería responsable por no haber adoptado «las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias», es decir, por dolo o por culpa, con lo cual su responsabilidad civil ya no se estaría rigiendo por el artículo 1970 —como en principio parecería razonable—, sino, más bien, por la norma del artículo 1969, que paradójicamente está diseñado para aplicarse a las situaciones no riesgosas ni peligrosas.

El manejo de la teoría de la interpretación permite, de esta manera, variaciones insospechadas para el no especialista. Nótese que, en el ejemplo desarrollado en los párrafos anteriores, lo que en el fondo se discute son dos hechos: (i) cuáles son las actividades —o bienes— riesgosos o peligrosos; y (ii) a cuáles de ellos se aplica el artículo 1970, pues una interpretación restrictiva del artículo 1970 con el artículo 12 —tal como la hemos realizado— podría llevarnos a la situación de que ciertas actividades riesgosas no se rijan por el artículo 1970, sino por el 1969.

Lo que estimamos comprensible del ejemplo es, de un lado, que no existe un punto fijo y definitivo para saber desde dónde empiezan a dividirse las interpretaciones estrictas de las extensivas y restrictivas —a lo que

aludíamos con que no se puede reclamar verdad apodíctica sobre la materia—. Sin embargo, al mismo tiempo, resulta evidente que, en cualquier caso de interpretación, siempre se gira sobre la base de la aplicación de una norma jurídica en cuyo supuesto es susceptible de ser encuadrado el hecho de la realidad. En ninguna de las tres medidas de la interpretación con las que hemos tratado, hay propiamente «creación» de una norma; sino, antes bien, lo que hacemos es ajustar, con flexibilidad o estrechez, los márgenes dentro de los cuales puede aplicarse una norma jurídica realmente existente a la realidad de los hechos.

## 5.2. La analogía

A diferencia de la interpretación en sus diversas variantes, la *analogía* es un método de integración jurídica, y la integración es una de las ramificaciones de la teoría de aplicación del derecho según la cual, al aplicar las normas, lo que se hace, en realidad, es *crear* una nueva disposición no existente previamente.

Lo particular de la analogía, dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del derecho toma una norma con un supuesto elaborado para una situación determinada y la aplica a otra que es distinta pero semejante a la prevista. Estrictamente, aquí no hay norma jurídica aplicable al caso que se quiere regular; pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista, es «análoga» a la contenida en el supuesto de la norma y, por lo tanto, la regula aplicando las consecuencias, pero cambiando en *algo* el supuesto.

Formalizando, la analogía funciona en la siguiente situación: la norma dice «si *A-B-C*, entonces *X*». El hecho de la realidad puede ser descrito como *A-B-D*, pero el agente aplicador concluye que, en la norma prevista, lo esencial es *A-B* y lo accesorio es *C*. Igualmente, llega a la conclusión de que, en el hecho de la realidad, lo esencial es *A-B* y lo accesorio es *D*. En consecuencia, la analogía ha sido establecida: el hecho de la realidad es distinto, pero sustantivamente semejante al previsto en la norma y, por lo tanto, se elabora la siguiente nueva disposición jurídica «si *A-B-D*, entonces *X*».

Siguiendo con el mismo artículo 1970 del Código Civil, podemos apreciar estas consideraciones en un hecho concreto. Supongamos —y suele suceder en la realidad—, que una madre en estado de dar a luz llega en emergencia a una clínica u hospital de aquellos en los que hay que pagar la atención, o que sólo están destinados a pacientes específicos —por ejemplo,

a los asegurados—. La mujer no cumple los requisitos —no puede prestar la garantía pecuniaria o no tiene carné de atención— y, entonces, la administración deniega el servicio. El parto no se presentaba fácil y, en el camino hacia otro centro de asistencia médica, ocurre un daño a la salud de la madre o del niño.

Analizada la situación desde la perspectiva del artículo 1969, no hay dolo ni negligencia: las reglas son claras —aunque tal vez inhumanas— y, por lo tanto, no hay lugar a reclamo, pues se trata del ejercicio regular de un derecho —a cobrar si la clínica es privada— o del cumplimiento de una disposición administrativa —«sólo se atiende a los asegurados»—. Tampoco puede ser aplicado el artículo 1970 pues no se trata en lo absoluto de la utilización de bienes o ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas. En principio, no hay norma aplicable para el daño ocurrido y, en efecto, así suelen resolverse estos casos en nuestro medio.

Sin embargo, desde un punto de vista principista, se produce un claro rechazo a una situación como la planteada. Inclusive, en ámbitos como el derecho penal, esto podría ser calificado como un estado de necesidad: opongo mi bien al del otro. Es de notar, no obstante, que inclusive en lo penal se exige que los bienes opuestos —el de quien recurre al estado de necesidad y el de la víctima— sean equivalentes, o superior el primero frente al segundo. Así, no puedo matar a un inocente para salvar mi patrimonio. En un caso como este, no se puede pretender extensión de culpabilidad frente al homicidio.

Sobre la base de estas consideraciones, podría argumentarse lo siguiente: cuando el artículo 1970 se refiere a bienes o actividades riesgosas o peligrosas, en realidad tiene el sentido de impedir que se generen «situaciones» riesgosas o peligrosas. Esto es precisamente lo que un centro asistencial produce en el caso reseñado cuando se niega a atender un parto difícil por falta de garantía o carne de usuario. Entonces, si bien desde una interpretación del artículo 1970 no se puede hacer que el centro médico indemnice por riesgo a esta mujer, desde una aplicación analógica sí se podría. La nueva norma sería la siguiente: «Aquel que, mediante la creación de una situación riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo».

Demás está decir que, sobre un planteamiento como este, se produciría una interminable discusión jurídica: algunos la apoyarían básicamente por consideraciones de humanidad y de «espíritu» de la norma; y otros la

rechazarían por exceder el marco de lo previsto legalmente. A esto aludimos cuando señalamos que la analogía es discutible, que debe ser utilizada de manera restringida y sólo en casos bastante claros. No es objetivo de este trabajo, por otra parte, determinar si, en casos como este, el centro médico debe efectivamente atender o reparar el daño en caso contrario. Sin embargo, sí resulta claro que la analogía ha operado porque, si bien la situación ocurrida en la realidad, no estaba expresamente contenida en el supuesto de la norma —es decir, «crear una situación riesgosa»—, ella ha sido establecida sobre la base de considerar que lo esencial en el supuesto de la norma es el causar daño por el manejo de lo riesgoso y lo peligroso; y que lo accesorio es que *riesgoso* y *peligroso* sean sólo bienes y actividades, como accesorio en el caso es que se trate de la «creación de una situación peligrosa» para la salud de la madre.

### 5.3. Significación del artículo IV

El ejercicio de aplicaciones interpretativas y analógicas de los artículos 1969 y 1970 no es sólo de laboratorio porque, en el caso concreto de este último, apenas fue promulgado el Código Civil, surgió la duda sobre si es norma excepcional frente al artículo 1969, o si, por el contrario, existe una suerte de regímenes paralelos en responsabilidad extracontractual: uno de responsabilidad subjetiva (art. 1969) y otro de responsabilidad por riesgo (art. 1970). Si el artículo 1970 es norma general, no se le aplica el artículo IV del título preliminar; pero, si es excepción frente al 1969, entonces sí se le aplicaría. Como puede verse, las consecuencias en uno y otro caso pueden ser sustantivas.

Así establecidos los hechos, queda claro que, en el artículo IV que comentamos, no resulta igual decir «la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por *analogía*», que decir, por ejemplo, «la ley que establece excepciones o restringe derechos debe aplicarse estrictamente»: en este último caso, estaríamos siendo mucho más restrictivos al eliminar no sólo la analogía, sino también la interpretación extensiva y, como veremos, incluso la estricta.

Ocurre que, en la tradición jurídica, el sentido de una norma como esta ha sido no solamente el impedir la analogía, sino incluso la interpretación extensiva. Por ejemplo, el canon 18 del Código de Derecho Canónico establece lo siguiente: «Las leyes que establecen alguna pena, coartan el libre ejercicio de los derechos, o contienen una excepción a la ley se deben interpretar estrictamente».

Esta posición es respaldada por Puig Brutau en la siguiente afirmación:

Un texto de Paulo (Digesto 1, 3, 16) define de la siguiente manera el *ius singulare: quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est*. Se considera que la norma de Derecho singular, por su carácter excepcional, no ha de producir más consecuencias que las específicamente determinadas por la ley. Por ello se estima que no es susceptible la interpretación extensiva<sup>51</sup>.

El propio Tribunal Constitucional ha establecido que la interpretación de las restricciones de derechos debe ser restrictiva y que es aplicable a todos los ámbitos del derecho y no sólo al penal:

8. El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, ha sostenido, sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, *in malam partem*, de las normas que restrinjan derechos. // Ese es el sentido general con el que debe entenderse el artículo 139º, inciso 9) de la Constitución, según el cual constituye uno de los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, «El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos». // En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos [*sic*]<sup>52</sup>.

---

51 Puig Brutau (1981, p. 24).

52 STC 2235-2004-AA (18 de febrero del 2005).

El sentido del artículo IV del título preliminar del Código Civil, rectamente entendido en función de los precedentes jurisprudenciales constitucionales que le son aplicables, y de los doctrinales, debe ser el de impedir toda aplicación de normas restrictivas o excepcionales que no sea la proveniente de la interpretación restrictiva. No es lo que textualmente dice la disposición, pero sí lo que puede rectamente interpretarse de su *ratio regis*, instrumento sumamente legitimado para proceder a la aplicación de las normas jurídicas que contienen principios, como es el caso de este artículo. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en este sentido.

En adición a lo señalado, caben dos breves comentarios:

- Cuando el artículo habla de la *ley*, no debe entenderse por esta sólo las disposiciones con rango de ley sino, incluso, y con mayor razón aún, las que puedan ser emitidas mediante cuerpos normativos de rango inferior como los decretos y resoluciones. Es decir, el sentido de la norma es más propio si en vez de su texto literal entendemos lo siguiente: «La *norma* que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».
- La tradición doctrinal ha establecido este tipo de normas para tres supuestos: (i) las normas excepcionales, (ii) las que restringen derechos, y (iii) las que contienen sanciones. Estas últimas no están expresamente señaladas en nuestro artículo IV, pero una breve deducción permite ver que toda norma que impone sanciones restringe derechos y, por lo tanto, las normas sancionadoras pueden ser perfectamente subsumidas en aquellas que «restringen derechos» según el texto positivo. Por lo tanto, estimamos que también se hallan contenidas en este artículo IV las normas de sanción. Una vez más, la definición de este punto podrá ser hecha de óptima manera por la jurisprudencia.

Cabe en todo esto una última consideración: si, como propugnamos, este tipo de normas sólo debe ser aplicado estrictamente, cabría la posibilidad de que, en especial dentro del ámbito de las sanciones, muchos daños quedarán impunes por la protección que un criterio de esta naturaleza daría al agresor. Este es un argumento válido pero insuficiente en sí mismo; pues, al criterio de interpretación estricta para estas situaciones, debe añadirse otro largamente expuesto en la doctrina según el cual los derechos deben ampararse extensivamente. De esta forma, podríamos distinguir dos situaciones:

1. Cuando en los hechos a regular no se ha vulnerado derechos de terceros, en cuyo caso, procedería simplemente la aplicación estricta.
2. Cuando tal vulneración se ha producido, en cuyo caso, aplicando estrictamente las normas en cuestión, se debe buscar una compensación al agraviado por interpretación extensiva del derecho violado. Naturalmente, en este caso estamos recurriendo a la necesidad de establecer una suerte de escala de derechos, la cual sería utilizada para determinar, casuísticamente, si el derecho violado es superior o inferior al que ejercitó el agresor y, en función de ello, determinar si hay o no sanción. Sin embargo, por extraño que pueda parecer, esto forma parte del ejercicio de aplicación cotidiana del derecho y, entre otros casos, es particularmente claro en el del derecho penal, como hemos comprobado en párrafos anteriores al tratar del estado de necesidad. Nuevamente, esta consideración llama a la necesidad de desarrollar jurisprudencialmente toda la riqueza de matices de las disposiciones contenidas en el artículo IV del título preliminar del Código Civil.

#### **5.4. La posibilidad teórica de aplicación extensiva de normas excepcionales**

Puig Brutau, como apostilla al principio general de no aplicación analógica ni interpretación extensiva de las normas excepcionales, señala lo siguiente:

Sin embargo, también se ha observado que, si el Derecho singular llega a constituir un sistema orgánico de normas que regulen toda una materia, podrá ser procedente incluso la interpretación analógica para los casos no previstos expresamente pero que correspondan a la materia regulada [...]. // [T]al vez la fórmula legal restrictiva ha ido demasiado lejos, pues nada justifica que se pueda negar la aplicación analógica de una norma excepcional, cuando se trata de supuestos no regulados, pero que estén comprendidos en el espíritu y finalidad, en la razón de ser, en la especial *utilitas* de la misma norma<sup>53</sup>.

---

53 Puig Brutau (1981, pp. 24-25).

La hipótesis planteada por el autor es aquella en la que, frente al conjunto de normas generales adoptadas para un caso determinado, se establece también un conjunto orgánico de normas excepcionales, y arguye que, de ser este el caso, dichas disposiciones excepcionales podrían ser aplicadas extensivamente, es decir, mediante interpretación extensiva o analogía.

Puig Brutau, al comentar las disposiciones españolas sobre la materia, aunque en la parte inicial de la cita afirma con contundencia la posibilidad de aplicación extensiva, luego de los puntos suspensivos colocados en la cita, relativiza su afirmación con un «tal vez». En nuestro Código, cabe señalar que el artículo IV no se ha puesto en tal posibilidad y que, aun cuando la reflexión de Puig Brutau es conceptualmente sugerente, no resulta aplicable entre nosotros con la norma establecida.



### Módulo de trabajo 3

(<https://forms.gle/HEevCdL7tvySDX3x7>)

## 6. Orden público y buenas costumbres

**Artículo V.-** Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Aun cuando el contenido normativo de este artículo aparece como correcto y necesario, los problemas de precisión conceptual para utilizarlo son numerosos, existiendo diversidad de opiniones en la doctrina. Y es que el tema del orden público está vinculado a conceptos no siempre claramente establecidos frente al derecho público y privado, frente a las normas imperativas

y dispositivas, y también frente a los principios generales de organización de la vida jurídica en su conjunto. Por otro lado, el tema de las buenas costumbres requiere esclarecimiento teórico para definir las y precisiones metodológicas para determinarlas.

A su vez, existen opiniones en el sentido de que una norma como la de nuestro artículo V no tiene valor normativo autónomo, sino que está siempre referida a menciones expresas de utilidad en el cuerpo del Código Civil —y eventualmente de otras leyes—, por razones de infracción del orden público y de las buenas costumbres.

Para efectos del tratamiento detallado de este artículo, comenzaremos por hacer un análisis lógico-jurídico de las normas que contiene para avanzar hacia sus conceptos esenciales, y luego concluir con un tratamiento de las normas que le son correlativas dentro de los libros específicos del Código Civil.

### **6.1. Análisis lógico-jurídico del artículo V**

El artículo señala como consecuencia la nulidad del acto jurídico y contiene dos supuestos:

- El primero, que es claro, consiste en que se esté contrariando a las leyes que interesan al orden público. Será importante, por lo tanto, saber cuáles son estas leyes.
- El segundo es menos evidente y consiste en que el acto jurídico contrarie las buenas costumbres. Nótese que la redacción para esto último es equívoca, pues puede leerse de dos formas: la primera sería «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres»; la segunda, «es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres». El significado de ambas lecturas es completamente distinto porque, en la primera alternativa, sería necesario que la buena costumbre esté recogida en una norma legal, en tanto que, en la segunda, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación.

A nuestro parecer, la interpretación correcta es la última, es decir, «es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres», pues, como pretendemos demostrar, aquí se está haciendo recurrencia a la costumbre como fuente de derecho «según la ley», concepto claramente desarrollado en la teoría del derecho desde la antigüedad.

Desde el punto de vista lógico-jurídico, cabe plantearse si lo que el artículo pretende es que sólo sean nulos los actos jurídicos contrarios a *leyes* en el sentido de disposiciones dictadas por el Congreso siguiendo el procedimiento constitucional respectivo —y, por extensión, los actos contrarios a decretos legislativos, decretos de urgencia y decretos leyes—; o si el vocablo *leyes* equivale a la denominación genérica de *disposiciones legales* o *normas jurídicas*, las que podrían estar contenidas en diversos cuerpos normativos, no sólo disposiciones con rango de ley, sino también decretos y normas similares (según el Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo, las resoluciones no deben contener normas de carácter general pero es obvio que ello no se observa en nuestro sistema jurídico).

Opinamos que el sentido lógico de esta norma consiste en no limitarse a las normas con rango de ley, sino en extenderse hacia cualquier otra norma legislativa válidamente aprobada. Lo contrario sería equivalente a negar fuerza vinculante, para estos efectos, a cantidad significativa de normas jurídicas vigentes que constan en decretos, reglamentos e incluso resoluciones.

En consecuencia, del análisis lógico interno del artículo V del título preliminar, concluimos lo siguiente: la nulidad previa afecta a los actos jurídicos contrarios, bien a las normas jurídicas vigentes que se refieren al orden público, bien a las buenas costumbres.

Es necesario precisar que tanto el orden público como las buenas costumbres son *estándares jurídicos*, es decir, normas de contenido variable, que dejan su materia a criterio discrecional del magistrado judicial, encargado en última instancia de resolver estos problemas. No pretenderemos, por lo tanto, encontrar una definición precisa de lo que es *orden público* o *buena costumbre*, sino indagar en los contenidos doctrinales cuál puede ser su significado dentro de la aplicación casuística.

Como parte final de este análisis de la norma en cuestión, resulta muy importante resaltar que el Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que el artículo V regula, junto con otras normas, la nulidad de los actos jurídicos (en este caso, con mención específica a los contratos). El Tribunal señala lo siguiente:

Por todo lo anterior, este Tribunal considera -como lo ha hecho en casos análogos- que «la intangibilidad de los contratos de concesión protegida por el artículo 62 de la Constitución», el mismo que se interpreta en concordancia con los preceptos generales que la ley

de la materia dispone, esto es, en el título preliminar V del Código Civil concordado con los artículos 1403 y 1404 del mismo cuerpo legal, no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que éstos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, el cual, para el caso, se ve expresado en los fundamentos de las normas que se impugnan, las mismas que cumplen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad<sup>54</sup>.

## 6.2. El orden público

La referencia al *orden público* es plurisignificante dentro del derecho. De otro lado, existen conceptos vecinos tales como *orden interno*, *derecho público* y *normas imperativas*, alrededor de los cuales se teje una compleja red de definiciones que no siempre es consistente en sí misma, es decir, que ni define con precisión cada una de esas categorías ni tampoco precisa los contrastes que permitan excluir unos conceptos de otros, o determinar cuáles son los géneros y cuáles las especies. El problema es aún más complicado porque distintos autores asumen diversas posiciones al respecto. No pretendemos zanjar estas discusiones presentes en el derecho por mucho tiempo. Si trataremos, en cambio, de ubicar las principales variables de definición.

En nuestra Constitución se mencionan dos de los conceptos anteriormente señalados: *orden interno* se encuentra en los artículos 118, inciso 4, 137, 165 y 166; y *orden público* en el artículo 2, incisos 3 y 14.

El Instituto Nacional de Altos Estudios Policiales (Inaep) realizó en diciembre de 1985 un conversatorio sobre el orden interno y el orden público. A efectos de dicho evento, se distribuyó un documento de trabajo mimeografiado que contiene una definición de *orden público*:

El INAEP conceptúa al orden interno como «la situación de normalidad en el territorio nacional, regulada por el derecho público, que permite la existencia y estabilidad del Estado y sus poderes, contribuye a la Seguridad Integral, propiciando el desarrollo en todos los campos de la vida nacional y a un equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y los derechos ciudadanos necesarios para el

---

54 STC 0006-2000-AI (11 de abril del 2002, § 9).

cumplimiento de los deberes primordiales del Estado y logro de su fin supremo (p. 4).

El Tribunal Constitucional también recurrió al Inaep para este propósito en una sentencia que trató sobre el orden interno. Dijo lo siguiente:

La noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. // 5. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional. // 6. Como bien expone el Instituto de Altos Estudios Policiales [El INAEP y el orden interno. En revista Orden Interno N.º 1, 1994] el orden interno «(...) permite que las autoridades ejerzan sus competencias y atribuciones, y las personas sus derechos y libertades, garantizando la existencia, estabilidad y soberanía del Estado; con la finalidad de asegurar la coexistencia pacífica en general y, consecuentemente, permitir el logro del fin supremo del Estado y la sociedad. // 7. El orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue [sic]<sup>55</sup>.

No es el caso ingresar a un análisis pormenorizado de estos elementos de definición que en sus términos generales compartimos. Sobre el derecho público trataremos en un párrafo posterior y allí veremos que la definición de dicho concepto no es tan evidente como parece asumirse en la cita; pero la hemos transcrito porque es un claro ejemplo de lo que pretendemos sostener: el concepto de *orden interno* es de naturaleza eminentemente político-social y, en ese sentido, pertenece más a la teoría política que al derecho. Por ello,

---

55 STC 0017-2003-AI (16 de marzo del 2004, § 4-7).

cuando el Tribunal Constitucional define *orden interno*, se refiere a situaciones de «tranquilidad, sosiego y paz» que son de principio (y por ello también jurídicas), pero que no son exclusiva ni básicamente jurídicas. Es cierto, como desarrollaremos inmediatamente después, que el orden interno supone la vigencia del orden público, el cual sí tiene connotaciones claramente jurídicas; pero esto querrá decir que el orden público es, en realidad, una de las especies componentes del orden interno, deviniendo este último en género.

Por otra parte, el *orden público* podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas de ser necesario recurrir a ellas.

Ese es el sentido que puede encontrarse a la expresión en los incisos 3 y 14 del artículo 2 de la Constitución: en ambos se establecen derechos, que, por lo tanto, pueden ejercitarse libremente por las personas, pero con la limitación de que deben respetar el orden público. En el caso del inciso 14 se menciona expresamente a las «leyes de orden público». Los derechos expresamente establecidos no pueden ser limitados sino por aplicación del derecho —que incluye a las disposiciones legislativas, pero también a otras fuentes del derecho, desde luego—.

El Tribunal Constitucional ha dicho lo siguiente sobre el orden público:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. // 29. En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material -elemento conformante del orden público- el Estado

procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.<sup>56</sup>.

Una mirada superficial a esta cita podría hacer concluir que el Tribunal Constitucional no considera que el orden público sea esencialmente jurídico. Sin embargo, si nos damos cuenta de que, en el fundamento 20, dice que se puede restringir la libertad en busca del orden público, y, si el artículo 2, inciso 24, literal *a*, de la Constitución señala como descripción de la libertad la clásica frase «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe», inmediatamente nos daremos cuenta de que las limitaciones a la libertad (por el orden público) se deben hacer por norma jurídica. Lo que ocurre es que las normas de orden público, desde el punto de vista de su contenido, estarán conformadas por «valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial», como dice la misma sentencia.

Así, la diferencia fundamental entre *orden interno* y *orden público* estriba en que el primero es un concepto esencialmente político-social, que atañe a la integridad de la organización social en cada momento, en tanto que el segundo es un concepto esencialmente jurídico, que atañe al cumplimiento ineludible de las disposiciones jurídicas imperativas que contienen las reglas esenciales de la convivencia social. Sin embargo, esta misma manera de conceptuar estaría indicando que la relación entre ambos conceptos es de género —orden interno— a especie —orden público—. Es decir, el orden público no agota al orden interno, puede resultar amenazado sin que se viole ninguna norma jurídica, por ejemplo, en el caso de una gran catástrofe natural<sup>57</sup>.

La precisión realizada, tanto en materia de la vinculación de ambos conceptos, como de ubicación del orden público dentro del ámbito jurídico, destaca de la siguiente cita, tomada del tratado de los Mazeaud, a propósito del legislador francés:

Para los redactores del Código Civil, la noción de orden público no regía apenas más que en lo concerniente a la organización del Estado, la de la familia, la protección de los incapaces, la prohibición de

---

56 STC 3283-2003-AA (15 de junio del 2004, § 28-29).

57 Como se puede apreciar, esto último que hemos afirmado es una inferencia propia y no pertenece a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas.

restablecer las reglas del feudalismo. Pero la evolución del derecho hacia el socialismo ha ensanchado considerablemente el ámbito del orden público, que desempeña hoy papel primordial en el contrato de trabajo, en los arrendamientos rurales o en los alquileres; y más generalmente en todas las materias donde interviene el Estado para imponer una reglamentación y limitar los efectos de la voluntad de los individuos<sup>58</sup>.

Como resulta obvio, la referencia del Inaep al «socialismo» es, en realidad, una a la «socialización» del derecho, aludiendo con ello a la persecución de ciertos fines comunes a toda la sociedad antes que al modelo político alternativo al capitalismo; pero lo esencial de la cita apunta a determinar que el orden público hace referencia al derecho y también se vincula al orden interno en el sentido de la preservación de las reglas generales de la organización social. En efecto, la supresión del feudalismo, el cambio de organización del Estado, y la misma concepción de la familia, fueron banderas no solo jurídicas sino también políticas de los tiempos napoleónicos. Así, el orden público no puede desvincularse totalmente de los conceptos político-sociales de la sociedad, aun cuando su ámbito específico resulta siendo el derecho.

Messineo, comentando el Código Civil italiano de los años cuarenta, hace precisiones importantes en la siguiente cita:

Negocio contrario al orden público (llamado, también, negocio prohibido) es aquel que va contra los principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observar inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas): el denominado orden público interno, que ha de distinguirse del orden público internacional. El mismo, por consiguiente, resulta, además que, como es obvio, de las normas de derecho público, de las de derecho privado, llamadas, precisamente coactivas [...]. // El carácter coactivo puede resultar —y de ordinario resulta— del modo peculiar de la formulación de la norma, la cual prohíbe o impone comportamiento: pero puede resultar, también, de indicios indirectos, como la irrogación de la nulidad

---

58 Mazaud *et al.* (1965, p. 124).

de un determinado acto que sea contrario a la norma. // Son tales las normas de derecho público; son a veces de este tipo, las normas de derecho privado, y se llaman entonces de orden público —interno—. Por «orden público interno», en contraposición a «orden público internacional». Se entiende el conjunto de los principales fundamentales, por los cuales está informado el orden jurídico italiano, y el correspondiente interés en que determinados principios encuentran aplicación incondicional. // Con mayor propiedad, las normas de orden público podrían llamarse normas absolutas o, como acabamos de decir, cogentes. // Pero el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas coactivas<sup>59</sup>.

Resaltan varias simetrías con el tratamiento que los Mazeaud dan al concepto: la referencia a normas imperativas, con lo cual hay concatenación al derecho; y también la indicación de la relación que existe con los presupuestos generales de la organización social, lo que en Messineo adopta la formulación de «los principios fundamentales y de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado».

En la parte referente al artículo VII del título preliminar de nuestro Código, dentro de este libro, hacemos referencias al tema de los principios generales. Allí veremos que una referencia como la de Messineo a los principios del derecho de un Estado —que inclusive él menciona como del derecho italiano— está orientada a desentrañar los principios subyacentes bajo las normas imperativas de un derecho determinado, y su contenido más desarrollado se obtendrá no sólo del texto mismo de las normas imperativas, sino también de los contenidos que es posible extraer de ellas a partir de la aplicación de los métodos lógico y sistemático de interpretación —eventualmente complementados con otros métodos más—<sup>60</sup>.

De las citas transcritas antes, aparecen dos temas complementarios ya anunciados: la distinción entre *derecho público* y *derecho privado*, y el concepto de *normas imperativas* o *cogentes*.

---

59 Messineo (1971, pp. 47-48).

60 Rubio Correa (2023, pp. 245-262).

Sobre el primer punto, estimamos que la distinción entre derecho público y privado es poco útil para efectos de determinar el orden público debido a las limitaciones que tal distinción tiene en la actualidad.

Siguiendo en esta parte a Puig Brutau<sup>61</sup>, podemos comprobar que existen cuatro definiciones de estos campos, cada una con una variable de clasificación distinta:

1. Una según la cual el *derecho público* correspondería al derecho expresamente reconocido por el Estado en tanto que el *derecho privado* son las reglas dejadas al arbitrio de las personas en sus relaciones interindividuales, que no dejan de ser normas jurídicas, pero que son determinables sobre la base de la autonomía de la voluntad. Según Puig, esta clasificación, basada en la variable de derecho de contenido obligatorio por decisión del Estado y derecho cuyo contenido no nace de la decisión del Estado, correspondería en nuestra clasificación al «derecho imperativo o *ius cogens* y derecho voluntario o *ius dispositivum*»<sup>62</sup>.
2. Una segunda clasificación sería la que señala que el *derecho público* regula las relaciones jurídicas del pueblo del Estado como concepto político-jurídico en tanto que el *derecho privado* regula las relaciones privadas de los ciudadanos entre sí. Esta clasificación se fundamenta en la variable del interés jurídicamente protegido: los intereses cívicos de la más distinta naturaleza pertenecerían al derecho público en tanto que los intereses privados de las personas al derecho privado.
3. La tercera clasificación indica que el *derecho público* es el que corresponde al Estado y sus entes auxiliares en su actuación como tales en tanto que el *derecho privado* es el de los individuos y las personas jurídicas privadas. Según estas definiciones, la variable definitoria es la de la naturaleza del sujeto que actúa en el ámbito jurídico.
4. La cuarta clasificación establece que el *derecho público* impone relaciones de subordinación —de las personas frente al Estado— en tanto que el *derecho privado* regula las relaciones de coordinación

---

61 Puig Brutau (1981, pp. 36-39).

62 Puig Brutau (1981, p. 36).

—entre personas—. En este caso, la variable de clasificación es la naturaleza de la relación establecida frente al derecho.

Ensayando algunos ejemplos, el lector podrá darse cuenta de que estas cuatro clases de definiciones sobre derecho público y derecho privado son asistemáticas porque utilizan sendas variables; y lo que en más de un caso puede ser derecho público según una de las clasificaciones será derecho privado según otra. Es cierto que, por ejemplo, las normas de derecho constitucional serán siempre de derecho público —en cualquiera de las posibles clasificaciones—, y que un contrato innominado entre dos personas en relación particular será parte del derecho privado. Para los extremos de la gama de posibilidades, la distinción entre derecho público y privado es verdaderamente funcional. No obstante, cuando nos trasladamos a problemas de otra naturaleza, como el del orden público, en el cual la casuística es lo central y donde, por lo tanto, las variedades intermedias resultarán las más frecuente, entonces la utilidad práctica de la distinción desaparece por las insuficiencias de su conceptualización y la ambigüedad de sus exclusiones. Por ello, no consideramos que los conceptos de *derecho público* y *derecho privado* sean de mucha ayuda para precisar el concepto de *orden público*.

Distinto es el caso de las llamadas *normas imperativas*. Puig Brutau establece los términos conceptuales de la siguiente manera:

*Normas imperativas y dispositivas.*- Esta división se funda en el grado de eficacia de las normas frente a la voluntad de los particulares. Normas imperativas o inderogables (*ius cogens*) son las que imponen de modo absoluto a la voluntad de los particulares, en el sentido de que estos no pueden sustituirlas ni alterarlas. En cambio, las normas permisivas o voluntarias (*ius dispositivum*) son las que cumplen una función supletoria de la voluntad de las partes, de manera que estas pueden sustituirlas por lo que hayan dejado convenido en su lugar<sup>63</sup>.

Luego, pasa a desagregar cada uno de los conceptos anteriores de la siguiente manera:

Las normas imperativas, dice Castán, se subdividen en preceptivas y prohibitivas. Las preceptivas (normas forzosas positivas) ordenan

---

63 Puig Brutau (1981, p. 17).

positivamente una consecuencia jurídica forzosa, a cuyo fin imponen el cumplimiento de determinados actos (v.g., el deber de prestación de alimentos, exigible en determinadas circunstancias). Las prohibitivas excluyen la posibilidad de realizar lo prohibido, sin establecer en su lugar una norma jurídica positiva (v.g., la prohibición de contratar sobre herencia futura, o sobre cosas o servicios imposibles [...]). // Las normas dispositivas o voluntarias también pueden subdividirse en interpretativas e integradoras o supletorias. Las primeras ayudan a la comprensión de la voluntad declarada cuando esta se ha expresado de modo dudoso o incompleto [...]. Las integradoras suplen la falta de una declaración de voluntad suficiente. Los declarantes pueden haber omitido la regulación de ciertos efectos en un contrato [...] o pueden haber callado por completo en cuestiones que podían haber previsto<sup>64</sup>.

En este contexto conceptual, las *normas imperativas* son aquellas que ordenan una conducta positiva o una prohibición —y tal vez, en vía de especificación, habría que añadir a ellas, como tercera especie, a las normas de sanción, que no quedan plenamente ubicadas en ninguno de los dos casilleros expresados en la cita—. Es aquel grupo de normas jurídicas a las que se refiere la clásica disposición «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe» —artículo 2, inciso 24, literal *a*, de la Constitución—. Por oposición a ellas, estarían las *normas dispositivas* que, caracterizadas como lo hace nuestro autor, no pueden ser clasificadas dentro de las imperativas.

En resumen, esta clasificación entre normas imperativas y dispositivas es clara y excluyente entre sí, permitiendo una aplicación más precisa de los conceptos al caso del orden público. De esta manera, el *orden público* estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico —y de los principios subyacentes a tales normas, susceptibles de ser obtenidos mediante ciertos procedimientos de interpretación, como anotamos a propósito de la anterior cita de Messineo—.

Dos argumentos refuerzan esta manera de interpretar el primer supuesto del artículo V del título preliminar de nuestro Código Civil:

---

64 Puig Brutau (1981, pp. 20-21)

- El texto mismo del dispositivo se refiere a «las leyes que interesan al orden público», con lo que la interpretación literal nos remite a normas de carácter imperativo.
- La existencia de referencias a *normas imperativas* dentro del cuerpo mismo del Código Civil, específicamente, en los artículos 689, 1354, 1356 y 2096. En todos estos, esta expresión podría ser perfectamente intercambiada por la de *orden público*.

En referencia al orden público, es un problema particular determinar si, para la nulidad del acto jurídico que lo afecte, es necesario que haya una disposición específica que así lo establezca, o si basta con la norma general del artículo V del título preliminar. Es decir, lo que en el fondo está en discusión es si el artículo V es una norma de valor imperativo autónomo —aplicable por sí misma—, o si, más bien, es una declaración genérica que necesita luego apoyarse en otras normas específicas de declaración de nulidad.

En este punto, nos atenemos a la opinión de los Mazeaud, que parece la más correcta, en el sentido de que la sola invocación del artículo V es suficiente para determinar una nulidad —provisto que la norma sea debidamente aplicada, desde luego—, y que no es necesario el tener que concordar este artículo con otro que específicamente establezca una nulidad. Lo señalan de la siguiente forma:

La violación del orden público no se halla subordinada a la infracción de un texto de ley particular. Los tribunales averiguan, en cada especie, si el objeto de la convención o de la obligación es contrario a las necesidades actuales del orden público; tienen por misión determinar ese ámbito<sup>65</sup>.

Nos inclinamos por esta opinión dada la naturaleza normativa y no declarativa del título preliminar, y porque consideramos que sostener lo contrario es no atender debidamente a los principios generales establecidos en esta parte del Código que, como señalamos en la introducción de este libro, tiene significativa trascendencia en el conjunto del sistema jurídico.

De manera indicativa, cabe añadir que las referencias específicas al orden público como causal de nulidad de actos, además de la del artículo V del

---

65 Mazeaud *et al.* (1965, p. 283).

título preliminar, se hallan en los artículos 6, 13, 96, 120, 219, 1328, 1681, 1697, 2060 y 2104. A ellos cabe añadir los cuatro señalados anteriormente en los que se menciona a las normas imperativas, los cuales, sobre la base de la sustentación conceptual previa, deberían también ser considerados como referidos al orden público.

### 6.3. Las buenas costumbres

Como hemos señalado en el acápite primero de este capítulo, entendemos que el artículo V contempla como supuesto no a un acto que es «contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres», sino que es simple y llanamente «contrario a las buenas costumbres». Las razones que fundamentan esta afirmación se brindan a continuación.

- Existe una clara diferencia entre *ley* y *costumbre* dentro de la teoría de las fuentes del derecho. Se supone que toda norma legislativa que prescribe una conducta es en sí misma aceptable y, por lo tanto, debe ser aceptada como correcta en términos valorativos. Es obvio que esto no resulta necesariamente así desde una perspectiva social o filosófica, puesto que existen muchas normas legislativas injustas y criticables. Entonces, si una norma legislativa recoge una costumbre, esta será por definición «buena» para el derecho. No cabe, pues, suponer que existen leyes que recogen costumbres «malas» o «neutras». De otro lado, si esa norma que recoge una costumbre es, además, imperativa, ya no sería necesario referirse a las «buenas costumbres» en el artículo V, pues bastaría con lo que hemos visto antes: establecer como supuesto el acto contrario a las leyes que interesan al orden público.
- Conceptualmente, el artículo V del título preliminar es una norma clásica de aquellas en las que la costumbre es recogida como un estándar para que, escudriñando en la realidad, el juez determine si se ha violado o no la costumbre no legislada. La teoría conoce este caso como *costumbre según la ley*.
- Dentro de la normatividad específica del Código, las disposiciones se refieren a las buenas costumbres hasta en diez oportunidades (descontando al propio artículo V y al 219): artículos 6, 96, 104, 120, 515, 738, 1913, 2049, 2050 y 2104. En ninguno de ellos se hace mención a «las leyes que interesan a las buenas costumbres», sino que se remite directamente a estas últimas. Sistemáticamente,

por lo tanto, el Código ha establecido que el principio interpretativo debe ser el que hemos defendido.

Cuando la teoría indaga cómo los jueces deben aplicar esta norma, no recomiendan en ningún caso discriminar cuáles leyes interesan a las buenas costumbres y cuáles no; sino que establecen principios según los cuales el juez deberá ir a la realidad y determinar si una costumbre es buena o no.

Esta precisión de comienzo, que pudiera ser calificada de banal, no lo es en absoluto. En muchos textos se pueden leer comentarios en el sentido de que, en este tipo de normas, se está regulando lo que estimamos equivocado: «las leyes que interesan a las buenas costumbres» y, con ello, la norma se hace prácticamente imposible de aplicar.

Por lo pronto, la expresión *buena costumbre* requiere tres determinaciones: (i) una *costumbre jurídica*; (ii) que esta sea *buena*; y, además, (iii) que el acto jurídico materia de análisis sea *contrario* a tal buena costumbre jurídica. Que la costumbre jurídica sea *buena* plantea la necesidad de recurrir a calificaciones de naturaleza extrajurídica, más precisamente morales. Según estas calificaciones, las costumbres podrían ser, a efectos legales, buenas o neutras, puesto que se supone que las malas costumbres no podrían ser válidamente aplicadas dentro del sistema jurídico<sup>66</sup>.

La teoría del derecho ha establecido diversos requisitos para que una costumbre social pueda ser calificada como *jurídica*. No entraremos aquí en mayores precisiones y destacaremos que, a nuestro criterio, son tres los requisitos: (i) antigüedad en el tiempo, (ii) conciencia de obligatoriedad y (iii) uso generalizado<sup>67</sup>.

---

66 El Tribunal Constitucional ha hecho una operación mental inversa a la nuestra: sostiene que la moral tiene que ver con las buenas costumbres. Sea lo afirmado por el Tribunal o sea lo sostenido por nosotros en este párrafo, el tema es igual: la calidad de buena de la costumbre tiene una connotación moral. El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente al respecto: «La moral es un concepto de contenido abierto que debe ser concretizado en casos específicos. Relacionada básicamente con las buenas costumbres, su efectividad constitucional puede encontrarse reconocida básicamente en forma de límites, tal como aparece también en el caso del derecho a la libertad religiosa (artículo 2, inciso 3, de la Constitución): “el ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral”» (STC 3330-2004-AA, 11 de julio del 2005, § 33)

67 Cada uno de estos elementos requiere de mayores matices, los cuales hemos desarrollado en Rubio Correa (2023, pp. 186-190).

A su vez, es necesario notar que la norma del artículo V está planteada en términos de inversión negativa: resulta nulo el acto *contrario a las buenas costumbres*. De esta forma, no sólo se está reclamando la existencia de una «buena costumbre» sino, más aún, que en el acto materia de análisis exista lo *contrario* a ella. En este sentido, el supuesto normativo no juega ni con lo que diverge de la buena costumbre sin ser contrario a ella, ni con lo que resulta contrario a una costumbre que podríamos llamar *neutra* (porque el acto jurídico que cayera en tal condición bien podría resultar, a su vez, neutro). No puede escapar a nosotros que estas disquisiciones plantean complejos problemas de determinación.

Dos grandes vías, complementarias y no excluyentes, nos parecen útiles para la determinación de lo que constituyen las buenas costumbres y, naturalmente, lo contrario a ellas: una sumaria revisión de la legislación penal —y civil—, y las opiniones doctrinales.

El Código Penal se ocupa de la protección de las buenas costumbres en la parte referente a faltas. Los artículos son los siguientes:

**Artículo 449.-** *Perturbación de la tranquilidad*

El que, en lugar público, perturba la tranquilidad de las personas o pone en peligro la seguridad propia o ajena, en estado de ebriedad o drogadicción, será reprimido hasta con sesenta días-multa.

**Artículo 450.-** *Otras faltas*

Será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas:

1. El que, en lugar público, hace a un tercero proposiciones inmorales o deshonestas.
2. El que, en establecimientos públicos o en lugares abiertos al público, suministra bebidas alcohólicas o tabaco a menores de edad.
3. El que, en establecimientos públicos o en lugares abiertos al público, obsequia, vende o consume bebidas alcohólicas en los días u horas prohibidos, salvo disposición legal distinta.
4. *[Inciso derogado]*.
5. El que destruye las plantas que adornan jardines, alamedas, parques y avenidas.

Como puede verse, el espectro de atentados contra las buenas costumbres se extiende por diversos ámbitos: la moral sexual, el consumo de alcohol y el daño a la naturaleza. Si se analizan las faltas contra las buenas costumbres con perspectiva histórica, se verá que la conceptualización varía. En efecto, en el artículo 390 del anterior Código Penal, figuraban como faltas contra las buenas costumbres la embriaguez pública, la asistencia de menores a espectáculos reñidos con su adecuada educación y el maltrato a los animales. Ninguna de estas últimas ha sido recogida en la legislación penal vigente.

En materia de los artículos que tratan específicamente sobre las buenas costumbres en el Código Civil, y que ya hemos reseñado anteriormente, hay, a nuestro criterio, sólo uno que permite escudriñar contenidos concretos adicionales: el artículo 6.

**Artículo 6.-** Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Es obvio que una posible violación de las buenas costumbres en la disposición del propio cuerpo no tiene nada que ver con las buenas costumbres aludidas por las normas penales, sino con situaciones distintas que sería bueno determinar jurisprudencialmente —¿sería el caso, por ejemplo, de una mutilación evidente para los demás?—. No obstante, nótese que, en estos casos, se permitiría violentar la buena costumbre por las consideraciones de la parte final del párrafo transcrito, por lo que es posible que se trate de la consideración de costumbres más adjetivas que sustantivas.

En materia de opiniones doctrinales, tres asuntos destacan prioritariamente: (i) la no limitación de las buenas costumbres al ámbito de la moralidad sexual —considerada, por muchos, como su único campo de aplicación—; (ii) la relación evidentemente sociológica de la consideración de lo que es *buena costumbre* con la *conciencia social* espacial y temporalmente ubicada; y (iii) el carácter mudable de la concepción de lo que son *buenas costumbres*. Los Mazeaud dicen al respecto: «La noción de buenas costumbres y de orden público que los tribunales tienen por misión precisar, son los

conceptos tradicionales sobre los cuales se basan la civilización y la cultura francesa»<sup>68</sup>.

Por su parte, Messineo señala lo siguiente:

Negocio inmoral es aquel que lesiona las buenas costumbres, o sea, que va contra los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado «ambiente», considera y practica como tal (la denominada ética social). De esta manera, es menor el número de los negocios inmorales de lo que sería si se asumiese como criterio de valoración un concepto más rigorístico. Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro. Por tanto, el concepto de negocio inmoral es eminentemente relativo<sup>69</sup>.

Josserand, aun cuando es de quienes mencionan a «las leyes que interesan a las buenas costumbres» —criterio que hemos desechado—, aporta elementos de juicio interesantes:

Las leyes que interesan a las buenas costumbres son las que prohíben ciertas convenciones, cláusulas o combinaciones que adolecen de inmoralidad. Se pueden citar, en este orden de ideas, las disposiciones prohibitivas de pactos sobre sucesión futura, no abierta todavía.

De hecho, la determinación de las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres es sumamente delicada y se presta a la arbitrariedad; el artículo 6 confiere al juez un poder enorme y casi sin límites. En su aplicación, tienen en cuenta, muy prudentemente, el estado de las costumbres y de la opinión pública; no debe perder de vista el carácter mudable y evolutivo de la moralidad

---

68 Mazaud *et al.* (1965, p. 318).

69 Messineo (1971, p. 48).

jurídica: en nuestra Francia antigua el préstamo a interés era considerado como una operación inmoral, y los redactores del Código Civil vieron, en el seguro de vida, una combinación tan peligrosa como odiosa: nuestras ideas sobre ambos puntos han evolucionado notablemente<sup>70</sup>.

Aspecto importante de esta problemática, como puede verse de las transcripciones hechas, es la vinculación de las buenas costumbres con la moral, lo que nos lleva a un complejo terreno de la teoría del derecho. Al respecto, León Barandiarán, comentando el artículo III del título preliminar del Código de 1936 (concordado con el 1123 cuya norma equivalente, en el Código actual, sería el artículo 219), señala lo siguiente:

En cuanto a las buenas costumbres, ellas ponen al derecho en relación con la moral. Lo contrario a las buenas costumbres, vale decir, lo inmoral, lo ilícito, es reprobable jurídicamente, en cuanto merece la enérgica prevención a que se contrae el art. III. Este precepto se conecta con la disposición del inciso 2 del art. 1123, que declara la nulidad absoluta del acto cuyo objetivo es ilícito<sup>71</sup>.

A continuación, León Barandiarán añade lo siguiente:

Mas, todo lo anterior no significa la confusión entre Moral y Derecho, o digamos así, como la absorción del último por la primera. El art. III no dice que se prohíbe el pacto que se oponga a la moral, sino a las buenas costumbres. Quiere esto significar una calificación de orden moral, sin duda alguna, pero desde un punto de vista jurídico. El Derecho no exige todo lo que la Moral exige (la caridad, por ejemplo), ni prohíbe todo lo que ella prohíbe (no entra, en general, en el mundo de las intenciones); pero el Derecho no permite lo que es notoria y objetivamente inmoral<sup>72</sup>.

---

70 Jossierand (1951, pp. 133-134). El artículo 6 del Código Civil francés al que se hace referencia señala lo siguiente: «No se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres [*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*]».

71 León Barandiarán (1980, p. 46).

72 León Barandiarán (1980, p. 47).

Así, los pares moralidad-inmoralidad y licitud-ilicitud no designan una y misma cosa. Lo ilícito será lo que vaya contra las normas legales positivas vigentes, o contra sus principios, obtenidos mediante procedimientos interpretativos del tipo lógico o sistemático. En cambio, lo lícito o ilícito no tiene que ver necesariamente con lo moral o inmoral, pues cubre campos que no interesan necesariamente a la moral. Al propio tiempo, no todo lo que concierne a la moral concierne al derecho. Hay, por lo tanto, ciertos campos en los que moral y derecho se entrecruzan y, allí, el derecho convierte en ilícito lo que dentro de dicho campo resulta inmoral. La determinación de cuáles son esos campos corresponde necesariamente a la casuística.

Así, al final, queda claro que lo contrario a las buenas costumbres es contrario, en cierta manera, también al orden público. De esta forma, las buenas costumbres son una especie del género *orden público*, el cual se caracteriza por su correlación con la conciencia moral de la sociedad de un momento y lugar determinados. El orden público comprende a las buenas costumbres, pero no se agota en ellas, proyectándose a otras ilicitudes que carecen de contenido moral, pero que son contrarias a normas imperativas.

Sintetizando lo desarrollado hasta aquí, tenemos las siguientes conclusiones:

1. Las buenas costumbres son determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporalmente ubicada.
2. Las buenas costumbres cubren varios aspectos de la vida social.
3. Las buenas costumbres de las que tratamos tienen que ser costumbres jurídicas; y el acto nulo sería el que las contraría. Por lo tanto, se requieren tres determinaciones: una costumbre (i) jurídica y (ii) buena, y (iii) el acto contrario a ella.
4. Las buenas costumbres se ubican en el complejo campo de las relaciones entre derecho y moral.
5. Las buenas costumbres son una especie del orden público, pero no lo agotan.

#### **6.4. La determinación de la violación del orden público y las buenas costumbres**

La nulidad de los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público o buenas costumbres es una materia en la que se hacen primar

intereses sociales frente a la autonomía de la voluntad (declarada constitucionalmente como derecho de la persona). Por lo tanto, la determinación de esta circunstancia debe ser realizada por los tribunales competentes. Así lo sostienen los Mazeaud:

Esta noción del orden público, que comprende la de buenas costumbres es lo bastante vaga como para permitir a los tribunales poner freno a la voluntad de las partes cada vez que les parezca necesario. Pueden así ejercer una política útil de los contratos<sup>73</sup>.

La cita corresponde al comentario que estos autores hacen del artículo 6 del Código Civil francés, lo que explica la referencia a los contratos, pues tal norma se refiere a convenciones y no a actos jurídicos en general como más propiamente lo hace nuestro Código vigente.

Para la indagación de qué son, en cada caso, *orden público* y *buena costumbre*, comentando el artículo III del título preliminar del Código de 1936, León Barandiarán señala lo siguiente:

La condenación del pacto en cuanto se opone a las buenas costumbres, es también (como en el caso del orden público) una limitación a la libertad convencional. La respectiva apreciación corresponde, naturalmente, al Juez, en cuanto ello cae dentro de su competencia funcional. Mas, como una exigencia deontológica, por la propia naturaleza de la función judicial, no puede ser una apreciación arbitraria, caprichosa, completamente subjetiva, personalísima. El Juez aquí es un intérprete del sentir y del apreciar general de las gentes sobre la moral social reinante, debiendo proceder como procedería un hombre con un sensato y natural criterio de persona de bien. Siempre resulta posible hacer la discriminación entre lo lícito o lo ilícito, lo moral o lo inmoral, para poder pronunciar la nulidad del pacto que atenta contra lo primero<sup>74</sup>.

La opinión de este autor es coincidente con los principios generales que hemos desarrollado anteriormente respecto al carácter de estos conceptos, tan estrechamente ligados a la determinación de las normas imperativas en el caso del orden público, y el escudriñamiento de una conciencia moral

---

73 Mazeaud *et al.* (1965, p. 404).

74 León Barandiarán (1980, pp. 46-47).

determinada en el caso de las buenas costumbres. El magistrado judicial, aquí, no debe resolver en función de sus propias convicciones, porque no se trata de una discrecionalidad personal, sino que debe actuar como un develador de las ideas sociales predominantes. En esto no hay nada inusual, ya que la función jurisdiccional ha estado —y sigue estando— estrechamente vinculada al quehacer y a las concepciones sociales. Ello permite ver, de paso, la importancia que, en la formación del juez, tendrá una aproximación a los desarrollos propios de las ciencias sociales —al menos, pero no únicamente— para efectos de cumplir sus funciones en este terreno.

Por otro lado, no podemos dejar de hacer mención a la trascendencia social que tiene esta norma en nuestro medio, donde amplios sectores de la población tienen costumbres que son significativamente distintas de las dominantes posiciones culturales e ideológicas de la costa y, más específicamente, de Lima. El artículo V, desde esta perspectiva, permite flexibilizar de manera importante el rigor que eventualmente puedan tener las leyes del Estado al ser aplicadas a partes del territorio, o grupos humanos, que tengan sus propias cosmovisiones generales y, por lo tanto, cuenten también con costumbres distintas a las predominantes.

Además de los criterios que debe tomar en cuenta el juzgador para precisar los contenidos del orden público y las buenas costumbres, así como las implicancias de sus contrarios, los Mazeaud hacen una precisión respecto a la metodología concreta que se debe utilizar para deslindar las violaciones que un determinado acto jurídico pueda realizar del orden público o las buenas costumbres:

Analizando el objeto y la causa de los actos jurídicos es como constriñen los tribunales al respecto del orden público.

El objeto de un acto jurídico es aquello que tiende a realizar; así, el objeto de un contrato es la prestación prometida. El acto es nulo no solamente si el objeto es imposible de obtener, sino también cuando ese objeto es ilícito, es decir, que está prohibido por una ley imperativa. Todo acto jurídico cuyo objeto es contrario al orden público es, pues, nulo.

La causa de un acto jurídico es el motivo que ha empujado a su autor a efectuarlo. Es lo que se llama la «causa concreta» o «móvil». Cuando el que realiza un acto jurídico es conducido a él por un motivo contrario al orden público, ese acto es nulo.

No hay que confundir la causa del acto jurídico, especialmente la del contrato, con la causa de la obligación, o «causa abstracta»<sup>75</sup>.

De las consideraciones realizadas y las opiniones citadas, queda claro que el manejo de los conceptos de *orden público* y *buenas costumbres* sólo podrá ser eficiente y precisable si los tribunales les otorgan un tratamiento extensivo dentro de las consideraciones de las resoluciones en las que les corresponda aplicarlos. Así, como en otros aspectos del título preliminar, la responsabilidad principal del avance y consolidación de la aplicación jurídica de las normas descansa fundamentalmente en el desarrollo de una sólida y coherente jurisprudencia.

## 7. Interés y acción

**Artículo VI.**- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o su familia, salvo disposición expresa de la ley.

Hay que destacar que el artículo IV del título preliminar del Código Procesal Civil dice lo siguiente respecto a este tema:

**Artículo IV.**- El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocara interés y legitimidad para obrar.

El objetivo fundamental del artículo VI del título preliminar del Código Civil consiste en establecer criterios generales que regulen el interés que corresponde tener para la constitución como parte en los procesos judiciales. Por su naturaleza, está destinada a regular aquellos casos en los que la contienda versa sobre intereses individualizables — de personas naturales o jurídicas—. En este sentido, es una de las normas del título preliminar menos susceptible de ser extendida a otros campos del derecho.

En un plano de mayor generalidad, se conocen tres tipos de acciones:

- Las denominadas bajo la expresión *acción popular*, que son aquellas susceptibles de ser interpuestas por cualquier persona, tenga o no interés individual en el asunto a ventilarse. Son acciones que versan

---

75 Mazeaud *et al.* (1965, pp. 405-406).

sobre aspectos que la ley considera como de interés general y para los que, en consecuencia, otorga esta amplia facultad. Por ejemplo, entre otros, el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución.

- Las *acciones personalísimas*, que son aquellas susceptibles de ser interpuestas sólo por el interesado directo con exclusión de cualquier otra persona. Por ejemplo, los artículos 334, 347 y 417 del Código Civil.
- Las acciones que se someten a la regla del artículo VI del título preliminar, y que autorizan a todo aquel que tenga interés legítimo o moral (con las precisiones allí establecidas). Son la gran mayoría de las acciones consignadas en el Código Civil<sup>76</sup>.

Esto equivale a decir que el artículo VI que comentamos establece los principios bajo los cuales se regula la existencia de interés en buena parte de las acciones civiles que no sean expresamente de carácter personalísimo o popular; y, por tratar de acciones con contenido de interés individualizable, es aplicable también a otros campos del derecho donde ello suceda. Sin embargo, en las acciones donde no se discuten intereses de esta naturaleza, el artículo VI no será norma de aplicación extensiva ni analógica.

La definición de los diversos contenidos que trae el artículo merece un tratamiento específico. Por lo pronto, es importante señalar que, como su propio texto indica, es una disposición aplicable tanto para la legitimación procesal activa —interposición de acción o eventual reconvenición—, como para la pasiva —contestación de la acción interpuesta bajo cualquiera de sus posibles alternativas—.

### 7.1. El legítimo interés

En los comentarios realizados hasta ahora sobre este artículo —o sobre el IV del título preliminar del Código de 1936—, no hemos registrado la definición de *legítimo interés*. Tratemos de aproximarnos a ella.

Sobre esta materia, el Código Civil contiene diversas normas vinculadas al interés público, social y nacional, las cuales no tienen vinculación directa

---

<sup>76</sup> Una lista exhaustiva de las disposiciones procesales del Código Civil puede verse en Zolezzi Ibárcena (1985, pp. 147-171).

con el interés individualizable. Las que sí tienen vinculación con este último lo expresan de cuatro diversas maneras. Estas son las siguientes:

- El *legítimo interés* en los artículos VI, 49, 127, 129, 253, 351, 366, 399, 956, 1260 y 1999
- El *interés legítimo y actual* en el artículo 275
- El simple *interés* en los artículos 2, 67, 220, 421, 426, 535, 598, 599, 606, 610, 619, 634, 640, 643, 644, 648, 654, 701, 786, 974, 1316 y 2106
- El *interés propio* en el artículo 1457

A primera vista, pudiera parecer que estas cuatro maneras de referirse a los intereses individualizables son equivalentes. Sin embargo, consideramos que no es así. El artículo 1457 se refiere al contrato a favor de tercero según el cual el prominente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona y añade textualmente lo siguiente: «El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato». Aquí, la expresión *interés propio* está referida, obviamente, a que el estipulante debe estar directamente interesado en la relación obligacional a establecerse con el prominente y que tal obligación no podrá brotar «de un modo casual»<sup>77</sup>. Tan directo es el interés del estipulante que, según el artículo 1460, «[s]i el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor».

Por su parte, el artículo 275 establece que la acción de nulidad de matrimonio debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser planteada por quienes tengan un «legítimo interés y actual». En este caso, es claro que la ley requiere que la persona que intenta la acción no sólo tenga un interés genérico en la nulidad de tal matrimonio, sino que, además, ese interés sea inmediato, razón por la cual se estipula el requisito del «interés legítimo y actual». Es decir, se pretende reforzar la legitimación activa directa e inmediata en el asunto, lo que, además, se deduce claramente de los diversos incisos del artículo 274 —que establece las causales de nulidad del matrimonio—, en los que se tiende también a restringir tal legitimación a un grupo reducido o a personas individuales con un interés muy preciso en el asunto.

---

<sup>77</sup> Arias Schreiber Pezet (1988, p. 130).

Por oposición a estos casos, se puede notar que la gran mayoría de los artículos que se refieren genéricamente al *interés* está ubicada en los libros referentes al derecho de familia y sucesiones. Algunos de estos artículos son los siguientes:

- El artículo 2 (en el que se establece que «[l]a mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento») alude a un interés genérico ni necesariamente inmediato, ni necesariamente propio en el sentido del artículo 1457.
- El artículo 67 (que autoriza a cualquier interesado o al Ministerio Público a solicitar el reconocimiento de existencia de quien haya sido declarado judicialmente muerto) alude a un interés de naturaleza genérica, no precisa, y que, más bien, correspondería a criterios generales de humanidad antes que a intereses concretos.
- El artículo 220 (que se refiere a que la nulidad de un acto jurídico puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público) alude también a un interés general. No en pocos casos en los que tal nulidad es procedente —según el artículo 219 del Código— no se trata de perseguir un interés directo o inmediato del accionante —aunque ello, naturalmente, no queda excluido de la norma—, sino de proteger a quien realizó el acto incurriendo en nulidad.
- El artículo 974 establece, en su primer párrafo, lo siguiente: «Cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás». En este caso se hace referencia a intereses de naturaleza general propios de cada condominio.
- El artículo 1316 (que establece que la obligación inejecutada se extingue cuando el acreedor «justificadamente pierda interés en su cumplimiento» o «no tuviese justificado interés en su ejecución parcial») referencia al *interés* que también es de naturaleza genérica y, en cierta medida, subjetiva para quien debía recibir la prestación.
- El artículo 2106 (que establece que la sentencia extranjera que reúna los requisitos establecidos en diversos artículos del Código «puede ser ejecutada en el Perú a solicitud del interesado») sí alude

al interesado directo o inmediato, lo que no queda claramente establecido en el texto expreso de la norma, aunque sí en su sentido lógico.

A diferencia de los casos anteriores, en todos aquellos en los que se hace referencia al *legítimo interés*, se trata de un interés de naturaleza exigible por aquel que queda legitimado para accionar, aunque naturalmente está a su libre arbitrio el plantear o no tal exigencia.

De los textos trabajados, consideramos clara la diferencia entre aquellas normas en las que el Código se refiere a un «interés genérico» (en las que utiliza la simple expresión de *interés*), y aquellas en las que a un interés exigible jurídicamente hablando (en las que utiliza la expresión *legítimo interés*). Para guardar las simetrías, tal vez el Código debió hablar del «legítimo interesado» en el artículo 2106 y, con ello, nuestro argumento carecería de excepciones. Empero, en cualquier caso, consideramos clara la diferencia.

Los casos en los que se menciona el «legítimo interés» son más cercanos a los de los artículos 275 y 1457 en el sentido de la precisión de los intereses exigidos en ellos —que, como ya se señaló, no son genéricos—. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se podría haber tratado de legítimo interés por las siguientes razones:

- En el artículo 275, como se indicó, ha sido clara la voluntad del legislador de restringir el círculo de quienes adquieren legitimación activa para accionar contra el matrimonio nulo. Por lo tanto, es exigible el requisito adicional del «interés actual» en virtud de las consideraciones teleológicas correspondientes.
- En el artículo 1457, se hace referencia a la celebración de un contrato, antes de la cual no existe un posible interés exigible entre las partes.

De todo este análisis, puede concluirse que, con ciertos matices y una excepción, la expresión *legítimo interés* dentro del Código parece referirse a aquellos intereses que son jurídicamente exigibles a su arbitrio por el interesado. Se descartarían, por lo tanto, los intereses de carácter genérico (como los del grupo de normas a los que el Código califica simplemente como *interés*) y los de naturaleza expectativa.

## 7.2. El interés económico

El *interés económico* puede ser definido como aquel que tiene contenido patrimonial, es decir, valorizable en sí mismo, o referido a bienes susceptibles de ser, a su vez, valorizados.

Nótese que, en este caso, el interés se protege extensivamente en comparación al interés moral, porque no se establece la limitación de la referencia «al agente o a su familia». De hecho, es así porque bien puede quedar legitimado el acreedor mediante la clásica acción revocatoria (artículo 195 del Código Civil) o la subrogación (especialmente la considerada en el inciso 2 del artículo 1260).

## 7.3. El interés moral

El *interés moral* es aquel que se refiere a lo extrapatrimonial, es decir, a lo que, en su misma sustancia, no puede ser valorizado patrimonialmente. A modo de ejemplo, caen aquí todos los derechos establecidos en el artículo 2 de la Constitución —salvo ciertos matices del derecho al trabajo, propiedad y herencia— y buena parte de lo estipulado en los treinta y dos primeros artículos del Código Civil (existiendo, obviamente, muchos otros derechos extrapatrimoniales en estos y otros cuerpos legislativos). Es obvio que el artículo VI legitima procesalmente para el ejercicio de las acciones comunes y no para el de las constitucionales, las cuales tienen su propia normatividad en el Código Procesal Constitucional. Que eventualmente la violación de estos derechos concluya en una indemnización medida en términos económicos plantea discusiones doctrinales sobre su carácter extrapatrimonial en los aspectos de la responsabilidad extracontractual. Comentando el artículo 1984 del Código Civil, señala León Barandiarán lo siguiente:

Hoy no puede discutirse que en materia de responsabilidad extracontractual el daño moral deber ser considerado. Por lo tanto, nada justificatorio sería que se omitiera tratar de tal daño. Es más, el codificador ya estaba comprometido en este asunto, puesto que en el artículo VI del título preliminar se garantiza el interés moral. Siendo el daño moral una sub-especie de interés moral, no cabía que en esta parte del Código se hiciera la caracterización del daño moral, lo cual, por lo demás, corresponde a la doctrina. Por lo demás, compete al juez señalar el monto de la reparación por el daño moral actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la

reparación ha de hacerse por un determinado quantum pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de metástasis o transmutación para el efecto de que él siendo extrapatrimonial, solo puede repararse mediante una reparación de carácter patrimonial; de otro modo el daño moral no podría ser reparable, salvo casos muy singulares en que cupiese la reparación in natura; así el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia<sup>78</sup>.

Sosteniendo una opinión distinta, Fernando de Trazegnies señala lo siguiente:

El daño moral tiene una regla especial en el artículo 1984 para los efectos de determinar el monto de su indemnización. Pero el texto de este artículo no nos aclara realmente ni la naturaleza ni los criterios para la evaluación económica de este tipo de daño. Es sabido que la doctrina ha tenido siempre mucha dificultad para ubicar el daño moral dentro de las categorías de la responsabilidad extracontractual. La doctrina francesa sostiene que el daño moral es el daño extrapatrimonial: El sufrimiento causado por el daño, independientemente del valor económico de su reparación. Pero un daño extrapatrimonial no puede ser reparado patrimonialmente mediante una indemnización porque, por definición, es inapreciable en dinero. // En consecuencia, la única forma de entender este texto es en el sentido señalado por una parte de la doctrina: el mal llamado daño moral es en realidad un daño patrimonial económico; pero cubre todo estos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantitativamente; razón por la cual se le otorga al juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso de crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se la denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al juez la fijación de una indemnización a su criterio y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama<sup>79</sup>.

---

78 León Barandiarán (1988, pp. 806-807).

79 De Trazegnies Granda (1986, p. 232).

Otra posición al respecto es planteada por Carlos Fernández Sessarego:

Una tercera posición sostiene que la reparación en dinero del daño no patrimonial tiende fundamentalmente a penalizar pecuniariamente al agente ofensor y, simultáneamente y en ciertos casos, a satisfacer un sentimiento de venganza de parte del agraviado. En otra dimensión la reparación civil puede cumplir una finalidad disuasiva, que desaliente la comisión de este tipo de daño en agravio de la persona. A nuestro entender, la reparación del daño no patrimonial ocurre una múltiple función ya que, según sea el caso, actúa a la vez como un modo de satisfacer a la víctima, una sanción económica al agresor y de elemento disuasivo. Es decir, reúne o combina, en diferente dosis o proporción según el caso elementos puestos de relieve por las diversas posiciones brevemente analizadas<sup>80</sup>.

Como puede apreciarse, las opiniones doctrinales difieren en cuanto al daño como un aspecto de la protección del interés moral. El análisis presentado por los textos citados plantea todos los elementos de la discusión que, por lo demás, corresponde con propiedad al análisis de la responsabilidad extracontractual. No obstante, si dejamos de lado lo vinculado al daño, es evidente que quedan aún en pie otros tipos de protección del interés moral en este y otros campos (como la inhibición o cesación del agravio), tratados extensamente por Fernández Sessarego en las páginas siguientes a la cita presentada.

Concluiremos este capítulo con una breve referencia al problema del concepto *familia*. Al respecto, León Barandiarán señala lo siguiente:

En lo que hace a la inclusión de los miembros de la familia, ello se justifica por la consideración de que dichos miembros y el agente directo forman una comunidad endopática, por la cual lo que pueda afectar al agente es susceptible que afecte a ciertas personas vinculadas a él por estrechos vínculos de parentesco. Con todo, la familia puede ser un término equívoco. Aquí, quiere significarse quienes están unidos por estrechos lazos familiares, constituyendo una comunidad doméstica, en cuanto todos los miembros que componen la familia en sentido estricto viven alrededor de un hogar en

---

80 Fernández Sessarego (1988, pp. 92-93).

comunidad existencial. La Constitución ha calificado a la familia como una sociedad natural (art. V)<sup>81</sup>.

El concepto de *familia* no ha sido definido ni en este Código ni en el precedente. Hay una marcada inclinación a considerar que los lazos de parentesco tienen una función legitimadora hasta el cuarto grado en la línea consanguínea colateral, y hasta el segundo en la de afinidad, contando además, por supuesto, a los parientes en línea recta sin limitaciones. Sin embargo, la opinión de León Barandiarán parece inclinarse a que la familia aquí aludida supone una «comunidad doméstica, en cuanto todos los miembros que componen la familia en sentido estricto viven alrededor de un hogar en una comunidad existencial». Si ello se tomara estrictamente, serían familiares los que comparten lo que en el derecho se expresa como «el mismo techo». Aquí estaríamos tomando un criterio de selección familiar distinto al del parentesco antes aludido porque, de un lado, no todos los parientes mencionados comparten el techo; y, de otro lado, pueden convivir estrechamente unidas personas que no son parientes.

El problema se complica aún más si tomamos en consideración que, dada la pluriculturalidad del Perú, en extensas zonas del territorio, las poblaciones tienen conceptos distintos de *familia*: por ejemplo, para los sectores tradicionales, ella puede bien incluir parientes más alejados del cuarto grado de consanguinidad colateral, «parientes afines de hecho» a los que las personas se vinculan sin el lazo del matrimonio civil y, aun en muchos casos, a parientes espirituales que se ligan por el compadrazgo o apadrinamiento. No puede desconocerse que, de este tipo de vínculos, se desprenden deberes consuetudinarios que tienen, a veces, mucho reconocimiento de obligatoriedad.

De esta forma, es difícil precisar el concepto de *familia* del artículo VI y más aún en relación con los «intereses morales».

A modo de ensayo de los mínimos que puede contener —dejando abierta la posibilidad de añadir jurisprudencialmente otras extensiones—, podríamos decir que la *familia* a la que alude el artículo VI comprende los siguientes supuestos:

- Ascendientes y descendientes

---

81 León Barandiarán (1988, pp. 28-29).

- Parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- En especial, los que vivan bajo el mismo techo que ellos

En cualquier caso, como dijimos anteriormente, la legitimación activa y pasiva para accionar por interés moral es, en este aspecto, más restringida que en el interés económico porque el texto es claro al expresar: «El interés moral autoriza la acción *solo* cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley [*el énfasis es nuestro*]».

Es indiscutible, para concluir, la vinculación que existe entre este artículo y el VIII que establece que «[l]os jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran al derecho peruano». Aquí la jurisprudencia puede encontrar extensa inspiración a propósito de la precisión del concepto de *familia* y en referencia a todas las posibles situaciones en las que sea necesario brindar protección al interés moral, así como al económico.

## 8. La aplicación de la ley por el juez

**Artículo VII.**- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

Este artículo tiene una estrecha vinculación con el principio *iura novit curia*, desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que puede resumirse en el contenido de la siguiente sentencia:

Distinto, pero también importante para una eficiente protección de derechos, es el caso del aforismo *iura novit curia*, contemplado en los artículos VII del título preliminar del Código Civil y del Código Procesal Civil [...]. Aquel precepto establece que “(el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (...))” [*sic*]<sup>82</sup>.

---

82 STC 0569-2003-AC (5 de abril del 2004, § 5).

En este sentido, hay que señalar que el supuesto del artículo VII del título preliminar del Código Civil no autoriza al juez, bajo ningún canon interpretativo, a ampliar el *petitum* o pretensión jurídica del demandante, o a resolver sobre punto no demandado o controvertido. Pretenderlo así equivale a desnaturalizar el significado textual y lógico del artículo VII.

### 8.1. El contenido del artículo VII

El artículo VII, tanto por su texto literal como por sus antecedentes doctrinales, está orientado a garantizar que el juez aplique las normas pertinentes, aunque estas no hayan sido invocadas debidamente por las partes. En absoluto tiene que ver ni con la modificación de la litis planteada por las partes.

El principio contenido en el artículo VII, por otro lado, es perfectamente congruente con la primacía de la ley, y su no derogación por acto particular de parte, aunque haya negligencia o ignorancia al invocar el derecho que la asiste. Pretender que, en virtud de estas circunstancias, pudiera darse el caso de no aplicar la norma jurídica pertinente, resultaría inaceptable dentro de la conceptualización más elemental del Estado de derecho<sup>83</sup>.

Entonces, sobre la base de lo expresado, coincidimos con la autorizada opinión de León Barandiarán, quien, respecto a este artículo, ha escrito lo siguiente:

El demandante solicita reconocimiento del derecho que realmente tiene, y así resulta de los actuados y probanzas; pero en la demanda se cita por error un precepto legal que no es precisamente el que ampara el derecho sino otro distinto. Pero por tal error el juez no debe declarar infundada la demanda sino, por el contrario, declararla fundada, recurriendo al precepto legal que la pueda amparar y que no está citado en la demanda [...] pues la verdad real debe prevalecer frente a la verdad formal<sup>84</sup>.

---

83 Por lo demás, en la doctrina, ha quedado establecido que, cuando las leyes procesales establecen la obligatoriedad de expresar los fundamentos de derecho, no se está exigiendo la cita precisa de los artículos y leyes, sino la expresión general de la situación jurídica en cuyo ámbito se invoca la protección judicial.

84 León Barandiarán (1988, pp. 29-30).

## 8.2. Las deficiencias identificadas en el artículo VII

Sin perjuicio del acierto conceptual que encontramos en este artículo, entendemos que su formulación tiene ciertos defectos que pueden llevar a problemas de aplicación. En síntesis, ellos son los siguientes:

- a. La ausencia de referencia a la norma legal aplicable, o su cita equivocada, pueden ocurrir no sólo en la demanda, sino también en la contestación: el caso puede ser tal si la demanda exige una petición amparada en una norma general correcta; pero existe una norma de excepción que beneficia al demandado y este no la invoca. En rigor, aquí existe la misma razón que en el supuesto del artículo VII: el juez debería aplicar la norma pertinente y declarar infundada la demanda en atención a la excepción, aun cuando no hubiera sido invocada en la defensa del demandado. Es obvio que el texto no lo dice así; pero, ante la claridad de la situación, sería perfectamente aplicable un razonamiento analógico *a pari* (donde hay la misma razón existe el mismo derecho), defendiendo los intereses del demandado con la aplicación de la norma pertinente. No obstante, el hecho de que haya que recurrir a la analogía para atender a las circunstancias, habla de las deficiencias que muestra el artículo.

Hay que destacar que el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil se pronuncia en este sentido: «El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o la haya sido erróneamente».

- b. Lo segundo es la posibilidad de que la aplicación de la norma no citada se verifique en un estado de proceso en el que la parte perjudicada no pueda ejercer su defensa porque no la tomó en cuenta al plantear sus posiciones, o porque le exigiría probanza adicional de hechos que ya no puede ver realizada. En este caso, podría afectarse seriamente el derecho de defensa y el artículo VII no trae solución alguna al problema. Tal vez la opción más adecuada sea la de establecer mecanismos procesales dirigidos a garantizar el ejercicio de esta atribución por los jueces y, a su vez, la debida defensa de las partes involucradas en el proceso. En este caso, se deben prever mecanismos de prueba o alegación para cuando la norma aplicable y no invocada aparezca en etapas del procedimiento en las cuales no pueda ofrecerse nueva prueba ni realizarse alegación adicional.

Estos defectos no deben, sin embargo, llevar a la crítica destructiva de esta importante norma; sino que, por el contrario, deben ser elementos de juicio para su mejor elaboración normativa a través de una modificación del texto que, en verdad, resulta insuficiente para su debida y correcta aplicación.



#### Módulo de trabajo 4

(<https://forms.gle/S2k1uFqUmyqQq62r8>)

### 9. Los principios generales del derecho y la analogía

**Artículo VIII.-** Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Luego del Código vigente se dictó la Constitución de 1993, la cual, en su artículo 139, establece lo siguiente:

**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

#### 9.1. Análisis lógico-jurídico del artículo VIII

Podemos esquematizar la estructura interna de este artículo de la siguiente manera:

- SUPUESTO: «Si la ley contiene defectos o deficiencias»

- CONSECUENCIA: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia y, en tal caso, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano»

Dentro del supuesto existen tres conceptos a definir. Los dos primeros están interconectados y son el *defecto* y la *deficiencia*. En realidad, en el título preliminar, ellos son tratados asistemáticamente si realizamos una breve comparación con el primer párrafo del artículo X que establece que «[l]a Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación».

Una interpretación de comparación sistemática de los dos dispositivos obliga a considerar como insuficiencias en las normas existentes a los *defectos*. En cambio, *vacío* y *deficiencia* vendrían a ser expresiones equivalentes que hacen referencia a la ausencia de normatividad, lo que, en la teoría, se conoce como *laguna del derecho*.

De esta manera, *defecto* y *deficiencia* equivalen a indicar insuficiencia o inexistencia de norma jurídica, caso en el cual es procedente recurrir a los principios generales.

El tercer concepto es el que define el ámbito dentro del cual se produce el defecto o deficiencia: la *ley*. En sentido estricto, la *ley* es aquella norma dictada por el órgano legislativo del Estado según los artículos 107-109 de la Constitución. Pueden añadirse fácilmente los decretos legislativos normados en el artículo 104 de la misma Constitución, los cuales tienen la misma jerarquía que las leyes del Congreso. Sin embargo, estimamos que aquí el término *ley* está tomado en sentido genérico y quiere decir, en general, «vacío o deficiencia en el sistema jurídico». Esta interpretación, no obstante, presenta algunos problemas teóricos.

En primer lugar, nótese que, cuando el artículo X trata el mismo tema, se refiere a la *legislación* y no a la *ley*. El término *legislación* incorpora tanto a las leyes y decretos legislativos como a las demás normas positivas —Constitución, decretos y resoluciones, naturalmente, según su jerarquía—. Sería ilógico que el artículo VIII se estuviera refiriendo sólo a las normas con rango de ley y no a las demás. Por ello, interpretándolo sistemáticamente en comparación con el artículo X, estimamos que no existe ningún problema en entender que los referidos vacíos o deficiencias son los que se producen en la *legislación* y no sólo en las leyes y decretos legislativos.

Sin embargo, la teoría de las fuentes del derecho considera que, en un sistema determinado, existen más fuentes que la legislación: también están la jurisprudencia —vinculante o no—, costumbre, doctrina y, en ciertos casos, declaración de voluntad (sobre la que existen discrepancias teóricas que no corresponde discutir aquí).

Desde el punto de vista legislativo, en nuestro sistema jurídico casi no existen referencias a estas otras fuentes del derecho. La jurisprudencia tuvo importancia en el ámbito administrativo, tributario y laboral desde mucho tiempo atrás. Ahora es significativa en las disciplinas constitucionales y en los tribunales administrativos modernos que establecieron el sistema de precedentes vinculantes. En el caso del Código Civil, fue significativo el énfasis que profesores extranjeros pusieron en la importancia del reconocimiento de la costumbre y las otras fuentes del derecho en un seminario internacional sobre el Código Civil peruano, organizado por la Universidad de Lima en agosto de 1985. Allí Alejandro Guzmán Britto sostuvo lo siguiente:

El art. 7, que viene a corresponder al 21 de 1852 y al 8 de 1936, conserva el principio que obliga a los jueces a fallar según criterios objetivos. Para los artículos precedentes, tales criterios eran las leyes; para el citado art 7. son «las normas jurídicas pertinentes».

He aquí una innovación, a mi juicio, de importancia capital.

Norma jurídica no es sinónimo de ley. De acuerdo con la teoría general del derecho, una norma jurídica se opone a una norma moral y a una norma social, teniendo las tres una similar estructura deontológica, pero difiriendo entre sí por el contenido. Imaginemos, pues, un principio destinado a regular cierta relación patrimonial jamás contenido en ley alguna, pero establecido por el consenso entre juristas o por la costumbre o en virtud de una reiterada aceptación judicial. No tratándose de una norma moral ni social, evidentemente estamos en presencia de una norma jurídica. A mi modo de ver, la idea de norma jurídica, con ser precisa en su estructura lógica, o más propiamente, deontológica, es tan amplia, que bajo ella puede entenderse desde luego a las leyes, pero también a la costumbre, la jurisprudencia lo mismo que a la doctrina<sup>85</sup>.

---

85 Guzmán Brito (1985, p. 48).

Luego de analizar este y otros temas sobre fuentes del derecho en el Perú, concluye de la siguiente forma:

Si tal fue en realidad la intención del legislador peruano no lo sé y lo más probable es que no la haya sido. Pero es cierto que la tarea del legislador se agota cuando emana su ley, a partir de la cual los juristas son soberanos para interpretarla de acuerdo con cánones no ciertamente recientes. El intento de esta comunicación precisamente ha sido mostrar como el análisis interpretativo puede llevar a encontrar mucho más de lo que exhibe una lectura quizá influida por los códigos precedentes<sup>86</sup>.

Esta interpretación en lo favorable a la costumbre indica la estrecha conexión que existe entre la solución de las lagunas del derecho y las normas consuetudinarias. Todo ello vincula, automática y armónicamente, al artículo VIII del título preliminar del Código Civil con el artículo 139, inciso 8, de la Constitución, el cual establece la recurrencia al derecho consuetudinario, precisamente, para resolver este tipo de problemas. Por lo demás, rescatar la costumbre en un país pluricultural como el Perú es muy importante.

En cuanto a la consecuencia de este artículo, estimamos necesario recalcar que supone tres consideraciones normativamente obligatorias:

- En primer lugar, ante la insuficiencia o inexistencia normativa, el juez no puede dejar de administrar justicia. En otras palabras, no cabe la posibilidad del no pronunciamiento de resolución, de dene-gación de justicia.
- En segundo lugar, para administrar justicia, el juez deberá, ante todo, recurrir al derecho consuetudinario y a los principios generales que inspiran el derecho peruano.
- Finalmente, a falta de tales principios específicos, el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho.

## **9.2. Los principios generales del derecho**

El positivismo jurídico, que se apoderó de las concepciones teóricas del derecho a partir del siglo XIX y que ha sido tan significativamente influyente

---

86 Guzmán Brito (1985, p. 52).

en nuestro medio hasta ahora, ha oscurecido un aspecto fundamental del derecho en general: durante siglos, los principios generales fueron el eje central de las concepciones jurídicas en el mundo, y dieron pie a la producción de los sistemas más importantes que se conocen. La primacía del derecho legislado es históricamente reciente —podría ubicarse tentativamente a fines del siglo XVIII y tal vez, con mayor propiedad, hacia mediados del siglo XIX, variando de Estado a Estado—. Por otra parte, a partir de la cuarta década del siglo pasado, los principios generales retomaron una fuerza significativa a través de episodios y corrientes de pensamiento mundial aplicables también al derecho. Ejemplo de ello es el desarrollo de la doctrina de los derechos humanos. Más allá de sus limitaciones y de la falta de observancia que puede constatarse en el mundo contemporáneo, es indiscutible que la doctrina de los derechos humanos se ha afianzado e impuesto en el contexto general, no sólo como inspiración de normas legislativas, sino incluso como criterio orientador de la jurisprudencia, doctrina y aspectos mucho más amplios de la conceptualización jurídica y el quehacer social. Por lo tanto, es completamente inexacto considerar a los principios generales del derecho como intrusos.

### 9.2.1. Breve referencia histórica

La referencia a los grandes principios es encontrada por muchos autores<sup>87</sup> en el texto Paulo (D.50.17.1) que dice lo siguiente: «Regla es lo que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay».

Así, el derecho no sería un conjunto de disposiciones positivas, sino algo subyacente que se contiene en diversos principios a partir de los cuales se aplican las reglas. Esto, que contemporáneamente podría ser descrito como una concepción iusnaturalista, no lo fue para el hacer del derecho romano, que, a lo largo de buena parte de su historia, se realizó dando respuesta al caso concreto a partir de principios generales. Esta y no otra fue la práctica del pretor, los grandes jurisconsultos y también, a su medida, el colegio de pontífices en las etapas previas a aquellos (aun cuando contaba con la Ley de las XII Tablas).

El propio Justiniano, al hacer una gigantesca codificación del derecho romano, señaló lo siguiente en las *Instituciones* (libro I, título I):

---

87 Puig Brutau (1981, p. 221).

La justicia es la constante y firme voluntad da dar siempre a cada uno lo que es suyo.

1. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto.
2. Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie, y dar a cada uno lo que es suyo.

Lo propio ocurrió con los tribunales ingleses de diversos momentos, los cuales dieron a luz al *common law* y, más tarde, a la *equity*. En síntesis, los fundamentos de dos grandes sistemas jurídicos contemporáneos y cercanos a nosotros se construyeron en directa referencia a los principios generales, y ello es susceptible de ser extendido a otras grandes familias del derecho comparado<sup>88</sup>.

La Revolución francesa intentó, con resonancia jurídica que aún pervive, incorporar los principios que la guiaron a los textos legislativos, fundamentalmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y el propio Código Civil de Napoleón. La libertad, igualdad, resistencia a la opresión y aun la propiedad privada fueron consignas subversivas de aquel entonces, las cuales ingresaron a los textos legislados consagrándose jurídicamente a raíz de la revolución liberal.

Sin embargo, norma equivalente a la de nuestro artículo VIII no existió en el Código napoleónico. Díez-Picazo y Gullón lo explican de la siguiente forma:

Al redactarse el Código francés se discutió mucho cuáles debían ser las fuentes supletorias del mismo, existiendo entre sus redactores alguna controversia sobre si dicho valor supletorio había de atribuirse a la equidad, a la ley natural o a la razón. Las dificultades del intento, las protestas de algunos tribunales y probablemente la idea de Código como obra racional que se autointegra hicieron que en el Código civil francés el tema se omitiera<sup>89</sup>.

No obstante, la norma apareció pronto en el Código austriaco. Los mismos autores lo relatan:

---

88 David (1973).

89 Díez-Picazo y Gullón (1980, p. 177).

La idea de unos «principios generales del derecho» aparece por primera vez en el Código civil austriaco de 1811, muy inspirado en la escuela del derecho natural racionalista. Según el Código austriaco, «si no se puede decidir una cuestión jurídica, ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decide por la ley en los casos análogos y en los fundamentos de otras leyes semejantes. Si resultare aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales», y su parte, el Código civil italiano de 1865, en el artículo 3, párrafo 2 de sus Disposiciones Preliminares, decía que «si una controversia no se puede decidir mediante una precisa disposición legal, se recurrirá a las disposiciones que regulan casos semejantes y materias análogas y si el caso es aún dudoso, se decidirá conforme a los principios generales del derecho»<sup>90</sup>.

La norma, con variantes, está contenida en numerosos códigos trascendentes, entre ellos, el español e italiano. En el Perú, de maneras distintas, ha existido en el título preliminar de nuestros tres códigos civiles.

### **9.2.2. Aspectos conceptuales de los principios generales**

A propósito del artículo 139, inciso 8, de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha dado una importante caracterización de los principios generales del derecho:

42. Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central el sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico.

Conforme al artículo 139, inciso 8, de la Constitución, un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho.

---

90 Díez-Picazo y Gullón (1980, p. 177).

43. Los principios generales, en relación a las normas y a los valores, han adquirido gran importancia para la interpretación jurídica, además de su indispensable aplicación para fines de integración jurídica. En ese contexto, un sector importante de la doctrina considera que los principios generales también pueden ser considerados como normas, aun cuando en algunos casos los principios no sean expresos. Hay casos en que los principios adoptan expresamente la estructura jurídica de normas; por ejemplo, cuando el principio es incorporado a la disposición o texto normativo. En esa línea se ha sostenido que los principios son una clase de norma<sup>91</sup>.

Los principios generales son parte del núcleo central del sistema jurídico y tienen significado tanto normativo como deontológico (ético). Pueden estar escritos o no en las normas jurídicas de derecho positivo. Esto quiere decir que podemos reconocer principios tradicionales establecidos en nuestro derecho sin necesidad de que hayan sido recogidos en texto legal expreso.

Los principios generales deben ser encontrados en distintos aspectos del derecho. Al respecto Albaladejo señala lo siguiente<sup>92</sup>:

Teorías sobre el concepto de principios generales.- El concepto más arriba acogido de «principios generales» es el que atribuyo a la discutida expresión final del antiguo Art. 6, hoy Art. 1, números 1 y 4, expresión que procede inmediatamente del Código Italiano de 1865, que la utilizaba (Disposiciones preliminares, Art. 3, párrafo 2). Sin embargo, no hay acuerdo sobre el significado de la misma, habiéndose formulado diversas teorías, que, en síntesis, son:

1. Se trata de los principios jurídicos del derecho positivo, principios que se logra determinar por abstracción, de las normas singulares que componen aquel.

Esta tesis ha sido la predominante en Italia, al interpretar el Código de 1865 (y actualmente —en el de 1942— se consagró definitivamente, ya que éste —disposición preliminar 12— habla de «principios generales del Ordenamiento jurídico del Estado») y es acogida en España por parte de la doctrina.

---

91 STC 047-2004-AI (24 de abril del 2006).

92 Albaladejo (1975, pp. 102-103).

2. Se trata de principios jurídicos más allá de las normas legales (y consuetudinarias); como principios del derecho natural, o del derecho científico (los principios más generales de la ciencia jurídica).

Posición a la que se adscribe el código austriaco de 1811 —primero que habla de principios de Derecho—, cuyo artículo 7 remite al juez a los «principios jurídicos naturales».

3. Se trata de los principios de derecho positivo legislado (o consuetudinario), pero no solamente de ellos, sino que, cuando se agotan, se puede recurrir a estos otros principios jurídicos de la segunda teoría, pues la frase «principios generales del derecho», admite aquellos y estos.

Mi punto de vista dentro de esta tercera teoría.

Compartimos la opinión de este autor: los principios generales del derecho pueden ser ubicados, ante todo, dentro de la legislación positiva mediante abstracción de su contenido subyacente por medio de los procedimientos correspondientes al método lógico, que indaga la *ratio legis* de la norma<sup>93</sup>. Sin embargo, nada obsta para que el agente aplicador de derecho indague por principios más generales, que son válidos para el derecho sin estar necesariamente contenidos en la norma positiva. Esto supone, naturalmente, que existen principios en diversos planos. A ello nos hemos referido en un trabajo anterior:

De otro lado, los principios generales informan al derecho en diversos niveles. Podemos encontrar cuatro de ellos:

- El primero es el de validez general, universal para todo el fenómeno humano y por ende para el derecho.

En este sentido, son principios ideológicos de una sociedad o de una época determinada que tienen validez en diversos campos de la vida. Tal el caso de la libertad, la igualdad, la justicia y otros similares. Nótese que no son valores cuya primacía rige en todo tiempo y lugar pues, muchas veces, ellos son recusados

---

<sup>93</sup> Al respecto, puede verse un desarrollo mayor en Rubio Correa (2023, pp. 248-250 y 273-275).

o al menos recortados. Por ello no les corresponde tener validez universal sino validez ideológica, es decir, aceptación intersubjetiva en tiempo y lugar determinados.

- Hay un segundo grupo de principios del derecho, pero que valen para todos los Derechos establecidos (o cuanto menos la generalidad de ellos). Estos son muchos de naturaleza técnica (no contradicción del legislador, ley especial prima sobre general, etc.) y también de carácter valotario (primer derecho mejor derecho, riesgo en el sentido de que quien participa en la ganancia participe también del daño, etc.).
- Un tercer grupo de principios rige a un derecho determinado y lo caracteriza frente a otros (en el sentido de que aun cuando no es el único sistema jurídico que los tiene, no son principios aceptados generalmente). A ellos se refiere nuestra Constitución cuando habla de «en especial los que informan al Derecho peruano». Desde el punto de vista técnico tenemos algunos como el de que los funcionarios del Poder Ejecutivo distintos del Presidente pueden emitir normas de carácter general (por ejemplo los ministros y aun muchos otros organismos con atribución normativa), cosa que no ocurre en todos los sistemas de Derecho; desde el punto de vista de fondo, tenemos el principio de lo democrático-representativo, que no es un principio común a todos los sistemas.
- Un cuarto grupo de principios informan diversos aspectos parciales de un sistema jurídico determinado. Pueden situarse en un determinado conjunto, subconjunto, grupo normativo o norma individual y también a ellos se refiere nuestra Constitución al hablar de los principios que informan al Derecho peruano. Si pensamos en nuestro Derecho Constitucional, a nivel de toda la rama tenemos como principio rector la forma republicana de Estado y ello es particular a nuestro sistema pues existen otros que tienen formas distintas, por ejemplo la monarquía. Dentro de la organización de los Poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que es un sub-grupo normativo dentro de la Constitución, tenemos el principio de estructura mixta, por contraste con el régimen parlamentarista o presidencialista. Finalmente, la norma de elección presidencial prevé la no

reelección inmediata, que es un principio al nivel de la norma individual. Cada uno de estos principios, según el lugar del sistema jurídico en el que halla inserto, colabora a la determinación de las soluciones jurídicas a darse para los casos, tanto de interpretación, como de integración jurídica<sup>94</sup>.

A estos ejemplos, diseñados antes del Código Civil vigente, pueden añadirse otros que lo suceden. Veamos algunos.

En primer lugar, el artículo 194 establece que «[l]a simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso hay adquiridos derechos del titular aparente». Al respecto, Fernando Vidal Ramírez dice lo siguiente:

El artículo 194 se aleja de su antecedente en cuanto introduce la idea de la «imponibilidad» simplificando, así, la norma. La simulación no puede ser oponible, ni por los simulantes ni por los terceros perjudicados a aquel que de buena fe y a título oneroso ha adquirido derechos del titular aparente. No se protege en ningún caso al adquirente de mala fe y tampoco al que adquiere gratuito y de buena fe, pues la norma se inspira en el principio de que frente a un *damno vitando* y un *lucro captando*, debe preferirse lo primero<sup>95</sup>.

En segundo lugar, el artículo 206 establece que «[l]a parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere, cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquella quiso concluir». Al respecto, dice el mismo autor:

Según Arias Schreiber se aleja del principio tradicional recogido en el Código de 1936 y permite una solución a favor del mantenimiento del acto, sin que sufra perjuicio el *errans*, favoreciendo una solución *in favorem negotii*, como la califica León Barandiarán. La disposición se sustenta en razones de seguridad jurídica.<sup>96</sup>

En tercer lugar, el artículo 1223 establece que «[e]s válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo. Sin embargo, quien de

---

94 Rubio Correa (2023, pp. 293-294).

95 Vidal Ramírez (1988, p. 312).

96 Vidal Ramírez (1988, pp. 322-323).

buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, solo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado». Al respecto, Felipe Osterling Parodi dice lo siguiente:

Es oportuno señalar que se ha incorporado en el artículo 1223 únicamente el principio general, sin detallar la rica casuística que de él puede derivarse; cosa que sí hacen otros Códigos —artículo 765 de la ley portuguesa—, aunque en forma parcial e incompleta. En efecto, quien verifica el pago puede proceder de mala fe y quien lo recibe, de mala fe, o de buena fe. A su vez quien realiza el pago puede proceder de buena fe, quien lo recibe, de buena fe o de mala fe. Para la solución de estos casos deberá apelarse a otras normas específicas incorporadas en el Código y, en su ausencia, a los principios generales del derecho<sup>97</sup>.

A ellos cabría añadir aún muchos otros principios que, como el del artículo 1236, establecen criterios generales de aplicación sumamente extensa. Esta norma, por ejemplo, señala que, «[c]uando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día de pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario». Este es un dispositivo innovador frente a los principios contenidos para este efecto en el Código de 1936.

Sobre la importancia que estos y otros principios generales tienen en la manera cotidiana de operación del derecho, existe un interesante aporte de Fernando de Trazegnies, quien, luego de debatir en torno a la teoría subjetiva y objetivista de la responsabilidad civil, se ocupa del artículo 1972 del Código vigente. Al respecto, señala lo siguiente:

En nuestra opinión, esta lectura subjetivista del artículo 1972 no es adecuada —aunque esa hubiera sido la intención del legislador porque incurriríamos en falta de coherencia sistemática—; si esa fuera la interpretación correcta hubiera bastado el artículo 1969, sin necesidad de lo expresado en el artículo 1970 ni de la aclaración del artículo 1972. La existencia de los artículos —1969 y 1970— nos hacen pensar que hay dos principios de responsabilidad diferentes, uno subjetivo y otro objetivo. Entonces, el problema revierte al artículo 1972. ¿Cómo se puede entender su texto si el artículo 1970

---

97 Osterling Parodi (1988, p. 380).

consagra una responsabilidad objetiva? La única forma es a través de una interpretación restringida y concordantemente objetivista del caso fortuito y del hecho determinante de tercero: solamente serán eximentes cuando se trata de circunstancias extraordinarias de carácter general, objetivas, que afectan todo el contexto de la situación; no cuando se trata de casos fortuitos subjetivos, particulares y ordinarios, que afectan únicamente a la persona involucrada<sup>98</sup>.

Estos ejemplos, y muchos otros que podrían añadirse, indican con claridad que existen principios generales del derecho en el plano más abstracto, así como en las normas concretas, a veces en lugares sumamente técnicos del derecho. Ellos tienen trascendencia específica para la aplicación de las normas jurídicas que los contienen y de otras que se vinculan a ellas. Por lo tanto, estimamos que luego de esta revisión, queda demostrado que es correcta la afirmación de nuestra Constitución, y del artículo VIII del título preliminar, en el sentido de que debe recurrirse a los principios generales del derecho y, en especial, a los que informan el derecho peruano.

Naturalmente, escapa a este trabajo la posibilidad de hacer un estudio detallado sobre cómo obtener los principios generales en sus diversos grados. Incluso menos posible es pretender una lista medianamente exhaustiva de ellos. Sin embargo, en vista de lo dicho hasta aquí, es sumamente útil la referencia a León Barandiarán respecto a cómo pueden ser ubicados:

La doctrina será siempre al respecto un auxiliar valioso; pero ello depende de la calidad, y también de la cuantía, en lo que se refiere a los autores que hayan tratado el punto, en un determinado sentido. Las razones o argumentos que expongan tales autores pueden ser convincentes y pueden ser trasladados del campo hipotético en que fueron planteados al plano realístico, en que se presenta la cuestión a resolver. Esas opiniones, esos juicios pueden ser de autores nacionales o extranjeros, y de estos últimos sobre todo, cuando la ley extranjera respectiva haya considerado el caso que esta ausente en la ley nacional. La jurisprudencia extranjera, en cuanto haya abordado el caso, puede ser también de gran provecho, y en relación a la jurisprudencia nacional, hay que decir que puede ocurrir que el caso ya haya sido resuelto y entonces es

---

98 De Trazegnies Granda, (1986, pp. 224-225)

recomendable atenerse al *stare decisis*; en este supuesto siempre se estará en todo o en parte conforme con la decisión judicial anterior que haya superado ese vacío legal, frente al nuevo caso, igual o fundamentalmente análogo al anteriormente fallado, así el juez puede aprovechar el trabajo realizado, el efecto ya logrado, pero aunque no será lo más frecuente, no tiene por qué sentirse necesariamente comprometido por tal fallo anterior, pues este último puede ser considerado como erróneo<sup>99</sup>.

### 9.3 La analogía

El artículo VIII tenía como finalidad esencial incorporar la analogía a la solución de los vacíos o deficiencias de la legislación, pero la Comisión Revisora decidió eliminar la referencia y, así, el artículo no fue sino una repetición del inciso 8 del artículo 233 de la Constitución de 1979. De esta manera, a la analogía le cabe el disminuido prestigio de ser mencionada al menos dos veces, y ambas en negativo:

- El inciso 9 del artículo 139 de la Constitución establece, como garantía de la administración de justicia, el «principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos».
- El artículo IV del título preliminar del Código Civil norma que la «ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

De la lectura de estas dos normas, ambas de alto rango legislativo en nuestro medio, podría deducirse, por el argumento *a contrario*, antípoda de la analogía, que esta se halla permitida en todos los demás casos no expresamente prohibidos o limitados. Por lo pronto, adelantamos que esta conclusión es equivocada.

La analogía puede ser definida como «un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto que aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia»<sup>100</sup>.

---

99 León Barandiarán (1980, pp. 51-52).

100 Rubio Correa (2023, p. 272). En el punto 3 del capítulo XI de esta obra puede encontrarse un análisis más detallado y concreto del funcionamiento de la analogía en el derecho.

Así, la analogía supone la existencia de defecto o deficiencia en la normatividad, situación que debe ser solucionada por un procedimiento de integración jurídica (es decir, de elaboración de una norma *ad hoc* para el caso). La analogía, a diferencia de los principios generales, no recurre a las ideas directrices del derecho, sino que toma una norma jurídica, extrae su *ratio legis* —es decir, la razón de ser de tal norma— mediante procedimientos de interpretación. Luego, si en el caso a trabajar encuentra una *ratio* semejante a la subyacente en la norma elegida, entonces, le aplica su consecuencia. Para que la *ratio* pueda establecer la comunicación de la consecuencia de la norma al hecho de la realidad, este hecho deberá ser sustantivamente semejante al supuesto de aquella. Como es fácilmente observable esta «semejanza sustantiva» será siempre materia de opiniones y divergencias y, por ello, la analogía tiende a ser aplicada restrictivamente dentro del derecho.

A primera vista, pudiera parecer que la analogía es cualitativamente distinta a los principios generales del derecho estudiados anteriormente, pero no es exactamente así. Si nos fijamos atentamente, descubriremos que la *ratio legis* a la que aludimos está en íntima conexión con los principios. Así, Albaladejo expresa lo siguiente:

Los principios generales positivos se aplican a través del llamado procedimiento analógico, que consiste en la resolución de un caso, no regulado en la ley (o costumbre), mediante aplicación de un principio general obtenido de la regulación establecida en aquella para otro supuesto o supuestos.

Con claridad la sentencia de 28 de setiembre de 1957 ha visto esto de que la analogía no es sino un procedimiento de aplicar los principios generales; y así dice que: «la aplicación de la ley por analogía solo es viable para llenar una laguna de la misma ley, aplicando extensivamente los principios de esta a un caso no previsto por ella<sup>101</sup>.

En otras palabras, los principios generales del derecho pueden ser aplicados de dos maneras.

En primer lugar, si existe semejanza sustantiva entre el supuesto de una norma existente y el caso a resolver —mediante la identificación de la *ratio legis* de tal norma—, entonces, se toma la consecuencia de la disposición

---

101 ALBALADEJO, Manuel. Op.cit., cap. II, sección I, parte 16, p. 101.

existente y se la aplica al caso. Esto supone una referencia a los principios del derecho incorporados en tal norma a ser aplicada analógicamente, porque la *ratio legis* no es parte del texto de la norma, sino una expresión de su sentido transliteral, el que precisamente proviene de los principios en ella incorporados.

Es evidente que en una prelación lógica de fuentes, la analogía ocupa un lugar superior al ocupado por los principios, pues bien mirada aquella no es sino la aplicación del principio contenido en una ley a cierto caso no previsto por su letra ni por su sentido. El principio, cuando no está legislado, es una previsión general que se aplica a falta de referencias legislativas. En consecuencia, ante una ley insuficiente, en nuestro sistema jurídico es menester aplicar primero la analogía, los principios del derecho peruano enseguida y los generales del derecho después<sup>102</sup>.

En segundo lugar, si no existe norma con supuesto análogo al caso a resolver, entonces, deberemos recurrir directamente a los principios generales del derecho de la manera como hemos señalado anteriormente.

En otras palabras, la analogía es generalmente considerada como el paso intermedio entre la aplicación de la norma y la de los principios generales del derecho, recurriéndose a estos cuando no hay ni disposición expresa ni disposición análoga. Nótese que este es el principio seguido por el Código austriaco que —como señalamos líneas arriba citando a Díez-Picazo y Gullón— fue el primero en establecer este tipo de disposición.

Por esta razón es que consideramos equivocado no incorporar expresamente la analogía en el artículo VIII. En realidad, y en la medida de que ella supone una aplicación de los principios generales, puede decirse que su no mención expresa no impide aplicarla; pero hace necesario un proceso de fundamentación mucho más complejo que el que hubiera sido necesario de haber sido instituida de manera expresa.

Sin embargo, hay otra razón adicional que hubiera hecho aconsejable establecer la analogía como una regulación específica. Al iniciar este párrafo, señalamos que la analogía era mencionada negativamente en dos casos y que, *a contrario sensu*, podría argüirse que, en todos los demás, la aplicación

---

102 Guzmán Brito (1985, p. 50).

analógica es posible. También dijimos que ello era una interpretación errónea porque, en efecto, la teoría distingue varios casos adicionales en los que la analogía no es susceptible de ser aplicada:

Entre las reglas de práctica jurídica sobre admisibilidad del método analógico consagradas por la experiencia y por la doctrina de los tribunales existen algunas aceptadas. Pueden señalarse las siguientes:

1. Las leyes prohibitivas y las leyes sancionadoras no admiten, por lo general, la analogía y deben ser interpretadas de una manera restrictiva (*odiosa sunt restringenda; in dubio pro reo; indubio pro libertate*).
2. Deben considerarse como odiosas las normas limitativas de la capacidad de las personas y las limitativas de los derechos subjetivos individuales, que, por consiguiente, han de ser entendidas de manera restrictiva y no ampliadas por analogía.
3. Tampoco deben ser analógicamente extendidas las normas del llamado *ius singulare* o derecho excepcional y ello por su mismo carácter, pues si el derecho excepcional es aquel que está establecido *contra temorem rationis*, no será posible apreciar fuera de su estricto marco la «identidad de razón» de que habla el artículo 4.1.

El artículo 4.2 del nuevo título preliminar del Código Civil ha recogido gran parte de estas máximas de experiencia, limitativas del ámbito de actuación de la analogía, diciendo que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en ellas»<sup>103</sup>.

A estas precisiones habría que añadir, a su vez, dos más:

- No pueden crearse tributos ni concederse exoneraciones ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley, mediante procedimientos interpretativos ni, con mayor razón, analógicos.

---

103 Díez-Picazo y Gullón (1980, p. 229).

- La analogía, porque supone semejanza sustantiva a través de la *ratio legis* antes descrita, tampoco puede plantearse entre ámbitos del derecho que correspondan a concepciones sustantivamente distintas entre sí. Por ejemplo, las normas civiles sobre contratación difícilmente podrán ser analógicamente aplicadas a los contratos del derecho administrativo; pues, mientras en el derecho civil se alzan los principios de igualdad y libertad personal, en el derecho administrativo, los principios correspondientes son los de ciertos privilegios del Estado y de una expresión de voluntad estatal regulada y no plenamente «libre». Este fenómeno de principios de distinta naturaleza se repite constantemente dentro del derecho.

Por lo demás, la analogía es continuamente aplicada en el derecho dentro de nuestra cultura jurídica. Esto es algo palmariamente demostrado con los siguientes argumentos: *a pari* (donde existe la misma razón, existe el mismo derecho), *ab maioris ad minus* (quien puede lo más puede lo menos), *ab minoris ad maius* (quien no puede lo menos, no puede lo más), y *a fortiori* (con mayor razón). Todos ellos son recursos de uso cotidiano que nadie discute y propiamente no son otra cosa que las formas concretas que asume la analogía dentro del derecho.

Esto equivale a decir que, en nuestro sistema legislativo, queda aún pendiente un trato global de la analogía, estableciendo positivamente su viabilidad al tiempo que se señale los límites de su aplicación. No obstante, por las razones antedichas, estimamos que la analogía siempre es posible en nuestro sistema en la medida de que es una de las posibles formas de aplicación de los principios del derecho, tal como se desprende de la argumentación vertida (y de la cita del Albaladejo transcrita).

## 10. La aplicación supletoria del derecho civil

**Artículo IX.-** Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

La disposición que comentamos no tiene antecedentes en nuestros antecedentes códigos civiles ni fue consignada en las versiones preliminares del vigente. Al parecer, fue incorporada en los trabajos finales de la Comisión Revisora con el espíritu de dar al derecho civil un rol preponderante dentro del sistema jurídico global.

El espíritu de la norma es correcto y se condice, por lo demás, tanto con la solidez de la estructura de la disciplina civil como con el significado del título preliminar que ha sido propuesto a lo largo de estas páginas: el ser un conjunto de disposiciones válidas, en principio, para todo el derecho nacional.

La doctrina ha reconocido también este rol supletorio:

El Código civil contiene, como es lógico, un sistema de normas destinadas a regular las instituciones de Derecho civil o de Derecho privado. Ello, sin embargo, no permite establecer una ecuación según la cual Derecho civil sea igual a Código civil, sino que el Código es lo que se ha podido llamar «nuestro primer cuerpo legal» y contiene por ello normas aplicables de manera general a todas las materias jurídicas. Por esta razón, el Código civil puede ser considerado como Derecho común. Son aplicables a cualesquiera materias o situaciones jurídicas las normas contenidas en el título preliminar que trata, como hemos dicho, acerca de las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación.

Este carácter de Derecho común que el Código civil posee, queda reflejado en el actual artículo 4,3 según el cual «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes». Ello significa no solo que el Código es el Cuerpo supletorio de los demás textos y cuerpos legales que pueden contener normas de Derecho privado [...] sino que también es supletorio respecto de los textos y cuerpos legales que contengan normas de Derecho público [...] <sup>104</sup>.

El texto indica que las normas del Código Civil son supletorias dentro de las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes. De las definiciones de *situación* y *relación* nos hemos ocupado ya anteriormente al tratar el problema de la aplicación temporal, y allí nos remitimos en lo que a ellas respecta. La *aplicación supletoria* significa que, en la medida de que en aquellas otras leyes no hayan sido consideradas determinadas soluciones necesarias, entonces, podrán aplicarse las que contienen las normas civiles.

---

104 Díez-Picazo y Gullón (1980, p. 77).

Sin embargo, la parte final del artículo presenta un tema interesante y complejo al establecer una excepción: «siempre que no sean incompatibles con su naturaleza». Esto nos lleva al tema de los principios generales del derecho.

Tradicionalmente, en el contexto de nuestras concepciones positivistas, se ha tendido a pensar que el derecho es un conjunto organizado de normas jurídicas legisladas, o producidas mediante las otras fuentes del derecho de ser ellas aplicables. Sin embargo, el análisis efectuado anteriormente, a propósito de los principios generales del derecho, nos permite añadir un elemento más: en realidad, el derecho está compuesto por normas jurídicas positivas; pero organizadas no solamente entre sí, sino también en función de los principios del derecho en ellas subyacentes, de tal manera que adquieren pleno significado sólo en atención a los textos literales de las normas y al conocimiento de tales principios subyacentes. Un ejemplo nos permitirá entender mejor este planteamiento.

Si una norma dice «Si alguien comete un acto ilícito *X*, se hará acreedor de una sanción *Y*», nuestra lectura de tal mandato estará necesariamente condicionada por el ámbito del derecho en el cual se halla ubicada la señalada norma. Si se trata de una disposición de derecho administrativo, entonces, interpretaremos que, producida la ilicitud de manera comprobable, deviene la sanción sin importar ni los móviles, ni otras consideraciones adicionales de parte del infractor. Si estamos en el ámbito del derecho civil, la apreciación de la aplicabilidad de la norma dependerá del principio general dentro del cual se encuadra el hecho ilícito, es decir, la responsabilidad subjetiva (artículo 1969), o la de riesgo (artículo 1970), elucidación que no siempre será fácil de realizar. Si estamos en el ámbito del derecho penal, entonces, la aplicación de la norma será ineludiblemente evaluada en términos de culpabilidad del agente por dolo (y, excepcionalmente, por culpa). En otras palabras, un mismo enunciado abstracto es susceptible de ser interpretado como aplicable o no según el campo del derecho en el que esté ubicado. Esto no ocurre porque la redacción del artículo sea distinta en uno u otro caso, sino por el conjunto de principios generales que regulan la responsabilidad en cada subconjunto o rama del derecho.

En otras palabras, los conjuntos y subconjuntos jurídicos —a los que se suele llamar *ramas* o *subramas*— se diferencian entre sí no sólo —ni

básicamente— por la redacción y contenido de sus normas —que eventualmente puede influir en tal diferenciación—, sino fundamentalmente por los principios que los informan en cada caso. Cuando estos principios sean incompatibles, entonces, estaremos en el supuesto de la excepción contenida en la parte final del artículo IX.

Por la diversidad y multitud de elementos de juicio involucrados, pretender hacer aquí una clasificación, aunque sea genérica, de los conjuntos y subconjuntos del derecho nacional es imposible. Así, por ejemplo, el derecho tributario y el derecho civil tienen notorias diferencias; pero la mora tributaria, en muchos aspectos, podrá ser tratada supletoriamente con normas del derecho civil —por supuesto, analizando cuidadosamente los detalles casuísticos—.

De esta manera, no pueden establecerse reglas generales y válidas para todos los casos. El criterio metodológico a adoptar será simplemente el de analizar, en cada situación, los principios subyacentes al caso materia de estudio, y compararlos con los principios correspondientes a la normatividad civil que sería supletoriamente aplicable. Si existe incompatibilidad, la norma civil no será supletoria. En caso contrario, podrá operar como lo prevé el artículo IX. Desde ya es obvio que determinar cuándo existe incompatibilidad y cuándo simple diferencia es tarea que no puede juzgarse con criterios lógicos —es decir, demostrables—, sino con criterios tópicos —es decir, de simple razonabilidad y, por lo tanto, siempre susceptibles de discusión—. Esto plantea que la regla del artículo IX no pueda ser extensivamente aplicada, sino que, por el contrario, deberá recibir una exhaustiva evaluación en cada caso. La jurisprudencia, de ocuparse sistemáticamente del asunto, podrá suministrar elementos de juicio valiosos para formular progresivamente los criterios de aplicación de este carácter supletorio del Código Civil.

Si el artículo IX en general merece aprobación, presenta problemas concretos de interpretación, cuando menos, en dos casos:

- Uno es el del derecho comercial en la medida de que el artículo 2 del Código de Comercio establece un orden de prelación de fuentes, indicando primero a las disposiciones que le son propias y, en segundo lugar, a la costumbre de la plaza. Recién a continuación

vendría a operar la suplencia de otras disposiciones legales —entre las que se cuentan las del derecho civil—. La pregunta que surge es la siguiente: ¿el artículo IX del título preliminar del Código Civil ha derogado este artículo 2 del Código de Comercio? La respuesta no es definitivamente fácil. Si nos atenemos al principio de temporalidad, podríamos concluir que la norma posterior prima sobre la norma anterior y, entonces, la derogación se habría producido. Si nos atenemos al principio de especialidad, encontraremos que el Código de Comercio contendrá la norma especial y que, por lo tanto, esta no ha sido derogada por una de carácter general, como es el artículo IX.

En definitiva, será la jurisprudencia la que pueda determinar la solución al problema.

- Lo propio ocurre con la norma III del Código Tributario que también establece una prelación de fuentes que es distinta a la del artículo IX bajo comentario. Las consideraciones hechas en el punto anterior son igualmente aplicables a este.

En lo que a nosotros concierne, considerando la especialidad de las normas comercial y tributaria citadas, y teniendo en cuenta que son normas expresas y tradicionales sobre la materia, creemos que, en términos generales, no han sido derogadas y que, por lo tanto, en estos casos deberán aplicarse ellas y no el artículo IX del Código Civil. No obstante, en la consideración de instituciones particulares del derecho comercial o tributario, ya no estaríamos ubicados en el plano general, sino en el específico y, dentro de él, sí sería posible entender que el carácter supletorio de las disposiciones civiles es susceptible de regir.

En definitiva, podemos decir que el artículo IX del título preliminar del Código Civil es una disposición razonable e inteligente en sí misma; pero que, enfrentando a disposiciones específicas como las dos que hemos comentado, presenta problemas de interpretación que, en más de una oportunidad, serán sumamente difíciles de absolver. Por la parquedad del texto que trabajamos, da la impresión que el legislador no se planteó los problemas en este nivel de detalle.

## 11. La obligación de dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación

**Artículo X.-** La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>105</sup> y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.

Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.

Este es un artículo funcional a la armonía del sistema jurídico nacional. Tiene concordancia con el artículo 107 de la Constitución en materia de la iniciativa legislativa correspondiente a la Corte Suprema.

Como se puede apreciar, ha sido un anhelo reiterado de las constituciones y de la legislación nacional el lograr que los órganos encargados de la administración de justicia (en el caso del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional) o de la defensa de la legalidad (en el caso del Ministerio Público) colaboren con el Congreso en la determinación de vacíos y defectos legislativos. Sin embargo, no se conocen casos reiterados ni relevantes en los que esta atribución haya sido ejercitada por los organismos autorizados.

A propósito del artículo VII, ya hemos comentando las limitaciones que a la función jurisdiccional impone la concepción (infundada) de que al magistrado judicial le corresponde «aplicar» la ley: en realidad, él es un creador de derecho al concretizar la generalidad de la norma en la resolución del caso concreto. Pues bien, resulta paradójico que, mientras ello sucede, el Poder Judicial no haya ejercitado con mayor énfasis esta atribución y, que se sepa, tampoco lo hayan hecho de manera sistemática los otros dos órganos mencionados en el artículo en cuestión.

La naturaleza esencialmente política de la función legislativa hace que las leyes no sean siempre elaboradas con criterios técnicos: el Congreso se conforma no sobre la base de especialistas, sino de políticos cuyo criterio de elección, normalmente, tiene poco que ver con su capacidad para desarrollar la producción de leyes. Esto es consustancial al sistema democrático como base de la vida política. Es cierto que esta situación podría corregirse mediante una asesoría adecuada pero también es público y notorio, según

---

105 Ahora Tribunal Constitucional desde la Carta de 1993.

serios trabajos de investigación<sup>106</sup>, que tal asesoría es poco frecuente y que la elaboración de las leyes tiene varios defectos de distinta naturaleza. Si a ello sumamos el conocimiento detallado que el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Ministerio Público tienen de las leyes, por sus propias funciones, entonces, puede comprenderse que sea imperiosa la necesidad de que ejerzan efectivamente esta atribución. Con ello se contribuirá a tener un sistema jurídico más coherente, con menos lagunas, deficiencias y aspectos obsoletos, y con mejor conocimiento de causa.

La atribución sustantiva que esta norma da a los tres organismos consiste en la posibilidad de notificar al Congreso tanto los vacíos como los defectos de la legislación. Tomando nota de la inconsistencia literal que, en estos aspectos, tienen los artículos VIII y X del título preliminar, y que hemos tratado anteriormente, podemos intentar dar significado a estas expresiones:

- Con *vacíos* se hace referencia a las ausencias normativas que se encuentran en el sistema jurídico, y que sería necesario cubrir. Son las *lagunas del derecho* a las que hemos hecho referencia a propósito del tratamiento del artículo VIII de este título preliminar, y cuya solución corresponde a los propios jueces.
- Con *defectos* se hace referencia a las deficiencias que tiene la legislación vigente, y ellas pueden ser de varios tipos: imprecisión, obsolescencia, superposición de normas aprobadas en tiempos distintos, conflictos entre normas de distintas jerarquías, etc.
- Con *legislación* se hace referencia tanto al ámbito de las normas con rango de ley —leyes, resoluciones legislativas, tratados y decretos legislativos—, así como también a otras disposiciones legislativas de rango distinto —decretos, resoluciones, ordenanzas, etc.—, que presenten los problemas antedichos. Una interpretación restrictiva de este aspecto de la norma podría llevar a que se trata sólo de dar aviso de los defectos o deficiencias de las leyes. Empero, es sabido que, en nuestro medio jurídico, la *legislación* contiene muchos más tipos de cuerpos normativos que las leyes e, inclusive, que todas las disposiciones con rango de ley.

---

106 Véanse, principalmente, Bernaldes B. (1984; 1990) y Delgado Guembes (1992).

En el caso del Poder Judicial, las funciones que otorga este artículo, concordadas con las que trae la Ley Orgánica del Poder Judicial y la propia Constitución del Estado, permiten incluso mayores posibilidades. En efecto, en primer lugar, todo este complejo sistema de atribuciones no recae únicamente en la Corte Suprema de Justicia: esta deberá ser informada por las instancias inferiores y podrá procesar así todo el conocimiento que, sobre vacíos y defectos de la legislación, exista en el Poder Judicial en su conjunto.

En segundo lugar, corresponde a la propia Corte Suprema ejercer esta atribución.

Sin embargo, existe un tercer elemento: el artículo 107 de la Constitución otorga a la Corte Suprema iniciativa legislativa en las materias que le son propias. Esta atribución es genérica y permite interpretaciones extensivas que podrían llevar a la Corte a constituirse en verdadera propulsora de la estructuración legislativa del país. Para ello, naturalmente, se requeriría que la Sala Plena asignara un tiempo especial y regular de su trabajo a estas materias, lo que no es fácil debido a la sobrecarga de este alto organismo.

Los beneficios que esto podría traer, en especial en materia de procedimientos, son verdaderamente incalculables. En síntesis, es de esperar que los tres órganos mencionados en este artículo X, pero en especial el Poder Judicial, ejerzan con mayor intensidad la atribución señalada, en beneficio de un mejor sistema jurídico nacional.



### **Módulo de trabajo 5**

(<https://forms.gle/fNBbS3hJhFgm1Aq49>)

## TERCERA PARTE



## CAPÍTULO III CONCEPTOS FUNDAMENTALES

En este capítulo vamos a desarrollar algunos conceptos que consideramos fundamentales para comprender el sentido global de las normas del Código Civil y del derecho civil. No son todos los que existen, pero, cuando menos, son los principales. Estos conceptos son *transversales* en el sentido de que aparecen y reaparecen en las diferentes divisiones que tiene el derecho civil.

### 1. La situación jurídica

Por *situación jurídica* entendemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un lugar determinado frente al derecho.

Así, serán situaciones jurídicas las de madre, padre, cónyuge, docente, ministro, abogado, etc. En cada una de ellas, la persona involucrada se convierte en el eje al que se asigna y a partir del cual emana todo ese conjunto de imputaciones jurídicas. También se puede ver, muy fácilmente, que la misma persona puede ser la que salte de una a otra de ellas y tenga, en cada situación, un conjunto distinto de reglas jurídicas que la rigen. Así, el ministro podrá tomar decisiones en su despacho como funcionario de Estado pero, si entra su hijo con un problema a solucionar, deja de ser ministro para ser padre, y así sucesivamente.

### 2. La relación jurídica

Por *relación jurídica* entendemos las diversas vinculaciones que existen entre dos (o más) situaciones jurídicas interrelacionadas.

Así, es una relación jurídica la de los cocontratantes, la de los cónyuges, la de padres e hijos, la de acreedor y deudor, etc.

En otras palabras, una relación jurídica es la interconexión de deberes, derechos, obligaciones y calificaciones entre dos situaciones jurídicas que tienen que ver respectivamente una con la otra.

### 3. El derecho

Llamamos *derecho* a una potestad otorgada a una persona, la cual la puede ejercer o no de acuerdo a su propio interés. Por lo tanto, sus rasgos característicos son los siguientes:

- Responder al interés individual de la persona que lo detenta.
- Ser potestativo en su ejercicio en el sentido de que la persona que lo detenta puede actualizarlo o no a su entera voluntad.

Durante una larga época del derecho se habló de los *derechos subjetivos*, distinguiendo este concepto del de *derecho objetivo*:

- *Derecho objetivo*, se decía, es el contenido de los textos de las normas. Por ejemplo, el artículo 1969 del Código Civil dice que todo aquel que cause un daño a otro debe indemnizarlo. Se trata de una afirmación abstracta del derecho.
- *Derecho subjetivo* era el derecho encarnado en una persona. Por ejemplo, si alguien me causaba un daño, contraía una deuda conmigo y mi crédito era mi derecho a la indemnización.

La teoría de los derechos subjetivos tiene ahora una aplicación menos extensa que hace unos años atrás, pero es un instrumento conceptual importante para tratar determinadas circunstancias que se producen en el derecho.

El *derecho* se diferencia de la *expectativa* en que esta última no es aún una potestad en manos de la persona, sino solamente la posibilidad de tal. Por ejemplo, yo no tengo el derecho a una herencia de la que seré heredero forzoso mientras no se muera el futuro causante. Las expectativas no son derechos aunque se les parecen.

### 4. La atribución

La *atribución* es una facultad de hacer o decidir discrecionalmente en función de las circunstancias y, normalmente, gracias a que se ejerce una determinada situación jurídica.

La *atribución* se diferencia del *derecho* antes tratado por dos razones:

- Mientras el *derecho* se refiere a la esfera de los intereses individuales de la persona, la *atribución* se refiere a la esfera de una determinada situación jurídica en la que tal persona está. Tienen atribuciones no los seres humanos en sí mismos en tanto personas, sino en tanto padres, profesores, profesionales, funcionarios, etc.
- Mientras nadie debe responder por no ejercitar su derecho (siempre que, desde luego, no agravie a otros con este no ejercicio), quien no ejerce una atribución cuando debería haberla ejercido sí deviene en responsable. Y esto porque, mientras el ejercicio de un derecho depende de nuestra entera voluntad, el ejercicio de una atribución depende de la discrecionalidad, es decir, del juicio de si es oportuno o no ejercitarla y, además, de cómo ejercitarla en atención a las circunstancias, y a las finalidades y funciones por las cuales se nos ha sido otorgada.

## 5. El deber

El *deber* es una regla obligatoria de conducta que debemos acatar sin necesidad de que intervenga, de parte de quien pueda resultar beneficiado, la voluntad favorable a tal cumplimiento. Es un mandato imperativo de hacer algo que debemos necesariamente cumplir. Así, se diferencia de la *deuda* dentro de la relación obligacional pues, mientras en ella la voluntad del acreedor puede conducir a que la deuda no se pague, en el caso de los deberes, tal posibilidad de incumplimiento no puede existir.

## 6. La culpabilidad y sus componentes: el dolo y la culpa. Vínculos con la diligencia

Nuestro derecho civil tiene a la teoría de la culpabilidad como uno de sus ejes centrales para producir resultados frente a determinadas circunstancias.

La teoría de la culpabilidad tiene dos conceptos centrales: el *dolo* y la *culpa*.

- El *dolo* es la situación subjetiva según la cual la persona orienta intencionalmente su conducta a producir un resultado dañoso para

alguien. Se actúa con dolo cuando se busca obtener el resultado dañoso de manera consciente<sup>107</sup>.

- La *culpa* es la situación subjetiva en la que, si bien la persona no orienta intencionalmente su conducta a producir el resultado dañoso a otro, sí actúa con falta de diligencia porque, de haber tomado las precauciones del caso, no habría producido el daño señalado.

Desde el punto de vista de su intensidad, la culpa puede ser dividida en *leve* y *grave* (o *inexcusable*). La *culpa leve* se produce cuando no se ha tenido la diligencia ordinaria que aconsejarían las circunstancias. La *culpa grave* se produce cuando no se ha observado siquiera la diligencia mínima esperable del sujeto<sup>108</sup>.

Desde el punto de vista de su consistencia interna, de su naturaleza como fenómeno, la culpa admite dos modalidades. Una de esta es la *negligencia* que consiste en no adoptar las precauciones que las circunstancias hubieran aconsejado. La negligencia es pasiva y tiene la connotación de la abulia. La otra modalidad es la *imprudencia* que consiste en la conducta temeraria, es decir, aquella que tiene la connotación de un atrevimiento excesivo.

A lo largo del Código Civil peruano, sin embargo, es usual encontrarse con un uso prácticamente equivalente de las palabras y expresiones *culpa*, *falta de diligencia*, *negligencia* o *imprudencia*.

El concepto de *dolo* es subjetivo en el sentido de que hay que averiguar cómo deliberó internamente el sujeto para saber si tuvo o no la conciencia de que se produciría el resultado dañoso. Los conceptos de *culpa*, *diligencia*, *negligencia*, *imprudencia* y similares son, más bien, *objetivos* en el sentido de que se refieren a patrones abstractos de conducta. Así, la *diligencia ordinaria* es la que tendrían las personas promedio, es decir, ni los muy diligentes ni los muy dejados a su suerte. Para aplicar estos conceptos, en general, no se analiza la deliberación subjetiva del sujeto, sino que, más bien, se comparan sus

---

107 En el artículo 1318 del Código Civil hay una definición de *dolo*, pero en exclusiva referencia a la inexecución de las obligaciones.

108 Una aproximación a estos conceptos puede encontrarse en los artículos 1319 y 1320 del Código Civil, aunque estos están referidos directa y exclusivamente a la inexecución de obligaciones.

actos y los resultados de estos con los que tendría una persona promedio de dicha sociedad. Desde luego, en una sociedad pluricultural como la peruana, donde coexisten distintas cosmovisiones y matrices culturales, es necesario reflexionar sobre qué patrones promedio se utilizan para evaluar a quiénes. Sin embargo, este asunto rebasa la posibilidad de tratamiento extenso en un trabajo introductorio como este.

## 7. El caso fortuito y la fuerza mayor

El caso fortuito y la fuerza mayor son circunstancias eximentes de responsabilidad por dolo o culpa.

- *Caso fortuito* es el suceso que no se quiso causar ni se pudo prever en base a los conocimientos y precauciones normales de las personas. Antes se le llamaba *hecho de Dios* y los ejemplos clásicos son los diluvios, terremotos, caídas de asteroides, etc.
- *Fuerza mayor* es la fuerza irresistible para el ser humano que utiliza los procedimientos normales de defensa al alcance de la persona. Si rompo un objeto valioso porque otra persona me empujó súbitamente sobre él, entonces, yo no puedo resistir ese impulso físico: soy irresponsable por fuerza mayor. Hay que decir que los avances científicos y tecnológicos hacen variar lo que denominamos *fuerza mayor*: es evidente que, para quien puede contar con fuerzas de la naturaleza o grandes máquinas, la fuerza mayor de estos días tiene que ser más poderosa que la de hace algunos decenios atrás.

Si bien la teoría del derecho hace estas distinciones entre caso fortuito y fuerza mayor, nuestro Código Civil siempre las utiliza juntas y les da los mismos efectos (artículos 909, 1315, 1518, 1820 y 1972).

## 8. La buena y mala fe

La *buena fe* y *mala fe* son conceptos fundados en el dolo y la culpa, pero, mientras estos pertenecen a la esfera de actuación del sujeto y en ella permanecen, la *buena* o *mala fe* son conceptos relacionales, es decir, se utilizan para definir la actitud que cierta persona tiene con otra al relacionarse.

La *buena fe* es la ausencia de mala intención al abordar la relación entre partes. La *mala fe*, por el contrario, implica que la parte que incurre en ella tiene la conciencia de perjudicar a la otra en el contexto de la relación.

La buena fe tiene dos unidades de medida en el Código Civil. Una es en la parte de los contratos, donde el criterio es el de los *promedios sociales* a los que hemos hecho mención antes. El típico caso es del artículo 1357 que señala lo siguiente: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». En este caso no se trata de las subjetividades de las partes sino de unas *reglas* que, obviamente, ellas no han formulado y que, más bien, deben acatar.

La otra es la que existe en la parte de los derechos reales en el artículo 906 a propósito de la posesión: «La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título». En este caso, obviamente, la averiguación que habrá que hacer para determinar la existencia de buena fe consistirá en una indagación de la subjetividad del sujeto actuante. Aquí no hay referencia a *reglas objetivas* sino a *estados subjetivos de la conciencia*.

A lo largo del Código, algunos artículos tratan a la buena fe en sentido objetivo y otros en sentido subjetivo.

## 9. El orden público

El *orden público* puede ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares. Para esto, de ser necesario recurrir a ellas, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas.

El concepto de *orden público* es así: predominantemente jurídico y tiene que ver con las disposiciones legales que ordenan o prohíben. En el Código Civil, en algunos casos, se dice «normas imperativas», pero, para nosotros, el significado de *normas de orden público* y el de *normas imperativas* son equivalentes e intercambiables.

Desde luego, saber cuáles normas son imperativas (o de orden público), y cuáles no, es asunto distinto y que, en muchas oportunidades, presenta muy serias dificultades al intérprete del derecho.

## 10. Título oneroso y título gratuito

Decimos que un acto jurídico es a *título oneroso* cuando existen prestación y contraprestación gruesamente equivalentes. Los casos típicos de actos a título oneroso son la compraventa o la permuta: en estos contratos se vende

una cosa por un precio equivalente o se intercambian dos cosas de valores equivalentes, respectivamente.

Decimos que un acto es a *título gratuito* cuando alguien recibe una prestación sin la obligación de ejecutar una contraprestación equivalente. El caso típico de acto a título gratuito es la donación: alguien me dona (regala) algo y, por consiguiente, recibo el bien sin más obligación que dar las gracias. También son a título gratuito las herencias.

## 11. Sujeto de derecho

El concepto de *sujeto de derecho* es un género que incluye, en lo que a seres humanos se refiere, tanto al concebido como a la persona según puede verse en el artículo 1 del Código Civil.

Por ello, su definición repite lo esencial de las correspondientes definiciones de *concebido* y *persona*, pero también se extiende a las personas jurídicas: sujeto de derecho es aquel ser humano, o institución, que puede tener derechos, o deberes y derechos, jurídicamente hablando.

*Sujeto de derecho* es todo ser humano o institución que puede tener, como tal y para sí, deberes y derechos en el ámbito jurídico. Se dice que el *sujeto de derecho* es un «centro de atribución (o de imputación) de deberes y derechos».

Existen, en gran síntesis, tres especies del género *sujeto de derecho*:

- El *ser humano* o la *vida humana*, como también suele decirse jurídicamente. Esta vida humana puede ser *concebido* o *persona natural*.
- Las *personas jurídicas* que son instituciones creadas y registradas como tales. Por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica del Perú; la Asociación de Municipalidades del Perú; cada uno de los clubes de fútbol de la liga profesional; Petroperú, empresa del Estado; y así sucesivamente.
- Las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, es decir, que no son personas jurídicas como las del párrafo anterior porque no están formalmente creadas ni registradas, pero reúnen a personas que desean hacer algo en común, generalmente, por un tiempo determinado. Estos colectivos de personas no inscritos tienen derechos y deberes como grupo de seres humanos congregados para una

finalidad. Están regulados entre los artículos 124 y 133 del Código Civil.

En el pasado, hubo seres humanos que no eran sujetos de derecho. Por un lado estuvieron los esclavos, humanos tratados jurídicamente como cosas. Por otro lado, hubo una pena que se llamó *muerte civil* por la cual el condenado no existía para el derecho, perdía todos sus bienes, su familia, sus vínculos de parentesco, la posibilidad de demandar servicios. En términos prácticos, era tratado como una vida no humana.

Un ejemplo de vida que no tiene derechos son los animales. En el Perú existe la Ley 30407, *Ley de protección y bienestar animal*, que establece deberes de los humanos e instituciones para con la vida animal, pero no derechos de los animales. El Tribunal Constitucional ha dicho que el buen trato para con los animales tiene fundamento en la ética humana. En el fondo, es un respeto de los humanos entre sí:

A juicio de este Colegiado, el Estado tiene el deber de asegurar que las personas no actúen con violencia frente a otras personas, ni con crueldad contra los animales, lo cual tiene un fundamento jurídico y ético. Desde la perspectiva jurídica, cabe señalar que dicho deber, se basa, en primer lugar, en el derecho fundamental al bienestar y a la tranquilidad de las personas (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) que sí se sienten afectadas en sus sentimientos al presenciar ya sea directamente o al tomar noticia de la existencia de la realización de tratos crueles contra los animales<sup>109</sup>.

Como se ve, los animales no son sujetos de derecho, aunque los domesticados conviven cercanamente con los humanos.

Es de destacar que, en doctrina, se distingue al *sujeto de derecho* del *objeto de derecho*, entendido este último como aquel bien, material o inmaterial, respecto del cual recae el poder jurídico del sujeto de derecho<sup>110</sup>. Es así que

---

109STC 0042-2005-AI (13 de abril del 2005, § 26).

110Espinoza Espinoza (2019, p. 108).

serán considerados objetos de derecho, los bienes muebles, inmuebles, las marcas, patentes, etc.



**Módulo de trabajo 6**

(<https://forms.gle/8gfrNKs4KwsdUCFLA>)



## CAPÍTULO IV LAS PERSONAS NATURALES

### 1. El principio de la persona natural

**Artículo 1.-** La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El sentido de este artículo es decir que el ser humano es sujeto de derecho desde la concepción hasta la muerte. En este lapso el sujeto de derecho lo es de dos maneras: como concebido, entre la concepción y el nacimiento, y como persona, desde el nacimiento hasta la muerte. Es decir, el sujeto de derecho es un género que, en relación a los seres humanos, contiene dos especies: el concebido y la persona.

Podemos, así, darnos cuenta de que, en el primer párrafo, hay una inversión de redacción. En realidad, lo que se quiere decir es que el sujeto de derecho lo es desde su nacimiento (pues antes ha sido sujeto de derecho *concebido*). En cambio, el segundo párrafo regula al sujeto de derecho *concebido*.

El artículo contiene cuatro normas que podemos enunciar de la siguiente manera:

- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento<sup>111</sup>.
- La vida humana comienza con la concepción.
- El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

---

<sup>111</sup> Como hemos dicho, esto debe entenderse como «el sujeto de derecho es persona desde su nacimiento».

- Si se trata de derechos patrimoniales, el concebido sólo los recibe si nace vivo; es decir, su atribución se encuentra sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva.

En este artículo se hallan comprendidos varios conceptos que es preciso abordar. Ellos son los siguientes: *concebido* (y *concepción*), *persona* (y *nacimiento*) y *sujeto de derecho*.

### 1.1. El concebido

El *concebido* es vida humana que aún no ha nacido pero que tiene existencia para el derecho. La primera frase del segundo párrafo del artículo 1 del Código Civil se encarga de hacer la precisión siguiente: «La vida humana comienza con la concepción».

En otras palabras, el ser humano es concebido desde la concepción hasta el nacimiento (momento en el que se convierte en persona). Resulta, pues, importantísimo saber cuál es el concepto de *concepción*.

Para esto tenemos que distinguir dos maneras de entender la concepción, que son complementarias entre sí y se explican por las urgencias de la vida real. Nos estamos refiriendo a la *concepción* como (i) fenómeno biológico y (ii) concepto jurídico.

Como fenómeno biológico, la *concepción* es la unión del espermatozoide y el óvulo. En ese momento se ha producido el hecho que determinará, si todo marcha normalmente, que haya un ser humano más sobre la tierra. «Normalmente», es decir, hablando de promedios estadísticos generalmente aceptados, el nacimiento del ser humano se produce treinta y seis semanas luego de la concepción. Esto quiere decir que la manera de saber cuándo fue concebido un infante consiste en contar treinta y seis semanas para atrás desde el día de su nacimiento.

Sin embargo, todos sabemos que este es un promedio estadístico y, como tal, no expresa una realidad exactamente mensurable. En otras palabras, hay individuos que nacen a las treinta y seis semanas de concebidos, pero otros nacen antes y otros después.

Para la biología y la medicina no resulta indispensable saber el momento exacto en el que el ser humano fue concebido. Sin embargo, para el derecho sí es indispensable averiguarlo desde que la concepción tiene consecuencias jurídicas: inicia la vida humana y ese concebido adquiere derechos.

Por eso, para determinar la época de la concepción, el derecho ha creado una *ficción*<sup>112</sup> que dice lo siguiente: «La concepción se produce dentro de los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al nacimiento». Este enunciado no se halla expresamente establecido en ninguna norma del Código, pero puede ser fácilmente extraído de la integración de las normas existentes en los artículos 361 y 363, incisos 1 y 2, del Código Civil.

No hay que perder de vista que la Constitución, en el inciso 1 del artículo 2, dice lo siguiente: «El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».

Por consiguiente, el que está por nacer tiene derechos. En esto tenemos que diferenciar los derechos patrimoniales de los no patrimoniales.

Los *derechos patrimoniales* son aquellos que tienen contenido económico: propiedades, herencias, etc. Los *derechos no patrimoniales* son los que no pueden ser traducidos inmediatamente a valor económico: derecho a la vida, alimentación, salud, integridad física, etc.

Los derechos no patrimoniales pertenecen al concebido desde la concepción y no pueden serle negados. Los derechos patrimoniales le serán atribuidos a condición de que nazca vivo. Es decir, concebido un feto y teniendo eventualmente la posibilidad de adquirir un derecho patrimonial, la resolución final del destino de ese derecho se suspende (al tratarse de una condición suspensiva) hasta el momento del nacimiento del concebido.

Con relación a la condición suspensiva, es de destacar que el Código Civil reconoce dos tipos de condiciones: suspensiva y resolutoria. La *condición suspensiva* es aquella por la que quedan suspendidos los efectos hasta que se cumpla la condición. En el caso del artículo 1 del Código Civil, quedan suspendidos los derechos patrimoniales hasta que el concebido nazca, momento a partir del cual surtirán efecto los derechos patrimoniales que le corresponden.

---

112 En el derecho, una *ficción* es un hecho que no ha existido necesariamente en la realidad, que el derecho define y al que le da consecuencias jurídicas. Desde luego, las ficciones se apoyan en argumentos razonables y tienen sentido práctico para solucionar situaciones que, de otra manera, sería imposible arreglar o, en todo caso, recibirían soluciones muy arbitrarias.

La *condición resolutoria*, por su parte, implica que el acto jurídico o determinado derecho surtirá efectos. Sin embargo, de producirse la condición, estos quedarán sin efecto.

El tema del concebido tiene que ver con el de aborto y técnicas de reproducción asistida. A pesar de que estos temas no serán tratados en este manual, al ser de suma importancia hoy en día, serán tratados en lecturas complementarias.

## 1.2. La persona

*Persona*, en el artículo 1 del Código Civil, es el ser humano que ha nacido.

Sin embargo, la palabra *persona* ha sufrido una evolución en los últimos dos siglos al haberse reconocido también que las instituciones (asociaciones, fundaciones, comités, empresas, etc.) tienen carácter de *personas jurídicas*. Por lo tanto, el significado jurídico actual de la palabra *persona* incluye tanto a los seres humanos nacidos (llamados *personas naturales*) como a las instituciones (llamadas *personas jurídicas*).

De esta manera, la *persona natural* es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos.

El ser humano tiene hoy una posición privilegiada en el derecho merced al gran desarrollo que han alcanzado los derechos humanos, particularmente, en el foro de Naciones Unidas y sus organismos a partir de la Declaración de 1948.

Los derechos humanos son derechos que la humanidad tiene por sí misma, sin que nadie se los tenga que atribuir (porque quien los atribuye los podría quitar y eso no es posible tratándose de derechos humanos). Cada ser humano participa de los derechos humanos por pertenecer a la raza humana y, por consiguiente, los encarna en sí mismo, teniendo el derecho a protegerlos mediante mecanismos jurídicos (los más conocidos, pero no los únicos, son el *habeas corpus* y el amparo. También ver luego el artículo 17 del Código Civil).

Entonces, el ser humano o persona natural es el individuo perteneciente a la raza humana que existe entre su nacimiento y su muerte y, en tanto tal, tiene reconocidos unos derechos que pertenecen a la humanidad misma, que

son los derechos humanos. Correlativamente, el ser humano tiene también deberes y obligaciones en el derecho, los cuales iremos estudiando poco a poco.

El *nacimiento* es el proceso biológico por el cual el feto se separa del cuerpo materno adquiriendo vida corporalmente independiente. En la historia del derecho ha habido muchas concepciones sobre el momento preciso en que se nace. Algunos han señalado que la independencia del feto se muestra en el momento en que se inician las contracciones de parto en la madre (aunque el niño no haya salido aún de su cuerpo), y otros que sólo se ha cumplido cabalmente el nacimiento con el corte del cordón umbilical (o, aún, con el alumbramiento de la placenta). Entre las primeras contracciones y el alumbramiento de la placenta pueden pasar pocos minutos o varias horas. Por consiguiente, es preciso tener una definición más exacta del momento del nacimiento. José León Barandiarán, refiriéndose al Código Civil de 1936 pero en comentario perfectamente aplicable a este de 1984, dice lo siguiente: «El nacimiento, pues, en buena cuenta es el hecho de que venga a separarse al recién parido del claustro materno siempre que aquél haya nacido con vida»<sup>113</sup>.

Esta separación del claustro materno se realiza cabalmente al cortarse el cordón umbilical, por lo cual ése será el momento del nacimiento.

Determinar el momento preciso del nacimiento es muy importante porque, como dice el propio artículo 1 que comentamos, al concebido se le atribuyen derechos patrimoniales a condición de que nazca vivo. Luego de la cita de León Barandiarán, sabemos que el concebido tendrá que llegar vivo al corte del cordón umbilical para considerarse que «nació vivo».

Como dato anecdótico, vale mirar lo que el artículo 4 del primer Código Civil peruano (de 1852) decía respecto a los requisitos del nacimiento para que tenga validez jurídica: «El nacido y el que está por nacer necesitan, para conservar y transmitir estos derechos: que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana».

Como vimos antes, el requisito de los seis meses de la concepción es correcto también para el estado actual de la ciencia, aunque las normas actuales

---

113 León Barandiarán (1980, p. 84).

al respecto son más completas. El requisito de que una vez separado de su madre el niño viva cuando menos veinticuatro horas es lo que se conoce en la doctrina como *teoría de la viabilidad*. Esta teoría sostiene que el niño no sólo debe nacer vivo, sino que debe demostrar que es viable, es decir, que puede sobrevivir. Para demostrar que puede sobrevivir, hay que tomar una medida arbitraria y la que se adoptó fue de veinticuatro horas de vida autónoma. El Código actual, como es obvio, no sigue ya la teoría de la viabilidad.

El requisito de *figura humana* es evidentemente un arcaísmo que no puede ser sostenido más en función de los actuales conocimientos de genética, y también en función de la consagración que han tenido los derechos humanos.

Con relación al embarazo, el Código Civil regula la figura del *reconocimiento del embarazo*, estableciendo lo siguiente:

**Artículo 2.-** La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición.

El reconocimiento judicial del embarazo o del parto consiste en pedir al juez que los compruebe de manera que quede prueba en documento público que realmente hubo embarazo, parto o los dos. La prueba se limitará al hecho del embarazo o parto y no tendrá significación directa sobre aspectos de paternidad o de cualquier otra naturaleza.

El reconocimiento judicial del embarazo o parto puede ser importante cuando hay, por ejemplo, derechos sucesorios pendientes de determinación en los cuales podría tener beneficio el concebido en cuestión.

El concepto de *interés* en el nacimiento requiere ser precisado y, en este sentido, debemos reparar en el segundo párrafo del artículo, añadido por el Código Procesal Civil. Este segundo párrafo habla de la citación de aquellos cuyos derechos puedan resultar afectados.

Estas normas, debidamente integradas, indican que el interés en cuestión es de naturaleza particular y puede ser económico (por ejemplo, asuntos de herencia) o moral (buena reputación, relaciones especiales, pero de

naturaleza jurídica entre la futura madre y el interesado, como, por ejemplo, matrimonio o aún esponsales, etc.).

Los intereses en cuestión no tienen que ser necesariamente actuales: pueden ser también expectaticios, como, por ejemplo, derechos sucesorios futuros, o ciertos derechos sujetos a condición (suspensiva o resolutoria) de que el niño nazca, etc. En síntesis, el interés por el que alguien es citado tiene que ver con la posibilidad de que sus derechos jurídicamente establecidos, o jurídicamente previsibles, queden afectados.

En este sentido, el término *interés* aquí usado tiene la connotación del *legítimo interés* de que hablan otros artículos del Código, particularmente, el artículo VI del título preliminar. Desde luego, tomando en cuenta aquí las dos normas transcritas, es evidente que la citación a la comprobación del embarazo o parto debe hacerse a *todos* los interesados y no sólo a algunos de ellos para que representen a sus familiares.

## 2. La capacidad

**Artículo 3.-** Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.

La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Dos son las normas de principio que trae este artículo:

- La primera es que toda persona tiene el goce y ejercicio de sus derechos. Esto alude a que tales derechos pertenecen al ser humano, se encarnan en cada uno de nosotros, y, por consiguiente, pertenecen a todos los seres humanos.

En tiempos pasados (y no tan lejanos como pudiera parecer), no todos teníamos el goce de los derechos. Por ejemplo, las mujeres tenían restringidos varios de los derechos que sí pertenecían a los varones; algunos códigos establecieron que los derechos civiles sólo eran reconocidos a sus nacionales y no a ciudadanos de otros países; también hubo (hoy casi han desaparecido en el mundo) discriminaciones jurídicamente establecidas en función de diversos criterios como la raza.

- La segunda norma establece que puede haber excepciones a la regla de que toda persona tiene el goce de los derechos civiles, pero estas excepciones deben estar expresamente establecidas en la ley y habrá que controlar constitucionalmente tales leyes recordando que el artículo IV del título preliminar dice lo siguiente: «La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía». Esta norma está ratificada en jerarquía superior por el artículo 139, inciso 9, de la Constitución.

El artículo 3 se refiere a todos los derechos de las personas, estén en la Constitución u otras leyes. Es una posición de principio, coherente con el actual grado de evolución de los derechos humanos y la concepción de nuestra propia Constitución vigente.

Ahora bien, se puede notar que tanto los artículos 3 y 4 hacen referencia a dos tipos de capacidad jurídica que poseen los sujetos de derecho: la capacidad de ejercicio y la de goce. Las desarrollaremos a continuación.

### **2.1. La capacidad de goce**

La *capacidad de goce* es la atribución de vivir con derechos: de tener vida, salud, un nombre, un domicilio, de desarrollar la personalidad, de educarse y así sucesivamente. Se «goza» de los derechos por la capacidad de goce.

Esta capacidad de goce la tenemos todos los seres humanos, incluidos los concebidos (salvo, estos últimos, en materia de derechos patrimoniales al estar sujetos a la condición suspensiva de que nazcan vivos conforme al citado artículo 1 del Código Civil).

Los derechos que gozamos sólo pueden ser restringidos por ley. Ejemplos de restricción son la privación de libertad al preso mientras cumple su condena; o, en otro ámbito, el establecimiento de ciertos impedimentos para casarse como la prohibición de contraer matrimonio antes de los dieciséis años (estos impedimentos son de diversos tipos y pueden verse entre los artículos 241 y 243 del Código Civil).

### **2.2. La capacidad de ejercicio**

La capacidad de ejercicio es la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos sobre los que tiene capacidad de goce. Quien es plenamente capaz de ejercicio no necesita recurrir a ninguna otra persona para gozar sus derechos. La regla general es que la persona es plenamente capaz

desde que cumple dieciocho años. Así lo dice el artículo 42 del Código Civil: «Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio». Evidentemente, es imposible que el concebido tenga capacidad de ejercicio alguna: sólo tiene la de goce.

Así pues, como en general se suele saber, en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de los dieciocho años tenemos la atribución de ejercitar nuestros derechos por nosotros mismos, y somos también responsables de nuestros deberes. Antes de los dieciocho años, estamos sujetos a la potestad de nuestro padre y nuestra madre (que se llama *patria potestad*) y, si no están con nosotros, tendremos un tutor que nos represente y, en la vida práctica, tome decisiones por nosotros en todo lo que considere necesario<sup>114</sup>.

### 2.2.1. La capacidad e incapacidad de ejercicio

La capacidad de goce no tiene especificaciones, pero la de ejercicio sí. Para comprenderla debidamente, trataremos (i) la de las personas con plena capacidad de ejercicio, (ii) la de las personas absolutamente incapaces y (iii) la de las personas con capacidad restringida. Sin embargo, debemos señalar que, en setiembre de 2018, el Decreto Legislativo 1384, introdujo un sistema novedoso y, sin duda, mucho más justo para tratar el tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidades de diverso tipo.

Hasta antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1384, las normas señalaban lo siguiente:

- La persona mayor de dieciocho años era plenamente capaz y ejercitaba sus derechos por ella misma sin intervención de terceras personas.
- La persona incapaz absoluta era la que no había cumplido aún dieciséis años y estaba sometida a la patria potestad de sus padres o a un tutor si sus padres no estaban con ella. También eran incapaces absolutos los que, por cualquier causa, estuvieran «privados de discernimiento» y quienes eran «sordomudos», «ciegosordos» y «ciego-mudos» que no podían «expresar su voluntad de manera indubitable». Estas personas, si eran mayores de dieciocho años, tenían un curador que tomaba decisiones por ellas en su nombre de la misma

---

<sup>114</sup> Los conceptos de *patria potestad* y *tutor* (y *tutela*) serán explicados más adelante.

manera que los padres toman decisiones en nombre de sus hijos menores de dieciocho años.

- Había personas mayores de dieciocho años que eran consideradas incapaces relativas porque no podían expresar su voluntad de manera debida y a ellas se las *interdictaba*.

Este sistema se sustentaba en que el incapaz tenía limitaciones constitutivas propias, que le impedían realizar normalmente su vida social. En consecuencia, se le privaba de su capacidad de ejercicio y se lo ponía bajo el poder de otro. Este era quien ejercitara, según los casos, la patria potestad, tutela o curatela.

El Decreto Legislativo 1384 cambia esta concepción y sostiene que las denominadas *personas discapacitadas* sufren distintas barreras y limitaciones establecidas por la sociedad que les impiden desarrollar adecuadamente su vida. Entonces, es la sociedad la que debe acomodar las situaciones sociales a las posibilidades de libre expresión de las personas que tienen alguna discapacidad. De esta manera, *discapacidad e incapacidad* son dos cosas completamente diferentes, las cuales no tienen un vínculo *natural* entre sí.

En realidad, todas las personas somos diferentes, y tenemos capacidades y discapacidades relativas, unas comparadas con otras. En la vida social se establece un *marco referencial de capacidad* y se deja fuera de ese marco tanto a los sobrecapacitados como a los discapacitados, que no son tales sino sólo frente al marco referencial de capacidad socialmente asumido. De esta manera ambos, sobrecapacitados y discapacitados, sufren marginaciones y limitaciones de distinta manera.

En la actualidad, el artículo 42 de nuestro Código Civil establece lo siguiente:

**Artículo 42.-** Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Este artículo es normativo porque contiene un mandato claro; pero, además, contiene un concepto de *marco referencial de capacidad* distinto al anterior: ahora todos somos capaces y la sociedad no sólo debe facilitar la expresión de voluntad a quienes entran en el marco referencial de capacidad, sino a todos los que puedan, de distintas maneras, expresar tal voluntad. En

este sentido, es también un sistema más justo y, como dice el propio texto citado del artículo 42, promueve la igualdad de condiciones entre todas las personas.

Resaltado esto, y sin desmerecer en lo más mínimo la trascendencia de este cambio de concepto sobre la *capacidad* y *discapacidad*, hay que señalar que el Decreto Legislativo 1384 ha cometido algunos errores técnicos que es preciso hacer notar para una mejor comprensión de las normas existentes y, además, para que esos errores puedan ser corregidos. De esta forma desarrollaremos nuestro tema en adelante.

### 2.3. La capacidad plena de ejercicio

La persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto quiere decir que puede tomar decisiones por sí misma y ejercitar sus derechos y deberes sin intervención de terceras personas. Así lo establece el citado artículo 42 del Código Civil.

Entre las personas plenamente capaces hay quienes tienen *discapacidades*, palabra discutida como aplicable a estos casos, pero que es la que usa el Código Civil. A tales personas se les facilita hacer su declaración de voluntad a través de dos figuras jurídicas: (i) los apoyos y sus salvaguardias, y (ii) los ajustes razonables.

Los *apoyos* están explicados en el artículo 659-B del Código Civil:

**Artículo 659-B.-** Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

Los *apoyos* son personas o instituciones que, como regla general, son nombradas por la persona discapacitada (y, excepcionalmente, por el juez) para que la ayuden a comunicarse, eventualmente, a interpretar adecuadamente su manifestación de voluntad, así como a explicarle los actos jurídicos que realizará y las consecuencias de los mismos. El apoyo no representa ni sustituye a la persona discapacitada: la ayuda a entender mejor lo que va a realizar y a expresar adecuadamente su voluntad por sí misma.

Los apoyos se establecen con *salvaguardias*, las cuales son reglas de seguridad establecidas por la persona discapacitada que nombra a su apoyo (o por

el juez si él es quien lo nombra) para garantizar que la persona o institución que da el apoyo cumpla efectivamente el encargo con honestidad y eficiencia.

La forma de establecer los apoyos y salvaguardias está descrita en el artículo 45-B del Código Civil y se desarrolla en los artículos 659-A y siguientes.

Por su lado, los *ajustes razonables* son facilidades o simplificaciones para que la persona con discapacidad se desenvuelva con la mayor facilidad posible en la sociedad y pueda ejercitar efectivamente su capacidad jurídica. En ese sentido, por ejemplo, serán ajustes razonables permitir que una persona ciega pueda leer documentos en sistema *braille* para informarse debidamente y por sí misma.

Estas figuras son formas de comportamiento social para facilitar la expresión de las personas con discapacidad: se trata de que estas facilidades no sean concesiones sino deberes sociales exigibles a favor de las personas con discapacidad. En ese sentido, el artículo 45 del Código Civil establece lo siguiente:

**Artículo 45.-** Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

### **2.3.1. La incapacidad absoluta**

El artículo 43 del Código Civil dice claramente lo siguiente:

**Artículo 43.-** Son absolutamente incapaces: // 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Los absolutamente incapaces, como ya dijimos antes, están sujetos a la patria potestad de sus padres o a la tutela hasta la edad de dieciocho años.

La parte final del artículo dice que quienes han cumplido catorce años pueden realizar los actos que la ley determina. En el Código Civil, estas autorizaciones para realizar actos a los mayores de catorce años están en los artículos 46, 530, 542, 557 y 646.

### **2.3.2. La capacidad restringida**

El Decreto Legislativo 1384 no ha cambiado totalmente la concepción de la capacidad e incapacidad de ejercicio porque las denominadas *personas*

*con capacidad restringida* siguen estando sometidas, salvo excepciones, a las reglas del viejo sistema que, en concreto, tienen que ver con la patria potestad, tutela, curatela e interdicción, cuyos conceptos generales revisamos al principio de este texto.

Así, y teniendo en cuenta los mandatos de los artículos 45-A y 566 del Código Civil, podemos resumir la situación de las personas con capacidad restringida de la siguiente manera:

- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, mencionados en el artículo 44, inciso 1, del Código Civil quedan sometidos a la patria potestad.
- Los pródigos, mencionados en el artículo 44, inciso 4, quedan sometidos a curatela e interdicción. *Pródigo*, según el artículo 584, es quien «teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible». Esta porción puede ser un tercio o la mitad de sus bienes según las diversas circunstancias que regulan los artículos 725 y 726 del Código Civil.
- Los que incurren en mala gestión, mencionados en el artículo 44, inciso 5, también quedan sujetos a curatela e interdicción. Según el artículo 585, incurre en mala gestión quien «ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos».
- Los ebrios habituales, mencionados en el artículo 44, inciso 6, pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica si cuentan con certificado de discapacidad (según la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1384). Si no contaran con tal certificado, quedan sometidos a curatela e interdicción.
- Los toxicómanos, mencionados en el artículo 44, inciso 7, si cuentan con certificado de discapacidad, pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica (según la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1384). En caso contrario, quedan sometidos a curatela e interdicción.
- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, mencionados en el artículo 44, inciso 8, reciben la interdicción en la sentencia penal y quedan sometidos, también, a curatela.

- Las personas que se encuentren en estado de coma quedan sometidas a apoyos y salvaguardias: si las nombraron antes de caer en coma se respetará tal decisión; y, si no lo hicieron, los nombramientos serán hechos por el juez.

## **2.4. La capacidad e incapacidad y el derecho privado**

Este es un manual hecho para fines de enseñanza del curso. En tanto ello, hacemos notar que una adecuada comprensión de la capacidad de la persona natural requiere revisar normas en las partes de *Derecho de las personas* y *Derecho de familia* del Código Civil. Incidental y complementariamente, también requiere ver algunas normas del derecho de sucesiones (por ejemplo, para constatar las cuotas de libre disposición a efectos de determinar quién es pródigo). En unas clases más, dentro de este curso, también veremos que la capacidad de ejercicio está estrechamente vinculada al acto jurídico, como se desprende del inciso 1 del artículo 140 y, desde allí, tiene que ver con instituciones del mismo acto jurídico, como la nulidad y anulabilidad según los artículos 219 y 220 del Código Civil. Destaca, asimismo, su vinculación con la suscripción de contratos.

Hay también otras muchas conexiones entre la capacidad de la persona en el Código Civil y el derecho privado en general, y por eso es importante conocerla bien. Asimismo, además de estudiar este manual, sería bueno leer las disposiciones del Código Civil citadas a lo largo del texto para tener una visión integral de todas ellas.

Con relación a la capacidad de ejercicio, resulta necesario desarrollar las siguientes instituciones que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado con la finalidad del desenvolvimiento adecuado de las personas.

### **2.4.1. La patria potestad**

La *patria potestad* es la autoridad y poder de decisión que madre y padre ejercen sobre sus hijos menores de dieciocho años, tengan estos incapacidad absoluta (menores de dieciséis años) o capacidad restringida (a partir de los dieciséis años cumplidos).

Si madre y padre están casados, ejercen la patria potestad conjuntamente y, si no se ponen de acuerdo, resuelve el juez de Familia. Si se han separado, divorciado o se ha invalidado su matrimonio, los hijos son confiados a uno de ellos y es este quien ejerce la patria potestad. Al otro se le suspende entretanto.

Si madre y padre no están casados, la patria potestad la ejerce quien haya reconocido al hijo. Si lo reconocieron ambos, el juez determina a quién de ellos corresponderá ejercerla.

Por la patria potestad los progenitores cuidan de la persona y bienes de sus hijos menores, y los representan legalmente en los actos en los que estos deban participar. Destacan especialmente los deberes de tenerlos consigo, sostenerlos económicamente, darles educación y administrar sus bienes. Sobre esta administración, el Código Civil contiene varias normas.

El padre o madre puede ser privado(a) de la patria potestad en casos graves y también se les puede suspender su ejercicio. Las reglas sobre la patria potestad están consignadas en los artículos 418-471 del Código Civil.

#### **2.4.2. La tutela**

La *tutela* es la autoridad y poder de decisión que el tutor nombrado tiene sobre los menores de dieciocho años no sujetos a la patria potestad. Esto puede suceder, por ejemplo, porque sus padres hayan sido privados o suspendidos de esta por sentencia o porque hayan muerto (ver el artículo 502 del Código Civil).

El tutor puede ser nombrado por la madre o padre y, en su defecto, por otros parientes interesados directamente. Si no se lo hubiera nombrado, hay un orden en el que los parientes ejercen la tutoría. Los menores que carecen de familiares son tutelados por el Estado o por los particulares que los amparen.

La tutela está regulada en el Código Civil entre sus artículos 502 y 563. Para el *pupilo* (así se llama al que tiene tutor), la situación jurídica es muy semejante a la que hubiera tenido dentro de la patria potestad con sus padres.

#### **2.4.3. La curatela**

La *curatela* es la autoridad y poder de decisión que el curador tiene sobre los mayores de edad a quienes se considera incapaces. El artículo 565 del Código Civil dice que la curatela se instituye para la administración de bienes del incapaz restringido y para asuntos determinados. No obstante, el artículo 576 del mismo Código añade lo siguiente: «El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios».

La curatela tiene que ver con las restricciones de capacidad que tiene la persona sometida a ella. Por consiguiente, las atribuciones que tiene el curador de una persona pueden ser distintas a las del curador de otra persona. Dentro de las atribuciones que se le hayan señalado, el curador representa o asiste a la persona sometida a curatela (conforme a la parte final del citado artículo 576).

Según el artículo 566 del Código Civil, la curatela a los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos<sup>115</sup> no puede ser establecida si antes el incapaz restringido no ha sido *interdictado* (concepto este que tratamos a continuación).

La curatela está regulada entre los artículos 564 y 618 del Código Civil.

#### **2.4.4. La interdicción**

La interdicción es un procedimiento por el cual la autoridad jurisdiccional quita la capacidad plena de ejercicio de la que goza una persona con incapacidad restringida. Además, el artículo 567 del Código Civil señala lo siguiente: «El juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional».

Las normas específicas del proceso de interdicción están contenidas en los artículos 582-584 del Código Procesal Civil.

**Artículo 4.-** El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

La igualdad jurídica de los sexos no había sido expresamente declarada hasta la Constitución de 1979. Las constituciones anteriores habían establecido la igualdad de todos frente a la ley, pero obviamente no se incluyó a las mujeres dentro de «todos». En las normas de derecho público, un buen ejemplo es que recién en 1956 fue reconocido el voto universal femenino en el Perú.

En el ámbito de los derechos civiles, el problema era aún mucho más grave y, particularmente, cuando se trataba de la mujer casada: tenía

---

<sup>115</sup> Posteriormente describimos a cada una de estas calificaciones jurídicas de capacidad restringida.

restricciones para trabajar fuera del hogar; estaba sometida en muchos aspectos de la vida cotidiana a la decisión del marido; debía habitar donde el marido decidiera; etc.

Actualmente, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución señala lo siguiente: «Toda persona tiene derecho: // [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole»



### Módulo de trabajo 7

(<https://forms.gle/u3YbfD7C8FoADokn8>)

## 3. Las características de los derechos de la persona

Los códigos civiles recogieron tradicionalmente varios de los derechos que corresponden al ser humano. Lo propio hace el Código Civil peruano vigente. Sin embargo, a partir de 1948 se produjo una verdadera revolución en materia de derechos al establecerse la Declaración de los Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas ha dado un gran impulso al desarrollo y mejor comprensión de los derechos humanos, y se ha pugnado para que sean incorporados en las constituciones de los Estados.

Sin embargo, ciertos derechos fueron desarrollados en el derecho civil y se tratan en el Código. Por ello, hay que concordar esta parte con la Constitución para tener una visión completa del tema.

**Artículo 5.-** El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

Este artículo 5 introduce tres principios de derecho en referencia a los derechos inherentes a la persona humana:

- Son *irrenunciables*: el ser humano no puede perderlos por voluntad propia, aunque ese fuera su deseo.
- No pueden ser objeto de cesión: el ser humano es el titular de esos derechos y no puede transferir la decisión sobre ellos a terceras personas.
- El ejercicio de estos derechos no puede sufrir limitación voluntaria (a excepción de las circunstancias que se prevé en el artículo 6). En cualquier caso, como veremos, las excepciones a la regla general dependen exclusivamente de la persona cuyos derechos están en cuestión. Aquí no intervienen ni representantes ni terceros que puedan decidir por el ser humano mismo.

El Código enumera algunos derechos considerados en este régimen normativo:

- *Los derechos a la vida e integridad física* (también considerados en el artículo 2, el inciso 1, de la Constitución). Sobre el derecho a la vida no hace falta explicación general porque se comprende perfectamente. Sólo queda decir que es no sólo un derecho, sino que es también irrenunciable y que, por consiguiente, no puede ser eliminada voluntariamente. Por lo tanto, no tienen validez jurídica tanto el suicidio como las formas de eutanasia. Fernández Sessarego distingue entre eutanasia *activa* (matar) y *pasiva* (dejar morir). En su criterio ambas son prohibidas por el derecho a la vida<sup>116</sup>.

El derecho a la integridad física da al ser humano el derecho de conservar intacta su estructura anatómica, funcional y su salud en general<sup>117</sup>.

- *La libertad*. La definición más comprehensiva de la libertad desde el punto de vista jurídico se halla en el artículo 2, inciso 24, literal *a*, de la Constitución que dice que «[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

---

<sup>116</sup> Fernández Sessarego (1986, pp. 40-41).

<sup>117</sup> Trataremos detalladamente el significado de todos estos conceptos al estudiar los artículos 6-10 del Código Civil.

En realidad, la libertad se trata ahora bajo la forma de «libertades» específicas. La Constitución contiene las siguientes:

a.	Libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 2, inciso 2)
b.	Libertad de conciencia y religión (artículo 2, inciso 3)
c.	Libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2, inciso 4)
d.	Libertad de creación intelectual, artística y científica (artículo 2, inciso 8)
e.	Libertad de elegir el lugar de residencia y de transitar (artículo 2, inciso 11)
f.	Libertad de asociación (artículo 2, inciso 13)
g.	Libertad de contratar con fines lícitos (artículo 2, inciso 14)
h.	Libertad de trabajo (artículo 2, inciso 15)
i.	Todo el ámbito de la libertad y seguridad combinadas (literales del artículo 2, inciso 24)
j.	Libertad de enseñanza (artículo 13)
k.	Libertad de cátedra (artículo 18)
l.	Libertad de sindicalización (artículo 28)
m.	Libertad de comunicación en general (artículo 2, incisos 4 y 10)
n.	Libertad de iniciativa privada dentro de una economía social de mercado (artículo 58)
o.	Libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59)
p.	Libertad de votar libremente (artículo 31)

- *El derecho al honor* (considerado también en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución). El *honor* es la autoestima de la persona y es lesionado cuando se agravia tal autoimagen. Vulgarmente se piensa que el honor es el buen concepto que los demás tienen de la persona pero eso, en realidad, se denomina *buena reputación* en el derecho.

Por otro lado, el propio Código Civil establece que la persona puede renunciar a ciertos derechos mediante su consentimiento, derechos evidentemente inherentes a la persona, como, por ejemplo, la intimidad de la vida personal o familiar (artículo 14), o el derecho a la imagen (artículo 15).

Frente a estas constataciones, es obvio que el artículo 5 del Código Civil es deficiente. Los principios de irrenunciabilidad y no cesión son efectivamente aplicables a la vida, integridad física, libertad y honor. En nuestro criterio, también lo son al derecho a un nombre propio, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la igualdad ante la ley sin discriminación. Empero, no son aplicables a los demás.

Por su parte, el artículo 6 del Código Civil sólo es aplicable a los derechos a la vida e integridad física. Ni siquiera es aplicable a la libertad u honor (conforme veremos en los siguientes numerales).

Es en estos términos que consideramos que deben entenderse los alcances del artículo 5 del Código Civil.

#### **4. La disposición sobre el propio cuerpo**

En este apartado pretendemos comentar, uno por uno, los artículos del Código. Sin embargo, en el caso de los artículos 6-10, es preciso hacer un abordaje primero integral y luego individual de cada artículo (en concordancia, a su vez, con el artículo 5) porque todos tratan el mismo tema: la disposición del cuerpo o del cadáver en beneficio de los demás. Sucede que, en nuestro concepto, la normatividad existente en el Código Civil al respecto es confusa y lleva a serios conflictos de interpretación. Los aspectos normativos se complican más aún si tomamos en cuenta las normas específicas sobre donación y trasplante de órganos que existen en la Ley 28189, *Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos*, y su reglamento.

**Artículo 6.-** Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

**Artículo 7.-** La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

**Artículo 8.-** Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.

La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.

**Artículo 9.-** Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6. Es también revocable el acto por el cual la persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.

La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna.

**Artículo 10.-** El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, con conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13. No procede la disposición si existe oposición de éstos, manifestada dentro del plazo, circunstancias y responsabilidades que fija la ley de la materia.

Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.

#### 4.1. Marco general del derecho a disponer del cuerpo o del cadáver<sup>118</sup>

Aquí estamos frente a lo que se denomina, en la teoría los derechos, como *disposición del cuerpo* (de un ser humano en vida) y *cadáver* (restos físicos corporales de quien fue ser humano y falleció). Ambos pertenecen a los *derechos de la personalidad*.

Los *derechos de la personalidad* son derechos humanos que pertenecen a la esfera individual de la persona y se centran en ella misma. Son privativos del individuo, intransmisibles e imposibles de compartir. Son derechos que

---

<sup>118</sup> Muchos de los contenidos de esta parte han sido trabajados sobre la base de las ideas de Bergoglio y Bertoldi (1983).

se han desarrollado en el derecho civil como emanaciones de la personalidad individual. En realidad, la doctrina ha discutido si son derechos o si son parte integrante de la personalidad; pero nosotros no abordaremos este problema de naturaleza más propiamente ontológica.

- Los derechos de la personalidad son subdivididos en dos ámbitos:
- Los que pertenecen al ámbito físico de la personalidad: derechos a la vida, integridad física y disposición del cuerpo y cadáver.

Los que pertenecen al ámbito incorporeal de la personalidad: derechos a la identidad, imagen, intimidad, honor y nombre propio; varias de las libertades; igualdad ante la ley; reserva de convicciones; etc.

Así, puede verse que, en los artículos 6-12, estamos tratando con los derechos referidos al sector físico de la personalidad.

Para el desarrollo del marco general de esta problemática, conviene distinguir entre *disposición del cuerpo de una persona en vida* y *disposición de un cadáver*.

#### **4.1.1. El derecho de disposición del cuerpo de la persona en vida**

El derecho de disposición del cuerpo está referido a varias circunstancias diferentes entre sí. Las principales son las siguientes:

- La disposición de partes del cuerpo humano (como cabellos, leche materna, gametos, sangre, etc.) sin que suponga el trasplante de órganos o tejidos.
- La problemática de los trasplantes de órganos y tejidos, la cual supone dos aspectos:
  - a. Disposición de partes del cuerpo para trasplante, que supone la *ablación* (separación) de órganos del donador
  - b. Disposición del cuerpo en el receptor para el *implante*

Obviamente, la ablación y el implante son dos problemas distintos en el derecho, aunque relacionados por la fuerza de las cosas.

- La asunción de riesgos en actividades deportivas o laborales especialmente peligrosas.

- La investigación científica en seres humanos o con partes del cuerpo de seres humanos.

La regla general es que la disposición del propio cuerpo está jurídicamente aceptada cuando no vulnera la vida, integridad corporal o salud. Desde luego, existen excepciones y matices que debemos tratar uno por uno con todas sus implicancias teóricas. Lo que sí es evidente es que el derecho a la disposición del propio cuerpo es distinto de los derechos a la vida y salud integral, y no puede ser confundido con ellos.

La normatividad del Código Civil, como hemos visto, dice lo siguiente respecto a la disposición del cuerpo:

1. Los derechos a la vida e integridad física son irrenunciables. Como hemos señalado al comentar el artículo 5 del Código Civil, esto significa que no pueden ser vulnerados ni por voluntad expresa del titular. Son derechos pero, en este sentido, también son deberes.
2. Estos derechos tampoco pueden ser objeto de cesión: deben ser ejercidos por el mismo titular. Son derechos de ejercicio personalísimo y ni siquiera los representantes pueden utilizarlos por sus representados (norma perteneciente al artículo 5 del Código Civil).
3. Sin embargo, se admite que la voluntad del titular de los derechos pueda limitarlos (no eliminarlos o reducirlos significativamente), limitación que está sujeta a ciertas reglas (norma del artículo 5 del Código Civil).

Cuando se habla de *disposición del cuerpo*, tres conceptos sobre lo que se puede disponer son mencionados: *tejidos*, *órganos* y *partes del cuerpo*.

- Los *tejidos* son una reunión de células homogéneas que desempeñan una misma función. Existen siete tejidos básicos: epitelial, conjuntivo, cartilaginoso, óseo, sanguíneo, muscular y nervioso.
- Los *órganos* son asociaciones de tejidos que adoptan una forma definida y una función determinada en el organismo: corazón, riñón, pulmón, etc.

- Las *partes del cuerpo* significan una variada y disímil gama de elementos en la medida de que una parte del cuerpo es cualquier porción de él que pueda ser separada. Así, será parte una uña, dedo, mano o extremidad superior. En realidad, el concepto *parte del cuerpo* es un género que incluye cualquier posibilidad de disposición por el ser humano o a partir del cadáver. En adelante, hablaremos de las *partes del cuerpo* salvo que se haga precisión sobre tejidos u órganos.

Ahora bien, en materia de integridad corporal, es preciso tratar dos temas importantes: (i) la clasificación de las partes del cuerpo y (ii) las teorías de la integridad anatómica, integridad funcional y salud integral.

#### 4.1.1.1. Las partes del cuerpo

Desde el punto de vista jurídico, podemos clasificar las partes del cuerpo en base a dos variables: (i) renovación y (ii) separación. La separación puede subdividirse en dos circunstancias de hecho: (i) parte ya separada o (ii) parte no separada aún. Caben varias posibilidades:

<p>Parte renovable y separable no separada</p>	<p>Es el caso del cabello en la cabeza, de las uñas en los dedos, o del material genético dentro del cuerpo (óvulo dentro de la mujer o espermatozoides dentro del varón).</p> <p>La disposición de cualquiera de estas partes en esta situación no afecta gravemente la integridad anatómica de la persona en la medida de que son renovables y separables; pero sí afecta la libertad y, dado el caso, la salud (el caso más grave sería la extracción del óvulo femenino).</p>
<p>Parte renovable y separable ya separada</p>	<p>Es el caso del cabello o las uñas cortadas, o del material genético fuera del cuerpo. En estos casos, el derecho acepta como regla general que estas partes son cosas que pertenecen originariamente a quien las tuvo en su cuerpo. Como cosas ya separadas (y que, por lo tanto, no integran su cuerpo), puede disponer de ellas sin afectar ninguno de sus derechos humanos.</p>

Parte renovable no separable	Es el caso del hígado. El cuerpo humano puede regenerarlo pero, si es totalmente extirpado, se atenta contra la vida del ser humano. Estas disposiciones del cuerpo están prohibidas por la doctrina al margen de que puedan ser útiles o no a la investigación o a la técnica de trasplantes.
Parte no renovable no separable	Es el caso del corazón. Está prohibida en vida porque conduce a la privación de este derecho.
Parte no renovable separable	Es el caso de uno de los dos riñones, que puede ser extirpado sin causar la muerte, pero de manera tal que no puede ser regenerado por el organismo. Es una circunstancia que no está proscrita por la doctrina; pero, en este caso, hay que atender a otras consideraciones que son las de la integridad anatómica, funcional o salud integral.

Luego de esta enumeración, se puede muy fácilmente llegar a la definición de cada una de las variables:

Parte renovable	Aquella que puede ser regenerada por el organismo humano en vida.
Parte no renovable	Aquella que no puede ser regenerada por el organismo humano en vida.
Parte separable	Aquella que puede ser separada del cuerpo humano sin comprometer la vida.
Parte no separable	Aquella que, al ser separada del cuerpo, produce la muerte del ser humano.
Parte separable separada	Es un asunto de hecho que consiste en que la parte separable no esté ya unida al cuerpo que le dio origen.
Parte separable no separada	Es un asunto de hecho que consiste en que la parte separable aún forma parte del cuerpo que le dio origen y, por consiguiente, se presenta el problema de que separarla puede significar afectar la libertad física del sujeto.

#### 4.1.1.2. La integridad del ser humano

La integridad a defender en el ser humano puede ser vista desde tres ángulos bastante distintos entre sí y, en cierta medida, excluyentes. Veámoslos.

1. La *integridad anatómica* consiste en proteger óptimamente la integridad corporal del ser humano. Es más cabalmente lograda como protección cuando el sujeto muere sin que le haya sido extirpada artificialmente una sola parte de su cuerpo. En el concepto de *protección de la integridad anatómica*, sólo puede disponerse de las partes separables del cuerpo humano.
2. La *integridad funcional* consiste en proteger la funcionalidad del cuerpo humano. La integridad funcional habrá sido cabalmente protegida si, a la muerte del sujeto, su cuerpo seguía cumpliendo las mismas funciones que al nacer (salvo, desde luego, las funciones perdidas naturalmente con el transcurso del tiempo). De esta manera, y como regla general, separar un pulmón, riñón o pedazo de cabello no afecta la funcionalidad del cuerpo humano, sean estas partes renovables o no renovables. En cambio, extirpar un ojo afecta la integridad funcional pues, si bien se continúa viendo, se pierde la mirada estereoscópica, es decir, la tercera dimensión que es una función realizable sólo con los dos ojos debidamente coordinados.
3. Finalmente, está la concepción de la *salud integral* que indica que la protección no debe ser sólo anatómica o funcional, sino que debe atender a los aspectos anatómicos, fisiológicos y emocionales como un todo. Así, probablemente, una persona que done uno de sus pulmones en vida afectará su salud integral pues, aun cuando pueda respirar, lo hará con mayores limitaciones que si tuviera dos pulmones. A la inversa, es probable que se admitiera la donación a un gemelo que necesite tal órgano de vida o muerte porque, de no producirse la donación, el sobreviviente cargaría con una terrible culpa de no haber permitido que su gemelo sobreviviera. El tema de la salud integral posa aspectos emocionales y valorativos de tremenda importancia sobre el problema que tenemos entre manos.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la concepción de la salud integral es la más evolucionada y humana (aunque, en realidad, no la más

precisa de las tres en discusión), la regla general de la doctrina será que la disposición de partes del cuerpo que debe ser más favorecida es aquella en la cual no se afectan ni la salud integral ni la salud funcional de la persona (aunque sí, evidentemente, la salud anatómica) mediante la disposición de partes renovables, separables, separadas.

#### **4.1.2. La disposición del cadáver**

Dice el artículo 61 del Código Civil que la muerte pone fin a la persona. En consecuencia, el cadáver no es un ser humano, sino un resto físico de él. En este sentido, no intervienen ni el derecho a la vida ni, en cualquiera de sus formas, la integridad como elementos definitorios de las situaciones.

En otras palabras, del cadáver se puede disponer sin afectar derechos humanos porque no hay ser humano en él. Las ataduras formales, desde luego, sí permanecen porque los restos humanos merecen especial respeto. Se le debe respeto al cadáver como cuerpo de quien fue un ser humano. El artículo 4 de la anteriormente señalada Ley 28189 señala lo siguiente: «Al ocurrir la muerte, los restos mortales de la persona humana se conservan y respetan de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, con las limitaciones establecidas por el donante. Pueden usarse en defensa y cuidado de la salud de otras personas, según lo establecido en la presente ley y la legislación de la materia»<sup>119</sup>.

El cadáver es un «objeto de derecho» como dice la Ley 28189. Dos cosas hay que definir en este punto: por un lado, cuándo alguien es cadáver, lo que equivale a determinar cuándo muere la persona; y, de otro lado, quién dispone de ese objeto de derecho. Tratamos de ello a continuación.

##### **4.1.2.1. La declaración de la muerte**

El diagnóstico de la muerte es regulado en el Decreto Supremo 014-2005-SA, reglamento de la Ley 28189. Para mostrar su complejidad médica, transcribimos los artículos pertinentes:

---

<sup>119</sup> Artículo modificado por la Ley 31756, *Ley que promueve la donación de órganos y tejidos humanos para trasplante con fines terapéuticos*, publicada el 30 de mayo del 2023.

**Artículo 3.-** *Diagnóstico de muerte*

Se considera muerte para efectos del presente Reglamento al cese irreversible de la función encefálica o la función cardiorrespiratoria, de acuerdo con los protocolos que se establecen en el presente Reglamento. El diagnóstico de la muerte de una persona es de responsabilidad del médico que la certifica.

**Artículo 4.-** *Muerte encefálica*

Se considera muerte encefálica al cese irreversible de las funciones del tronco encefálico cuyo protocolo de diagnóstico se establece en los artículos 7 y 8 del presente Reglamento. El Acta de Comprobación de la muerte encefálica es responsabilidad del Director del Establecimiento o su representante, el Neurólogo o Neurocirujano y el Médico tratante.

**Artículo 5.-** *Certificación de muerte encefálica*

La Certificación de Muerte Encefálica, previa a los procedimientos destinados a la utilización de órganos o componentes anatómicos con fines de trasplante, será indispensable sólo en caso de trasplante de riñón, corazón, hígado, páncreas, intestino y pulmones. En caso de tejidos como piel, córnea, huesos, tendones y articulaciones será suficiente la certificación usual de muerte, por parte del médico.

**Artículo 6.-** *Muerte accidental*

En caso de muerte accidental donde por ley se deba practicar la necropsia y previo al levantamiento del cadáver, es permisible la ablación de órganos o tejidos para fines de trasplante, siempre y cuando no obstaculice el resultado de la investigación de ley. El informe de los hallazgos operatorios será incluido en el Certificado de Necropsia.

**Artículo 7.-** *Protocolo de diagnóstico de muerte encefálica*

El diagnóstico de muerte encefálica se efectuará de acuerdo al protocolo siguiente:

- a) Determinación de la causa básica.
- b) Coma arreactivo estructural e irreversible, con asistencia respiratoria mecánica, y estabilidad hemodinámica ya sea espontánea o con ayuda de drogas vasoactivas, u otras sustancias, descartando la presencia de hipotermia, sustancias depresoras del sistema nervioso central, o paralizantes que puedan ser causantes del coma o contribuir al cuadro clínico.
- c) Ausencia de reflejos en el tronco encefálico:
  - 1) Pupilas midriáticas o en posición intermedia, sin respuesta a estimulación fótica intensa.
  - 2) Reflejo oculocefálico (no realizar si hay sospecha de fractura cervical).

- 3) Reflejo óculo-Vestibular (no realizar en presencia de otorragia u otorraquia)
  - 4) Reflejo nauseoso.
  - 5) Reflejo tusígeno.
  - 6) Reflejo corneal.
- d) Ausencia de respiración espontánea
  - e) Prueba de apnea.
  - f) Prueba de la atropina.
  - g) Opcional al diagnóstico clínico de muerte encefálica, es permisible los estudios de flujo sanguíneo cerebral, en aquellos centros que cuenten con dichos procedimientos.

Como abogados(as), no nos corresponde discernir este asunto con detalle, pero vale la pena conocer las disposiciones para valorar su complejidad.

#### **4.1.2.2. La autorización para el uso de partes de un cadáver**

Al tratar este tema, son importantes dos asuntos: (i) las formas de autorización del uso del cadáver según las distintas circunstancias; y (ii) la determinación de la muerte porque, si bien es obvio que, para que haya cadáver, tiene que haber muerto la persona, no es tan obvio saber cuándo es que alguien muere y está autorizada la extracción de partes del cuerpo.

El artículo 8 del Código Civil es muy claro al establecer que es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado después de su muerte con fines de interés social o de prolongación de la vida humana. Asimismo, el artículo aclara que la disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos que no persigan fines de lucro.

Estos mandados son coherentes y adecuados a la doctrina existente. Debe quedar claro que en este artículo se establece la disposición gratuita tanto al decir que se dispone «altruistamente» como al establecer que los donatarios deben ser entidades que no persigan fines de lucro.

También es claro que la persona puede disponer de su cadáver tanto para trasplantes como para investigación y enseñanza científica. Esto es acorde con los principios que regulan la materia cuando se trata de cadáveres.

Por su parte, el artículo 10 del Código Civil se pone en la circunstancia de que la persona no haya dispuesto de su cadáver en vida ni positiva ni negativamente. Ante esta situación, plantea la posibilidad de que el jefe del establecimiento de salud o servicio de necropsias en el que se encuentre un cadáver pueda disponer de parte de este para fines de interés social o de conservación o prolongación de la vida humana de dos maneras según las circunstancias.

Los parientes aludidos en este artículo son los indicados en el artículo 13 del Código que, excluyentemente, son los siguientes y en este orden:

- Cónyuge del difunto
- Sus descendientes
- Sus ascendientes
- Sus hermanos

Nos referimos con mayor extensión a las reglas sobre asentimiento de los parientes al comentar el artículo 13.

El artículo 110 de la Ley 26842, Ley General de Salud, trata el caso especial del uso de órganos de cadáveres a los que se les deba hacer necropsia o embalsamamiento:

Artículo 110.- En los casos en que por mandato de la ley deba hacerse la necropsia o cuando se proceda al embalsamamiento o cremación del cadáver se podrá realizar la ablación de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto, sin requerirse para ello de autorización dada en vida por el fallecido o del consentimiento de sus familiares.

La disposición de órganos y tejidos de cadáveres para los fines previstos en la presente disposición se rige por esta ley, la ley de la materia y su reglamento.

Los casos en los que la necropsia es mandatoria se hallan en el artículo 109 de la misma ley.

Finalmente, es preciso señalar que la Ley 31756, promulgada el 27 de mayo de 2023 y publicada el 31 del mismo mes, ha establecido ciertas normas de promoción de la donación de órganos y tejidos humanos de donante cadavérico (aquel que ha fallecido y de quien se puede extraer órganos o tejidos para su posterior trasplante con fines terapéuticos). Su principal disposición se halla en el artículo 3:

Artículo 3. *Presunción de donación universal*

La autorización para la extracción y el procesamiento de órganos o tejidos de donantes cadavéricos se presume, salvo declaración en contrario del titular o excepción establecida en la presente ley.

Todo ciudadano puede hacer constar libremente en su documento nacional de identidad (DNI) la declaración de su voluntad de no ser donante de órganos o tejidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, literal k), de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), cuyo contenido garantiza el derecho al consentimiento informado de los titulares para la donación de órganos o tejidos. Asimismo, dispondrá de los medios simplificados para declarar su voluntad de no ser donante que pone a su disposición el Ministerio de Salud, de acuerdo con los procedimientos que establece el reglamento de la presente ley.

En este artículo se reconoce a las personas la libertad de declarar que aceptan donar o no sus órganos para fines de trasplante después de su muerte; pero, cuando tal declaración no haya sido hecha, se presume la voluntad de autorizar el uso de los órganos. En virtud de su finalidad de estimular las donaciones, el artículo 8, inciso 1, manda que «la condición de donante o de no donante se consigna obligatoriamente en el documento nacional de identidad (DNI)».

Es preciso decir que, en nuestra opinión, la existencia de varias leyes que tratan sobre el mismo tema, con normas que no se modifican ni derogan, afecta la claridad de las decisiones a tomar. Sería necesario que las normas sobre disposición del cadáver para donación de órganos estuvieran centralizadas en una sola norma estructurada consistentemente. Sólo en vía de ejemplo, podemos tomar en cuenta estas circunstancias:

- La Ley 31756 dice que el DNI debe contener necesariamente la declaración de sí o no en relación a la donación de órganos para después de la muerte. Si esto es así, ¿cuál es el sentido de decir que se presume la voluntad de donar cuando todos tendremos un DNI que contendrá necesariamente la respuesta? Podría ser que la presunción aludida sirva para los incapaces relativos y absolutos civilmente, pero esto no se halla así expresado en la ley.
- Si todo lo anterior está claro, es decir, si quien falleció declaró que sí donaba o no donaba, ¿qué sentido tienen las autorizaciones de los parientes del fallecido? Podría tratarse del cadáver cuyo DNI no

se encuentra, pero, en tal caso, sería una persona no identificada y, para ella, ya hay normas relativas a la ablación de órganos.

Estas observaciones hacen ver que la unificación y sistematización de la legislación, en estos aspectos, es indispensable. Creemos que es necesario promover la donación cadavérica de órganos, pero hay que hacerlo con coherencia, precisamente, para mayor eficacia.

#### 4.2. Los trasplantes de órganos y tejidos

El *trasplante* es la sustitución de una parte del cuerpo humano por otra extraída de otro cuerpo humano o animal, y que cumple las mismas funciones que la sustituida.

Existen dos grandes tipos de trasplantes en relación a los posibles suministradores del material a trasplantar: (i) el *trasplante homoplástico*, que es realizado entre individuos de la especie humana; y (ii) el *heterotrasplante*, que es aquel en el que el material de trasplante proviene de una especie no humana. En adelante, nos referimos exclusivamente al trasplante homoplástico, el cual, desde luego, es el más complejo para el derecho.

Parte de lo que hemos discutido inmediatamente antes tiene que ver con la materia de trasplante de órganos, pero el análisis de este problema supone siempre dos aspectos:

- El de la *ablación* del órgano, tejido o parte del cuerpo que se extrae del donante si está vivo, o de un cadáver
- El del *implante* en el cuerpo de quien se beneficiará del trasplante

Por consiguiente, en todo trasplante deben existir dos declaraciones de voluntad: la del donante si está en vida y la del receptor. Son dos voluntades independientes entre sí, aunque conectadas por la sucesión de los hechos. Si el material de trasplante se extrae de un cadáver, habrá que estar a las disposiciones según las cuales se puede obtener partes de cadáveres para efectos de trasplantes.

Cuando pasamos a analizar las reglas del Código Civil según las cuales se puede autorizar la limitación de los derechos a la vida y a la integridad corporal, encontramos normas correctas pero, también, varios problemas de coherencia. Por ello, creemos que hay que dar una interpretación sistemática de estos artículos y, en consecuencia, proponemos la siguiente:

1. Las limitaciones voluntarias a los derechos a la vida y la integridad física de las que habla el artículo 5 pueden producirse sólo mediante consentimiento expreso y directo del donante. En el caso de disposición de partes no renovables, se requiere consentimiento expreso y escrito del donante. En todos los casos hay que cumplir los requisitos reglamentarios establecidos.
2. La disposición de partes del cuerpo está prohibida en los siguientes casos:
  - a. Cuando ocasione una disminución permanente y dañina de la integridad física
  - b. Cuando se perjudique gravemente la salud del donante
  - c. Cuando se reduzca sensiblemente el tiempo de vida del donante
  - d. Cuando de alguna manera se contraríe el orden público o las buenas costumbres
  - e. Cuando no se garantice que las funciones del órgano o tejido a extraer serán compensadas por el organismo del donante de manera que no se afecte sustancialmente su vida o salud (artículo 10, inciso 5, de la Ley 28189).
3. No obstante las prohibiciones anteriores, las disposiciones del cuerpo serán válidas en los siguientes casos:
  - a. Si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico
  - b. Si están inspiradas por motivos humanitarios

Esta interpretación es la que nos parece más razonable a la luz de lo expuesto. Sin embargo, la normatividad del Código no es sistemática en los artículos 6-12, por lo que reconocemos que toda interpretación es muy discutible y que podrían tomarse diversas opciones interpretativas, razón de sobra para que se proceda a una reforma legislativa solucionando los problemas que actualmente existen. Además, como se puede apreciar de los textos legislativos de la Ley 28189 transcritos, esta ley de trasplantes y donaciones de órganos y tejidos humanos trae, de hecho, algunas modificaciones tácitas a los textos del Código Civil, las cuales son comentadas especialmente en las secciones referidas a la vida e integridad.



### Módulo de trabajo 8

(<https://forms.gle/QAxdmCrhCz9E8XUf9>)

## 5. La integridad física y psíquica

**Artículo 12.-** No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Las disposiciones del artículo 12 del Código Civil son las siguientes:

1. No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o integridad física de una persona si no corresponden a su actividad habitual o, si correspondiendo a ella, no se ha adoptado las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.
2. Son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o integridad física de una persona si corresponden a su actividad habitual y se adoptan las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Ambas disposiciones son correctas y, a nuestro criterio, legislan adecuadamente las diversas posibilidades que pueden presentarse en relación a los contratos que implican un peligro para el ser humano.

Complementariamente a estas, está la norma del artículo 11 del Código Civil:

**Artículo 11.-** Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a un examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud física o psíquica sea motivo determinante de la relación contractual.

La norma está referida a aquellas actividades profesionales o laborales en las que el buen estado físico de la persona debe ser permanentemente controlado. Es el caso de militares, policías, atletas, pilotos de naves y aeronaves, etc.

El Código habla de «estipulaciones», las cuales deben entenderse como cláusulas de un contrato (escrito o no). Es decir, el artículo declara de cumplimiento obligatorio las cláusulas contractuales en las que se produce esa obligación de someterse a examen médico. El artículo 11 no hace más que ratificar la obligatoriedad de los contratos, reforzando, así, la protección que el Código da a la protección de la vida y salud.

**Artículo 13.-** A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

Estamos hablando de la disposición del cadáver de una persona que, en vida, no dispuso de él ni afirmativa ni negativamente. Ante esta circunstancia, el artículo da la disposición del cadáver a los parientes en una gradación excluyente que tiene en primer lugar al cónyuge; en segundo lugar, a los descendientes; en tercer lugar, a los ascendientes; y, en cuarto lugar, a los hermanos. La disposición permitida es sobre la necropsia, incineración y sepultura. Como hemos visto, la legislación sobre trasplantes, y el artículo 10 del Código, dan a los mismos cónyuge y parientes la atribución de resolver sobre la disposición del cadáver con fines de prolongación de la vida o de investigación y otros de interés social.

El (la) cónyuge es una sola persona y excluye a todos los otros. Por lo tanto, en esta decisión no se presenta problema alguno.

Sin embargo, cuando entramos a considerar a las demás personas previstas, podemos darnos cuenta de que hay que saber si basta la mayoría de voluntades concurrentes o si es que tiene que haber un acuerdo total. El Código no soluciona el problema ni establece norma supletoria a las voluntades del cónyuge o parientes llamados a decidir.

Nosotros pensamos que, cuando se trata de parientes, en este artículo no debe entenderse que se requiere un acuerdo unánime, sino uno por mayoría. Sin embargo, somos conscientes de que esta opinión es discutible y que lo más adecuado es que el Código diga expresamente de qué se trata y, dado el caso, cuál es la norma supletoria para los desacuerdos de los parientes.

La referencia a las «normas de orden público pertinentes» en la parte final del artículo merece los siguientes comentarios:

1. Las decisiones de cónyuge o parientes no pueden ir contra las normas de orden público existentes en relación al cadáver, su necropsia, incineración y sepultura. Las decisiones que contraríen esto serán nulas por mandato de los artículos V y 219, inciso 8, del Código Civil.
2. Las normas de orden público a las que se hace alusión en este artículo serán evidentemente legislativas, pero también las provenientes de otras fuentes según el peso que tienen en el orden jurídico vigente en el Perú.
3. Llama la atención que no se prohíba aquí el tomar decisiones contra las buenas costumbres cuando es una tónica general del Código y está expresamente establecido en los artículos V y 219, inciso 8, del Código Civil. Por lo demás, en la disposición de un cadáver puede haber una multitud de circunstancias en las que se agrave las buenas costumbres.

## 6. La intimidad

**Artículo 14.-** La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

El derecho a la intimidad fue recogido en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución y aquí se le da un desarrollo adicional, lo que es correcto porque se trata de otro derecho de la personalidad que cae dentro del ámbito que regula el derecho civil.

El derecho a la intimidad consiste en que todos deben guardar reserva de los detalles de la vida de cada uno de los demás en cuanto pertenecen a la esfera de su vida individual o familiar. Hay que notar que la intimidad tiene dos componentes que están vinculados pero que son distintos entre sí:

- La *intimidad de la vida personal*, la cual corresponde al círculo individual de cada ser humano. Es toda la cotidianidad de su vida, sus características personales, usos, relaciones sociales y emocionales, preferencias y demás elementos que pertenecen a su esfera privada.
- La *intimidad de la vida familiar*, la cual es el conjunto de relaciones de los miembros de la familia entre sí y la manera en la que, a su vez, esta familia se relaciona con terceros. Comprende, en síntesis, todos los rasgos de la vida de cada familia humana en su esfera privada.

Ambas se tratan conjuntamente porque, en los seres humanos, la vida personal y familiar se entrecruzan de manera permanente y, en realidad, sería muy difícil aislar al individuo de su medio familiar. Consiguientemente, será imposible aislar su intimidad personal y familiar en todos los aspectos.

La *intimidad* no debe ser confundida con el *honor* (autoestima) ni con la *buena reputación* (estima de los demás hacia mí). La intimidad se violenta cuando un aspecto de la vida personal o familiar es dado a conocer sin el asentimiento de la persona o, si ella ha muerto, de su cónyuge o parientes según el caso y la jerarquía establecida en el artículo 14.

La intimidad es vulnerada, inclusive, si el detalle divulgado sin consentimiento favorece o enaltece a la persona o su familia. No se trata de lo bueno o malo, sino del hecho de que la intimidad debe mantenerse encerrada, fuera de circulación de las informaciones de terceros (a menos que los propios miembros de la familia o el interesado sean los que la divulgan o autorizan hacerlo).

La intervención de los parientes cuando la persona falleció tiene las mismas características y merece los mismos comentarios que el artículo anterior.

Es evidente que, en este caso, el derecho a la intimidad personal y familiar sobrevive a la persona misma pues, desaparecida esta, sigue custodiado.

Hay que notar que no se trata de la misma situación que la herencia: en el ámbito sucesorio, de lo que se trata es de garantizar que los bienes sean entregados a los herederos en cumplimiento de un hecho que quedó cabalmente configurado al momento de la muerte del causante, y que sólo resta por descubrir, precisar y determinar. En la herencia, por consiguiente, la persona ya murió y no tiene más derechos y, en cambio, aparecen los derechos de sus herederos.

En el caso del artículo 14, es su intimidad la que sigue en vigencia (pueden ser, perfectamente, convicciones individuales o características muy

particulares de vivir): no puede ser divulgada libremente una vez que esa persona ya no existe.

Por consiguiente, merece ser rediscutida aquella versión simplificada del artículo 61 en el sentido de que la muerte pone fin a la persona y que, por consiguiente, se terminan las imputaciones a tal ser humano que fue. En materia de intimidad (como de imagen y voz según veremos a continuación), hay ciertos derechos a la reserva de lo que perteneció a la persona hoy muerta.

## 7. La imagen y voz

**Artículo 15.-** La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

La voz no requiere mayor descripción. La *imagen* es el aspecto físico de la persona, su semblanza, o la representación de él. Nótese que no es sólo el aspecto físico, sino cualquier reelaboración o representación a través de la cual la persona pueda ser identificada. Se incluyen en la imagen, entre otros, los siguientes elementos:

- La fotografía, pintura y película donde aparece el ser humano físicamente
- El dibujo y caricatura
- La silueta
- Los rasgos característicos o defectos físicos visibles
- Los gestos y actitudes físicas
- Dos reglas han sido establecidas en este artículo:
  1. La primera está al final del artículo y, en nuestro concepto, dice que, si la utilización de la imagen o voz atenta contra el honor, decoro

o reputación de la persona a quien corresponden, entonces, sólo puede hacerse con asentimiento de tal persona o de los demás con capacidad de autorizar si ella ha muerto.

2. La segunda regla parte siempre de la anterior y consiste en que la imagen y voz no pueden ser utilizadas sin consentimiento del interesado (o de los demás con capacidad de autorizar si ha muerto); pero sí se las puede utilizar sin el respectivo consentimiento en cualquiera de los siguientes casos:

- 2.1. Cuando la persona tiene notoriedad, y la voz e imagen que van a ser utilizadas pertenecen a «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público».

Las personas que tienen notoriedad son las conocidas socialmente por lo que ellas mismas son artistas, líderes, pensadores, deportistas, etc. Estas personas tienen una dimensión privada de su vida que está sujeta a la intimidad y otra dimensión que es pública. En esta última caben sus actuaciones, conferencias de prensa, discursos, opiniones al pasar por la calle o por un set de televisión o radio.

La intimidad de las personas que tienen notoriedad debe ser tan respetada como la de aquellas que no la tienen (aunque no se la suela respetar porque es muy buen —y censurable— negocio divulgarla). Hay que tener en cuenta que la excepción que se hace en el artículo 15 se refiere a la imagen y voz, pero no a la intimidad.

La dimensión pública puede ser divulgada si se realiza en ceremonias de interés general que se celebren en público. Esto último, todavía, merece una precisión: no todo lo que una persona de notoriedad hace en público puede constituir parte de la excepción sino sólo lo que, haciéndose en público, tiene interés general. Si un connotado escritor, por ejemplo, va a un sitio tan público como la playa en verano, ello no tiene interés general y, por consiguiente, no se pueden utilizar ni lo que allí dijo ni la imagen de lo que allí sucedió (a menos, naturalmente, que él lo autorice).

- 2.2. Cuando la persona desempeña un cargo importante, y la voz e imagen que van a ser utilizadas pertenecen a «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público».

El cargo importante no supone que la persona que lo ocupa sea ella misma de notoriedad. Suele suceder que los cargos importantes sean ocupados por personas de notoriedad, pero existen excepciones a la regla.

Lo que aquí permite el Código es que se informe sobre hechos y declaraciones que protagonizan personajes con una posición formal destacada en la sociedad siempre que sean realizados en «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público». Como en el apartado anterior, no hay que confundir la intimidad con la imagen y voz.

- 2.3. Cuando se trate de hechos de importancia o interés público, y la voz e imagen que van a ser utilizadas pertenecen a «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público».

Puede ocurrir también que se trate de circunstancias en las que los seres humanos involucrados ni tienen notoriedad propia ni ocupan cargos importantes, pero el evento público en el que participan tiene interés general (por ejemplo, los desastres naturales o accidentes).

Nuevamente, sin embargo, es preciso tener en cuenta que imagen, voz e intimidad son derechos distintos. Así, por ejemplo, puede ser de indudable interés general el dar cuenta, en imágenes y voz, de un asesinato político en cuanto hecho. Sin embargo, pretender declaraciones de los familiares de la víctima cuando no quieren hacerlo, o pretender ingresar al velorio o entierro privado, es violentar la intimidad porque son eventos que tienen que ver con mucho de lo esencial de las relaciones privadas humanas de los sobrevivientes de la familia entre sí y con los restos mortales del fallecido.

- 2.4. Cuando la utilización se justifique por motivos de índole científica, y la voz e imagen que van a ser utilizadas pertenecen a «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público».

Entendemos que un motivo de índole científica tiene por finalidad el avance de la ciencia y, desde luego, la técnica, aunque no esté expresamente considerada aquí. Por ejemplo, divulgar detalles de un terremoto puede ser importante para conocer mejor los efectos de los movimientos telúricos o para diseñar mejor las construcciones. Podrá, por lo tanto, mostrarse imágenes o voces que contribuyan a dar luz en estos aspectos.

El avance científico, sin embargo, tiene sus propios cenáculos: las universidades, laboratorios, academias de ciencia, etc. La divulgación autorizada para fines científicos debe realizarse dentro de esos y otros recintos similares, pero no alcanzar a la sociedad en su conjunto que, desde luego, no tiene como función esencial hacer avanzar la ciencia (o técnica).

Como en los casos anteriores, esta divulgación de imágenes y voces no es excepción al derecho a la intimidad, el cual deberá ser resguardado hasta donde sea compatible con el avance científico que se promueve.

- 2.5. Cuando se justifique por motivos de índole didáctica, y la voz e imagen que van a ser utilizadas pertenecen a «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público».

La didáctica es la enseñanza y, por consiguiente, para estos fines también se podrá utilizar la voz e imagen. Es el caso de usar trozos de discursos para clases en colegios o universidades, o incluso de utilizar imágenes donde hay que aprender de ellas (escuelas de artes plásticas, por ejemplo). La intimidad deberá ser protegida hasta donde sea compatible con la finalidad didáctica.

- 2.6. Cuando se justifique por motivos de índole cultural, y la voz e imagen que van a ser utilizadas pertenecen a «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público».

Los motivos de índole cultural tienen que ver con todo un amplio campo de la vida humana. Desde luego, aquí entran las llamadas *manifestaciones culturales* y *manifestaciones artísticas*, conceptos de uso común pero, adicionalmente, hay que considerar todo lo que pueda ser entendido como *cultura*.

Finalmente, un breve comentario sobre los «hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público». Hay que notar que la norma exige la concurrencia de dos requisitos: (i) interés general y (ii) ceremonia pública.

Podemos plantearnos muy fácilmente, frente a esto, cuatro posibilidades:

- *Celebración en público y de interés general.* Es el caso de un mitin político.
- *Celebración en público y de interés privado.* Es el caso del entierro de un ser querido.
- *Celebración en privado y de interés general.* Muchas veces los organismos públicos lo hacen: sesión privada del Congreso, etc. También puede convocarse un congreso de expertos sobre un tema de interés general, pero que trabaja a puertas cerradas.
- *Celebración en privado y de interés privado.* Es el caso de una reunión familiar dentro de casa.

De estas, sólo la primera posibilidad constituye excepción. Desde luego, no será fácil clasificar dentro de las cuatro posibilidades anteriores la infinita gama de posibilidades que se presentan en la vida real, pero los grandes criterios que deben iluminar nuestro trabajo son estos.

**Artículo 16.-** La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

La Constitución también consagra la inviolabilidad de papeles y comunicaciones, aunque su texto es algo diverso:

**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: // [...] 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

En base a la norma constitucional, que tiene jerarquía superior a la del Código Civil, puede apreciarse lo siguiente:

- Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser intervenidos por mandamiento motivado del juez. Los documentos contables y administrativos sólo pueden ser fiscalizados por la autoridad que la ley señale. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen.
- Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos no pueden ser intervenidos de otra forma que no sea la precisada en el punto anterior.

La redacción de la parte inicial del artículo 16 del Código Civil, leída desavisadamente, podría hacer pensar que, si la correspondencia epistolar, comunicaciones o grabaciones no tienen carácter confidencial ni se refieren a la intimidad de la vida personal y familiar, sí pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor. Esta sería una interpretación inconstitucional porque, aun en estos casos, la Constitución prohíbe la violación de la reserva sobre tales documentos o comunicaciones.

A la inversa, la redacción del artículo 16 daría la impresión de que la interceptación de cartas y comunicaciones que tienen carácter confidencial o que se refieren a la intimidad sólo puede ocurrir con asentimiento de los interesados, lo que tampoco es cierto porque el juez puede ordenar tal interceptación aun contra la voluntad de los interesados de acuerdo a la Constitución (y a otras normas complementarias de menor rango).

De esta forma, la redacción del artículo 16 del Código Civil tiene diferencias con el artículo 2, inciso 10, de la Constitución y un adecuado trabajo de fuentes exige que manejemos siempre en conjunto estas dos disposiciones (sabiendo, desde luego, que prima la constitucional).

**Artículo 17.-** La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La responsabilidad es solidaria.

El artículo establece acción para los casos en los que se han violado los derechos de la persona que establece el título II de la sección I del libro I del Código Civil. No establece en el texto mismo la posibilidad de prevenir la amenaza de los derechos como sí lo hace, por ejemplo, el artículo II del título preliminar con relación al abuso.

La acción es conferida al agraviado o a sus herederos por lo que no se aplicaría, en este caso, la extensión de legitimación procesal que establece el artículo VI en beneficio de los familiares.

Se trata de una acción de naturaleza civil, que se tramita en el Poder Judicial y es alternativa a las acciones constitucionales (*habeas corpus*, amparo y *habeas data*).

Se entiende por *responsabilidad solidaria* a la situación en la que dos o más personas se encuentran, cada una, obligadas a responder en su totalidad por el daño ocasionado.

## 8. Los derechos de autor

**Artículo 18.-** Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia.

Esta norma está relacionada con el artículo 2, inciso 8, de la Constitución:

**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: // [...] 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

Estamos ante lo que se denomina *propiedad intelectual*, que es un conjunto de derechos eminentemente espirituales, aun cuando también tienen contenido económico. El autor intelectual de una obra o invención tiene, como primer derecho, el de ser reconocido como autor de tal obra o invención. Este es un derecho no patrimonial y dura perennemente.

Adicionalmente, y como una emanación del anterior, tiene el derecho de ponerlo en circulación económica (el escritor de permitir la edición de su libro; el músico de hacer escuchar su obra musical; etc.). Este es el aspecto patrimonial de la propiedad intelectual y generalmente las leyes restringen su duración en el tiempo. Transcurrido el lapso de protección de los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual, se dice que la obra (literaria, musical, etc.), ha entrado en el *dominio público*, es decir, puede ser utilizada o reproducida sin obligación de retribución al autor.

Respecto a la «ley de la materia», el artículo se refiere actualmente al Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, el cual establece lo siguiente en su objeto:

**Artículo 3.-** La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.

Los derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad.

## 9. El nombre

**Artículo 19.-** Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

El *nombre* es un derecho y deber para el ser humano. Es un derecho en el sentido de que cada ser humano tiene el derecho a que se le designe por un nombre, a que este sea reconocido por todos los demás, a que no se le sea cambiado, y a que no se le sea usurpado (es decir, que no sea utilizado por otros como si fueran aquel). La propia Constitución da a cada persona el derecho a su identidad que, desde luego, incluye al nombre propio en el inciso 1 del artículo 2.

Al mismo tiempo el nombre es un deber en el sentido de que, en la sociedad, cada ser humano debe tener un nombre, no lo puede cambiar a su libre voluntad, y tampoco lo puede ceder bajo ninguna forma posible ni para ninguna finalidad. Sí puede, en cambio, autorizar que otros usen su nombre según veremos al tratar el artículo 27 del mismo cuerpo normativo.

Todo ello se debe a que el nombre es una expresión idiomática que identifica a cada ser humano ante los demás en la sociedad. Por ello, ese ser humano tiene el derecho de ser identificado por su nombre y, a la vez, la obligación de identificarse con él. Una sociedad en la que los seres humanos no tuvieran una identidad fija se prestaría a abusos y tendría relaciones interpersonales demasiado complejas.

El nombre está compuesto de dos partes: (i) el nombre propiamente dicho y (ii) los apellidos que correspondan a cada persona según las normas posteriores. La parte final del artículo indica que el nombre incluye los apellidos.

**Artículo 20.-** Al hijo le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.

El hijo debe llevar los primeros apellidos de su padre y madre, respectivamente, antecidos del nombre o nombres iniciales que le sean puestos. Esta norma se solía entender en el sentido de que primero va el apellido del padre y, luego, el de la madre. Sin embargo, en el 2021, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente: «INTERPRETAR el artículo 20 del Código Civil conforme a la Constitución, en el sentido de que no establece un orden de prelación entre los apellidos paterno y materno. Dicha interpretación comenzará a regir desde la publicación de la presente resolución [énfasis de la sentencia]»<sup>120</sup>.

En consecuencia, a la inscripción del hijo o hija, los padres podrán decidir el orden de los apellidos. También podrá hacerlo la persona al adquirir plena capacidad de ejercicio de sus derechos (al cumplir los dieciocho años de edad) pues la sentencia que comentamos se trata precisamente sobre este caso: una hija mujer que, durante muchos años, llevó primero el apellido de

---

120STC 2970-2019-PHC (23 de marzo del 2021).

su madre y a quien luego se le exigía llevar primero el de su padre<sup>121</sup>. Es un cambio significativo en la interpretación de la norma sobre el orden de los apellidos en el Perú.

**Artículo 21.-** Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos<sup>122</sup>.

Existen casos de hijos nacidos fuera del matrimonio en los que la inscripción la hace uno solo de los progenitores o la hacen separadamente una y otro. Cada uno de ellos puede revelar el nombre del que no está presente en

---

121 Los hechos que relata la STC 2970-2019-PHC son los siguientes: «2. Se sostiene que la demandante Jhohana Rudas Guedes es hija de la señora Marcelina Rudas Valer y del señor Nivaldo Guedes Da Rocha, y que su identidad ha sido modificada en varias oportunidades: en un primer momento, solo contó con los apellidos de su madre, esto es, Rudas Valer; posteriormente, a través del procedimiento administrativo de reconocimiento de paternidad se incorporó en el acta de nacimiento 70618918, el apellido de su padre después del de su madre, teniendo como nombre completo el de Jhohana Rudas Guedes. Finalmente, cuando la demandante Rudas Guedes cumplió la mayoría de edad y realizó los trámites pertinentes ante las oficinas del Reniec, a fin de obtener su DNI, dicha institución le solicitó que para la entrega del aludido documento debía previamente realizar la rectificación del orden de sus apellidos –primero el de su padre y luego el de su madre–, a efectos de que sea identificada como Jhohana Guedes Rudas. // 3. Al respecto, las recurrentes consideran que la rectificación de apellidos solicitada es lesiva del derecho a la identidad de la demandante Jhohana Rudas Guedes, ya que esta siempre ha llevado el apellido materno en primer lugar toda su vida y así se ha desenvuelto socialmente hasta la actualidad».

122 En la STC 00882-2023-PA (26 de setiembre del 2023), el Tribunal Constitucional resolvió el caso de un padre que tuvo dos hijos de madre subrogada en Estados Unidos. El Reniec se negó a poner a los hijos los dos apellidos del padre, pero el Tribunal, en aplicación del principio de igualdad, resolvió que, en el último párrafo del artículo 21 del Código Civil, debía también entenderse que existe la siguiente norma: «cuando el padre no revele la identidad de la madre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos».

la inscripción. Al hijo o hija se le pondrán esos dos apellidos, pero el del no presente no generará vínculo de filiación (es decir, no se tendrá al niño o niña como hijo de esa persona). El registrador debe informar al presunto progenitor que su nombre ha sido mencionado por quien registró al niño o niña.

El hijo nacido fuera del vínculo matrimonial es también mencionado como «extramatrimonial» en el artículo 386 del Código Civil y la situación se denomina *filiación extramatrimonial*. Esa filiación sólo puede ser probada mediante el reconocimiento, o la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad según el artículo 387 del Código.

El reconocimiento sólo vale si consta en el registro de nacimientos, escritura pública o testamento (artículo 390 del Código Civil). Pueden hacer el reconocimiento el padre y madre, conjunta o separadamente, y también los(as) abuelos(as) de la respectiva línea si el padre o madre ha muerto, hayan desaparecido o sean menores de 14 años (artículo 389 del Código Civil).

El titular de la acción de declaración de paternidad o maternidad puede ser el (la) hijo(a), aunque, en ciertas circunstancias, pueden ejercitarla (o continuarla) otras personas (artículo 407 del Código Civil). Las reglas que regulan la declaración judicial de filiación extramatrimonial corren a partir del artículo 402 del Código Civil.

Si la inscripción la hace la madre y no revela al padre, tal inscripción se podrá hacer con los dos apellidos de la madre según el mismo artículo 21.

**Artículo 22.-** El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes.

El hijo de uno de los cónyuges o concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.

El artículo 377 del Código Civil señala lo siguiente: «Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea». Por su parte, el artículo 238 señala lo siguiente: «La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución».

A su turno, el artículo 382 del Código dice que «nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por los cónyuges o por los convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326». En otros términos, en principio, el adoptante es sólo uno, pero los cónyuges o los miembros de un hogar de

hecho, pueden incorporar en la familia a un adoptado como hijo de ambos, lo que constituye una medida muy saludable.

El segundo párrafo del artículo 22 dicta una norma perfectamente congruente con las demás que regulan el nombre de los hijos.

Las normas sobre adopción se hallan a partir del artículo 377 del Código Civil.

**Artículo 23.** El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil.

La norma es bastante clara en sí misma, por lo que no requiere mayor comentario.

**Artículo 24.-** La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

Es necesario hacer cuatro comentarios breves:

1. Desde que la mujer se casa tiene el derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo. Este derecho permanece si hay separación de cuerpos y si enviuda mientras no contraiga nuevo matrimonio. El derecho cesa por divorcio o nulidad de matrimonio.
2. «[L]levar el apellido del marido agregado al suyo» no equivale a usar la preposición *de* antes del apellido del marido, lo cual tiene la connotación de pertenencia. La costumbre ha permanecido en nuestro medio, pero, en rigor, la mujer puede adosar a su apellido el de su marido y nada más.
3. La mujer no está obligada a llevar el apellido del marido: estando casada, puede mantener íntegramente su propio apellido sin adición alguna. Esto, desde luego, incluye el derecho de usarlo y no usarlo alternativamente. En este último caso, sin embargo, la mujer se perjudicará porque no será claramente identificada por muchos.
4. El caso en el que el juez puede intervenir para resolver controversias es sólo el de separación de cuerpos según el texto del artículo. En

esta circunstancia, hay una sentencia que, manteniendo el vínculo matrimonial, disuelve las obligaciones de convivencia (lecho y habitación), así como el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales (artículo 332 del Código Civil).

Si bien la mujer mantiene el derecho de llevar el apellido del marido, en cada situación se pueden presentar variantes que hagan que el marido no quiera que su mujer siga portando su apellido. Si las razones de él resultan atendibles, en virtud de esta parte final del artículo 24, el juez podrá darle o no la razón al marido en esta petición.

**Artículo 25.-** La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros del estado civil.

Los registros de estado civil contienen la inscripción de tres de los hechos centrales de la vida civil del ser humano: nacimiento, matrimonio y muerte. El nombre, cuya composición ha sido ya precisada en los artículos anteriores, se inscribe en la partida de nacimiento.

Cuando haya que probar el nombre de una persona, la prueba concluyente e irrefutable, según el artículo 25, es la partida de nacimiento de los registros de estado civil.

En el Perú, normalmente se usa otro tipo de documento para identificarse y probar el nombre en la vida cotidiana: el documento nacional de identidad (DNI). Empero, este se emite en base a la partida o acta de nacimiento y corresponde con ella en cuanto a contenido.

Al tratar este punto, sin embargo, es preciso hacer una diferencia que no haría falta si no fuera porque son confundidas las cosas tan a menudo. El asunto es este: una cosa es que la partida de nacimiento pruebe el nombre del ser humano (además de quiénes son sus padres, etc.), y otra muy distinta es que, para reconocer derechos al ser humano, le exijamos como condición que muestre su partida de nacimiento. En otras palabras, el ser humano existe porque tiene vida y, en tanto tal, debe tener y ejercitar los derechos humanos. Para esto no es necesario que muestre papel alguno si, en necesidad, reclama su derecho. Lo que queremos decir es que no se le puede negar sus derechos a un ser humano porque no porta (o no tiene) documentos de identidad, aunque lo que no tenga sea la partida de nacimiento.

Esto atañe tanto a las autoridades políticas como judiciales, a las Fuerzas Armadas donde ejercen poder frente a la sociedad (en las zonas de emergencia), y a la Policía Nacional.

En esto tenemos que ser cuidadosos en distinguir. Hay derechos que sólo corresponden al ciudadano, es decir, al que tiene un vínculo de pertenencia jurídica al Estado peruano. Los derechos a elegir y ser elegido son algunos de ellos, pero también lo son participar en partidos políticos, postular a elecciones (salvo a las municipales en las que pueden postular extranjeros), presentar acciones judiciales o reformas constitucionales con recolección pública de firmas, etc. Para ejercitar estos derechos (y otros muchos más), hay que ser ciudadano y esta condición se prueba con el documento que certifica que se está inscrito en el registro electoral, es decir, con el DNI. Por eso, sin este documento, estos derechos no pueden ser ejercitados.

Pero si alguien no tiene DNI (por la razón que sea), todavía goza de todos los demás derechos no reservados a los ciudadanos del Estado y que, en verdad, son la mayoría. Por consiguiente, por ejemplo, si una persona indocumentada presenta un *habeas corpus* por estar ilegalmente detenida, la situación es que se está violando el derecho de libertad física en un ser humano que «no tiene documentos» y, por consiguiente, «no puede ser identificado».

Pero son dos cosas distintas la posibilidad de ser identificado y el hecho de gozar o no de derechos. La imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale a privarlo de sus derechos como humano. Desde luego, esto no quiere decir en absoluto que no puedan tomarse las decisiones conducentes a que obtenga sus documentos y, ante todo, su partida de nacimiento. Sin embargo, insistimos, son dos cosas distintas y no pueden ser entremezcladas sin violentar los derechos del ser humano. Así, en el caso del indocumentado que presenta el *habeas corpus* para obtener su libertad, habrá que dársela si le corresponde, aunque no tenga documentación identificatoria.

**Artículo 26.-** Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre. Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho violatorio y la indemnización que corresponda.

Debido a que la función del nombre es identificadora del ser humano, cada uno de nosotros tiene el derecho a que se le designe por su nombre. Se trata del derecho a exigir que se nos identifique. Como sabemos por el

artículo 19, el nombre incluye los apellidos. La protección que da este artículo cubre al nombre en toda su extensión.

El segundo párrafo del artículo contiene referencia a dos acciones:

- a. La primera está destinada a pedir la cesación del hecho violatorio. Es una acción típicamente personal y, por consiguiente, sometida al plazo de prescripción de diez años del artículo 2001, inciso 1, del Código Civil. Sin embargo, en el plano de los hechos, se pueden abrir varias subhipótesis:
  - a.1. A la persona se la designa por nombre distinto por una sola vez (de forma no permanente como, por ejemplo, de manera oral), y ella se entera inmediatamente. En este caso, nos hallamos en una situación en la que la cesación del hecho violatorio es improcedente una vez consumada la denominación distinta. En realidad, en este caso, ya no tiene sentido interponer la acción de cesación del hecho violatorio ni menos aún referir su prescripción al plazo de diez años del señalado artículo 2001.
  - a.2. A la persona se la designa por nombre distinto de la forma señalada en el artículo anterior, pero no se entera de inmediato. El problema de improcedencia posterior es el mismo.
  - a.3. A la persona se la designa por nombre distinto, pero de manera que queda permanentemente vigente (por ejemplo, en una obra de carácter literario o en un documento) y la persona se entera de inmediato. En este caso, sí sería pertinente aplicar la prescripción de la acción a los diez años de producida la violación del derecho, porque ese documento u obra tendría que ser rectificado o modificado mediante los procedimientos del caso.
  - a.4. A la persona se la designa por nombre distinto, pero de manera que queda permanentemente vigente, como se ha explicado en el párrafo anterior, pero el interesado se da cuenta de ello con posterioridad al hecho. En este caso, también tendría sentido considerar el plazo de prescripción de la acción según los términos del inciso 1 del artículo 2001, pero cabe preguntarse si el término inicial del plazo está fijado en el momento en el que se viola el derecho, o cuando se informa el perjudicado.

A nuestro criterio, y de acuerdo con el artículo 1993, el plazo comienza a correr desde el momento en el que, objetivamente hablando, podía interponerse la acción, es decir, desde cuando el documento es emitido o la obra literaria es publicada (si de estos casos se trata).

- a.5. A una persona se la designa por nombre distinto de manera que la violación permanece vigente (como en los dos casos anteriores), pero esta violación se reitera por actos sucesivos similares que constituyen algo semejante a lo que, en el derecho penal, se denomina *delito continuado*. Es obvio que el plazo de prescripción comienza a correr desde la última violación realizada y no desde la primera.
- a.6. A una persona se la designa por nombre distinto de manera que la violación permanece vigente (como en los tres casos anteriores), y esta violación se reitera en actos sucesivos e independientes entre sí como, por ejemplo, dos obras literarias distintas del mismo autor. En este caso, cada violación es autónoma de la otra y, por consiguiente, el plazo prescriptorio comienza a correr (y transcurre) independientemente para cada una de ellas desde que la violación se hizo pública (y no desde que el perjudicado se enteró de ella).

Como puede apreciarse de estas consideraciones, el problema de definir la prescripción de esta acción es sumamente complejo y se ve que el legislador no ha tomado en consideración las varias hipótesis en base a las cuales es necesario concordar el artículo 26 con el 2001, inciso 1. De lo señalado anteriormente, estimamos que los criterios generales para resolver las diferentes situaciones son los siguientes:

Cuando el daño por nombramiento distinto sea irreparable, pero no permanente, esta acción deviene en improcedente. Debería legislarse que, en este caso, no es aplicable el plazo prescriptorio extenso del inciso 1 del artículo 2001.

Cuando el daño por nombramiento distinto sea permanente, y por consiguiente subsanable, el plazo prescriptorio corre para cada violación desde el momento en que se produce. Si se trata de una

violación que asume forma de hecho continuado, entonces, el término inicial del plazo es el último hecho ocurrido.

El plazo prescriptorio se inicia, objetivamente hablando, cuando la violación se produce o se hace pública, según las variantes anteriores, y no cuando el interesado se informa de ella.

- b. La segunda acción prevista por el artículo es la referente a la indemnización. Esta acción podrá interponerse cada vez que haya sido producido un daño, independientemente de la suerte que corra la acción principal sobre cesación del hecho violatorio analizada arriba. En materia de daño podrán ser indemnizados, según el artículo 1985, el daño emergente, lucro cesante, y daño moral.

Esta acción está sujeta al plazo de prescripción del inciso 4 del artículo 2001 referente a la responsabilidad extracontractual (salvo, desde luego, que la violación del derecho al nombre provenga de una relación contractual, caso en el que se aplicará el plazo de prescripción de diez años, correspondiente a las acciones personales).

**Artículo 27.-** Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley.

Dado que el nombre, como instrumento de identificación de la persona, es un derecho, pero también un deber, no pueden celebrarse convenios respecto a él (como, por ejemplo, transferirlo, prestarlo, darlo en uso, etc.). Esto generaría una situación en la que nadie sabría con quién está tratando o realizando actos sumamente importantes (como el matrimonio, por ejemplo) o inclusive no tan trascendentes. Esta es la norma general, la cual, sin embargo, tiene tres excepciones:

- Por razones publicitarias, una persona puede autorizar que su nombre sea utilizado con fines de propaganda para un producto o servicio. Este tipo de convenio se ve a menudo en la vida cotidiana, en la propaganda impresa, así como en la radio y televisión. Las personas que lo hacen, suelen tener notoriedad por distintas razones (artistas, deportistas, etc.).
- Por razones de interés social. Por ejemplo, a menudo es solicitado el nombre de ciertas personalidades para suscribir comunicaciones

públicas que buscan crear conciencia o impulsar una decisión política. Quienes firman, evidentemente, celebran un convenio que tiene que ver con el interés social porque, equivocados o no, están ejercitando sus derechos de expresión y opinión para orientar a la sociedad (según ellos creen que debe ser orientada, desde luego).

- Cuando la ley así lo establece. Por ejemplo, tal es el caso de ciertas circunstancias en las que los socios pueden prestar su nombre a la empresa que conforman; o el caso de la aparición del nombre del autor en la obra que le pertenece (y que puede regularse de muchas maneras).

Lo señalado no pretende más que poner ejemplos del tipo de uso del nombre en convenios. Habrá muchas otras circunstancias que, por supuesto, podrán ser incorporadas en cada uno de los tres acápites anteriores. Una cosa sí es cierta: si el convenio sobre uso de nombre de persona natural no puede ser clasificado en ninguno de los tres supuestos anteriores, entonces, no estará permitido en aplicación del artículo 27 del Código Civil.

**Artículo 28.-** Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.

Usurpar el nombre de otro equivale a utilizar tal nombre sin tener derecho a ello porque no es el propio. Al hacerlo se facilita la confusión de identidades y eso perjudica la vida social. Nuevamente, el nombre es un derecho, pero también un deber que supone que cada uno usa su nombre y no usa otro (salvo el caso del seudónimo del artículo 32 pero que no es otro nombre) ni el de otros.

No hay que confundir usurpación del nombre con la *homonimia*, que es aquella situación en la cual dos personas tienen el mismo nombre. En este caso, cada una usa el suyo y no usurpa el de la otra, aunque, desde luego, si uno es un ángel y el otro un demonio, aquel se verá perjudicado porque este tiene su mismo nombre. Sin embargo, aquí no hay nada que reclamar por usurpación. Lo que puede hacer el perjudicado es cambiar su nombre (tema que desarrollaremos al trabajar sobre el artículo 29).

Como en el caso del artículo 26, la segunda parte del artículo 28 establece dos acciones:

- Acción de cesación de la usurpación del nombre. Es una acción de tipo estrictamente personal y le son aplicables, una a una, las mismas subhipótesis que elaboramos para el artículo 26. A ellas nos remitimos.
- Acción de indemnización del daño que se haya producido. El daño podrá incluir todos o algunos de los elementos indemnizables según el artículo 1985 del Código Civil. Se trata de una acción de responsabilidad civil extracontractual que prescribe en el plazo de dos años establecido en el inciso 4 del artículo 2001 (salvo que, entre agraviado y agresor, haya habido un contrato en cuya ejecución se ha producido la usurpación del nombre. En este caso estaríamos ante una indemnización por acción personal que tiene plazo de prescripción de diez años).

**Artículo 29.-** Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso al cónyuge y a los hijos menores de edad.

El artículo 25 del Código Civil señala que la prueba del nombre resulta de la inscripción en los registros de estado civil. En consecuencia, nadie puede modificar el suyo a su libre albedrío.

Sin embargo, la persona puede modificar su nombre siempre que concurren los siguientes elementos:

1. *Un motivo justificado.* No hay reglas para determinar cuál puede ser un motivo justificado o no. Aceptarlo como tal dependerá de la autoridad judicial encargada de dar la autorización para el cambio de nombre. Algunos ejemplos de casos con motivos justificados han sido los siguientes:
  - La persona tiene como homónimo a un delincuente cuyo nombre tiene (o puede llegar a tener) un significado deshonroso o sarcástico en el idioma.
  - La persona ha sufrido una situación particular de vida en la que se ha hecho notoria con su nombre para mal y quiere cambiarlo

(es el caso de alguien que, en medio de un gran escándalo social, fue injustamente acusado por la prensa de cometer un delito, para después quedar absuelto por inocente).

Estos son sólo ejemplos porque la casuística puede ser infinitamente más variada.

2. *Autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.* En realidad, la modificación o adición del nombre sólo puede hacerse iniciando, ante el juez competente, un procedimiento que el Código Procesal Civil califica como *no contencioso*. El juez procesará el caso; le dará la publicidad requerida por esta circunstancia para que se puedan apersonar los eventuales interesados en que la autorización de cambio de nombre no se otorgue; y, en función de lo que ocurra, autorizará la inscripción en el registro de estado civil o convertirá el procedimiento en un proceso contencioso. En este, el interesado en el cambio o adición y quien(es) se opone(n) litigará(n) hasta que haya una sentencia que adquiera la calidad de cosa juzgada. Las normas respectivas se encuentran a partir del artículo 749 del Código Procesal Civil. La rectificación de partidas de nacimiento (entre ellas, el cambio de nombre) se trata a partir del artículo 826 del Código Procesal Civil.

Una vez autorizado el cambio o adición de nombre, lo que quede establecido en la resolución judicial correspondiente es el nuevo nombre de ese ser humano y el juez resolverá que se inscriba en el registro de estado civil. Consecuentemente, se hará la modificación de la correspondiente partida de nacimiento.

En la medida de que la modificación haya sido hecha en el nombre del padre o madre de familia, entonces, la segunda parte del artículo 29 extiende los efectos de tal cambio a los hijos menores de edad y al cónyuge (si fuere el caso porque, como ya sabemos, la mujer puede llevar el apellido del marido agregado, derecho que no corresponde al marido). Por ello, el cambio de nombre, cuando ha operado en el marido, sólo afecta al cónyuge.

El cambio de nombre también alcanza a los hijos menores de edad porque están aún bajo la patria potestad del padre. En cambio, no alcanza a los que ya adquirieron plena capacidad debido a que ya tienen su propia vida

organizada con su nombre original y cambiarlo puede traerles perjuicios de identificación en materia profesional, laboral, etc.<sup>123</sup>.

Desde luego, si estos hijos a los que no alcanza la modificación del nombre del (los) padre(s) quisieran, a su vez, asumirlo, es evidente que sería muy fácil calificar tal situación de «motivo justificado» y otorgarles a ellos también el cambio.

**Artículo 30.-** El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación.

El cambio de nombre es, exclusivamente, un cambio de identificación, pero no altera ninguno de los aspectos jurídicos de la persona. Así, no se modifica su matrimonio, ni sus relaciones de parentesco, ni su situación de propietario, acreedor, deudor, socio o asociado, miembro de instituciones, etc. Es la misma persona con todo su conjunto de derechos y obligaciones, sino que sólo ha asumido un nuevo nombre, total o parcialmente distinto del que tenía antes.

También dice el artículo que el cambio de nombre no constituye prueba de filiación. En otros términos, por haber asumido una tercera persona mi apellido, no puede invocar esta que es hija mía. La relación nombre-filiación es justamente la inversa: sólo si se establece la filiación el (la) hijo(a) asume el apellido del padre o madre (alcance ya visto al trabajar sobre los artículos 20-22).

**Artículo 31.-** La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente.

Puede ocurrir que, luego de que alguien haya logrado cambiar su nombre mediante el regular procedimiento judicial y obtener su resolución favorable, otra persona haya sido perjudicada. En tal caso, conforme al artículo 31, esta última persona siempre tiene la posibilidad de impugnar judicialmente tal cambio.

Debe quedar claro que se estará impugnando el nombre jurídicamente atribuible a la persona que obtuvo el cambio o adición, pues la resolución judicial que lo reconoció le atribuyó ese nombre para el futuro.

---

123 Sobre este tema, ver nuestro comentario al artículo 42 del Código Civil.

El perjuicio por el cambio o adición de nombre puede adoptar muchas características de facto que es imposible describir a grandes rasgos. Además, del propio texto del artículo 31 puede deducirse que no estamos necesariamente ante el caso en el cual el que cambió su nombre asumió con puntos y comas el nombre del impugnador. Basta que el nuevo nombre cree algunos problemas significativos de individualización entre uno y otro para que pueda decirse que existe un perjuicio. El juez tendrá que apreciar las circunstancias al resolver el juicio.

En este caso, la acción de impugnación es de naturaleza personal y está sometida al plazo de diez años de prescripción previsto en el artículo 2001, inciso 1. El plazo de prescripción se empezará a contar, a nuestro criterio, desde que se hace pública la adición o cambio del nombre, y no desde que el perjudicado se entera.

Fernández Sessarego opina que «[e]s evidente que este derecho supone también la reclamación de daños y perjuicios, si fuera el caso»<sup>124</sup>. Pero, en este caso, la acción que funciona es la de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, acción sometida al plazo de prescripción de dos años del inciso 4 del artículo 2001. El término inicial es el mismo que el indicado en el párrafo anterior.

**Artículo 32.-** El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste.

Aquí tenemos que distinguir entre *seudónimo*, *apodo* y *nombre*.

Por un lado, el *seudónimo* es una manera de llamarse por la cual una persona adquiere identificación social en su esfera de actividad pública. No es parte del nombre y, por consiguiente, no tiene el reconocimiento de orden público de aquel<sup>125</sup>. No obstante, identifica a la persona extensivamente en la sociedad y, en tal sentido, cumple la función del nombre. El seudónimo no es tal sólo porque una persona lo utiliza, sino porque, objetivamente, se puede medir su carácter identificadorio.

Es en esta condición que el seudónimo está amparado por el artículo 32, es decir, «cuando adquiere la importancia del nombre» en el sentido de

---

124 Fernández Sessarego (1986, p. 113).

125 Fernández Sessarego (1986, p. 93).

identificar a la persona. Seudónimos como Pablo Neruda y Pelé llegaron a identificar a esas personas más que sus propios nombres.

Fernández Sessarego dice algo que resulta interesante sobre la diferencia entre *seudónimo* y *nombre*:

El seudónimo no se confunde con el nombre en tanto no es un atributo de la persona [...]. De ahí que la persona puede libremente abandonarlo, cambiarlo, modificarlo, cederlo. Por no ser único, como es el caso del nombre, la persona puede tener más de un seudónimo, todos los que podrían gozar de tutela jurídica si con ellos la persona consigue fama, es decir, si el seudónimo deviene importante en lo que concierne a la individualización de la persona<sup>126</sup>.

Por otro lado, el *apodo* es un apelativo que se le da a la persona en su entorno familiar o amical, una especie de palabra de cariño o afecto. El apodo no está amparado por el derecho. Fernández Sessarego señala que «el sobrenombre no pretende reemplazar al nombre, por lo que su tratamiento jurídico no se equipara al que la ley concede al seudónimo»<sup>127</sup>. Al respecto, José León Barandiarán escribió lo siguiente:

La protección al nombre, en su doble forma antes expuesta, de reconocimiento y de reivindicación, cubre también al seudónimo. El derecho estima que el seudónimo representa una denominación que viene a identificar a la persona. Supóngase, así el caso de un actor cinematográfico o de un literato. La protección no abarca a apelativo ni al apodo<sup>128</sup>.

Por consiguiente, al seudónimo de una persona le serán extensivos todos los artículos de este título que pueden ser aplicados. Una rápida revisión nos puede indicar que los artículos aplicables al seudónimo son el 26, 27 y 28. También, haciendo una analogía, podría aplicársele el 31. Todos los demás artículos son exclusivos del nombre.

---

126 Fernández Sessarego (1986, p. 93).

127 Fernández Sessarego (1986, p. 93).

128 León Barandiarán (1980, p. 106).

## 10. El domicilio

**Artículo 33.-** El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

A la par que buena parte de la doctrina, Fernández Sessarego considera pertinente distinguir aquí entre *residencia*, *domicilio* y *morada* (esta última también denominada *habitación*)<sup>129</sup>.

La *residencia* es el lugar donde la persona vive usualmente, sola o con su familia de ser el caso. Se trata de un dato de hecho, de carácter sociológico, verificable objetivamente. No encontramos problema en que una persona tenga más de una residencia si puede ser ubicada normalmente en cualquiera de ellas. Por ejemplo, tiene dos casas en la misma ciudad y puede estar, indistintamente, en una u otra. No hay que confundir esto, sin embargo, con el hecho de que alguien, por ejemplo, tenga una vivienda en la ciudad donde está todo el tiempo menos, digamos, los fines de semana del verano en los que va a una playa. En este último caso, la habitación de la playa no es, estrictamente hablando, una residencia porque la persona no vive usualmente allí: su vida está hecha en torno a su casa citadina.

El *domicilio* es un concepto jurídico y puede ser definido como el lugar donde, según el derecho, se ubica a la persona para efectos de sus relaciones civiles. Puede ser, inclusive, que la persona nunca vaya en persona al lugar que tiene como domicilio jurídico, o que antes viviera allí y ahora ya no. A pesar de todo ello, en ciertas circunstancias, su domicilio seguirá siendo el que fijó antes y que ya no es más su residencia<sup>130</sup>.

Entonces, *domicilio* no es lo mismo que *residencia*. No quiere decir que allí, efectivamente, se encuentre a la persona. Tampoco quiere decir, en todos los casos, que la persona vive allí normalmente.

Sin embargo, el derecho busca en lo posible que sus definiciones de carácter jurídico correspondan con la realidad. Es lo más razonable como regla general. Por consiguiente, el artículo 33 dice que el domicilio «se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar». En otras palabras, la

---

129 Fernández Sessarego (1986, p. 94).

130 Ver en el Código Civil, por ejemplo, la última parte del artículo 36 o el primer párrafo del artículo 1239.

norma general consiste en que, donde está la residencia del sujeto, allí está también su domicilio. Como veremos al comentar los posteriores artículos, hay excepciones a esta regla.

El Código habla de *residencia habitual*. La *habitualidad* es un factor de hecho que consiste en que lo usual para la persona (y su familia) es el tener sus actividades de vida cotidiana preferentemente en un determinado lugar más que en otros. Lo usual (hay excepciones, desde luego) es que cada persona tenga una sola residencia. Puede frecuentar varios lugares en su vida cotidiana, pero siempre estará referido principalmente, habitualmente, a uno de ellos. Esa será su residencia y, en principio, también su domicilio para efectos civiles. Las excepciones son las de quien tiene residencia indistintamente en más de un lugar<sup>131</sup> o no tiene residencia en ningún lugar<sup>132</sup>. La fijación del domicilio admite reglas especiales en ambos casos.

En el Código derogado, para determinar el domicilio, se consideraba el *animus* de la persona de permanecer en tal lugar. Esto llevaba a indagaciones subjetivas sobre la intención de permanecer o mudarse que sólo oscurecían el problema, sobre todo, en una sociedad en la que las grandes ciudades han complicado tremendamente la posibilidad, antes existente, de que una persona (y, normalmente, una familia) tuviera la misma residencia para siempre o casi siempre. El Código vigente ha sustituido ese elemento subjetivo de determinación del domicilio, por el objetivo de la residencia habitual que, como resulta obvio, nos parece más adecuado también a nosotros.

Los conceptos anteriores de *domicilio* y *residencia* tienen que ser diferenciados del de *morada*. La *morada* es un lugar de estancia transitoria para la persona y que, por consiguiente, no tiene la característica de ser *habitual*. En consecuencia, no es residencia y tampoco sirve para ser considerado como domicilio. Es el caso del viajero que pernocta en un hotel, o de quien pasa unas vacaciones en un sitio alejado de su casa.

Desde luego, habrá circunstancias en las que la morada y la residencia no sean tan fáciles de distinguir como en nuestros ejemplos. Las posibilidades de la casuística son infinitas y, por consiguiente, aquí sólo cabe dar los

---

131 Ver nuestro comentario del artículo 35.

132 Ver nuestro comentario del artículo 41.

criterios generales en función de los cuales tiene que aplicarse el artículo bajo comentario.

Una última atinencia consiste en que aquí estamos hablando del *domicilio civil*, que es el domicilio para todos los efectos de la vida cotidiana y privada de la persona en lo que atañe al derecho. Sin embargo, existen otros conceptos de domicilio en el derecho: por ejemplo, en el ámbito tributario o en el de las leyes de extranjería. A ellos no nos referimos aquí y tienen que ser estudiados en las disposiciones especiales que traen los cuerpos legales especializados.

**Artículo 34.**- Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto.

El carácter jurídico y no fáctico del domicilio queda ratificado en este artículo que permite que las personas designen domicilio especial para la ejecución de los actos jurídicos. Esto equivale a decir que, por ejemplo, en un contrato, una persona que vive en Trujillo puede designar domicilio en Tacna. Todos los involucrados saben que no vive en Tacna, pero no importa y, en todo caso, la designación de domicilio así hecha es perfectamente válida para el derecho.

El artículo que comentamos dice que esta designación de domicilio especial sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente a los jueces, porque los tribunales asumen el conocimiento de los juicios, entre otras razones, por el lugar donde ocurren los hechos a juzgar. Es lo que se denomina *competencia por razón del territorio*.

No obstante, el mismo artículo permite que, mediante pacto específico, el domicilio especial sirva también para otros efectos (como por ejemplo hacer los pagos, enviar documentación, dar avisos no judiciales, etc.).

Por consiguiente, la regla general sigue siendo que el domicilio de cada uno es el lugar de su residencia habitual. Si en el acto jurídico se señala un domicilio especial sin más detalles, entonces, por aplicación de la primera hipótesis de este artículo, ese domicilio sólo servirá para la competencia de los tribunales; pero todas las demás obligaciones deberán ser cumplidas en el domicilio constituido por la residencia de cada parte. Las partes podrán dar finalidades adicionales al domicilio especial que fijen, pero ellas tienen que constar expresamente en el acto jurídico del caso.

**Artículo 35.**- A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.

En los supuestos de este artículo hay que ver las siguientes circunstancias:

- Una persona tiene *residencia alternativa* en varios lugares, lo que ocurre entre gente adinerada o ejecutivos que deben realizar sus actividades con gran movilidad. Estas personas moran indistintamente en más de un lugar. Por ejemplo, tienen una casa, un departamento y una *suite* en un hotel, pudiendo dormir, descansar y hacer su vida cotidiana en cualquiera de ellas sin preferencia habitual por ninguna. En este caso, la residencia será cualquiera de estos lugares y todos a la vez. Por ende, ocurrirá lo propio con el domicilio. Tiene que quedar bien claro que no se trata de alguien que tenga una residencia habitual y frecuente esporádica o intermitentemente otro u otros lugares. Tiene que tratarse de una situación en la cual a la persona se la pueda considerar residiendo indistintamente en cualquier lugar de los establecidos y, por consiguiente, en todos a la vez. A esto se refería León Barandiarán con *domicilio plural* al comentar el Código de 1936<sup>133</sup>. Este no es el caso de quien vive, digamos, seis meses del año en un lugar y seis meses en otro. Esto se desarrolla al comentar el artículo 39.
- Una persona tiene ocupaciones habituales en varios lugares a la vez. Por ejemplo, dicta clases en una universidad con cierta dedicación horaria contando allí con una oficina y, a la vez, tiene un estudio de abogados donde ejerce la profesión. Para efectos laborales, la persona estará domiciliada tanto en la oficina de la universidad como en el local de su estudio.
- Corolario tácito de lo anterior (no expresamente consignado en la norma) es que, a la persona que tiene casa y lugar de trabajo fijo en sitios distintos, se la considera domiciliada en cualquiera de ellos para efectos civiles. Así, se me puede notificar tanto a mi casa como a mi oficina de abogado. En cualquiera de los dos lugares, siempre que cumplan con la habitualidad establecida, estaré

---

133 León Barandiarán (1980, p. 112).

debidamente notificado. Esto ya lo había precisado expresamente León Barandiarán:

La coexistencia al mismo tiempo de dos o más domicilios se presenta en el supuesto de ocupaciones habituales en varios lugares, o si una persona vive en un lugar y tiene una ocupación habitual en otro. Sin mayor dificultad se da entonces el supuesto de domicilio plural. Se trataría de una persona que tiene simultáneamente dos o más domicilios y se da así la situación aludida de un domicilio plural<sup>134</sup>.

En todos estos casos y sus posibles combinaciones, la persona puede ser considerada domiciliada en cualquiera de los lugares. En otras palabras, se trata del *domicilio plural simultáneo* del que habla José León Barandiarán.

**Artículo 36.-** El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.

El domicilio conyugal es fijado por ambos cónyuges según el segundo párrafo del artículo 290, fijación tiene importancia por varias razones. A modo de ejemplo, tenemos las siguientes:

- a. Es donde los cónyuges deben realizar su vida en común (artículo 289 del Código Civil), y cuyo abandono injustificado por dos años, continuos o sumando intermitencias, constituye causal de separación de cuerpos o de divorcio (artículo 333, inciso 5).
- b. «Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y se rehúsa volver a ella» (artículo 291).
- c. Los cónyuges, dentro de la casa que es domicilio conyugal, pueden ejercer cualquier profesión o industria permitida por la ley. Para ejercerlos fuera del domicilio necesitan «asentimiento expreso o tácito del otro» (artículo 293).
- d. La casa habitación de la familia puede ser convertida en patrimonio familiar (inembargable, inalienable y transmisible por herencia) (artículo 489, inciso 1).

---

<sup>134</sup>León Barandiarán (1980, p. 111).

- e. El cónyuge que enviuda tiene derecho preferente a la adjudicación de la casa-habitación en la que existió el hogar conyugal, y goza de ciertos privilegios en torno a ello (artículos 731 y 732).
- f. Según el derecho internacional privado peruano, la ley del domicilio conyugal rige (i) los derechos y deberes de los cónyuges en todo en cuanto se refiere a sus relaciones personales (artículo 2077); (ii) los efectos de la nulidad del matrimonio, salvo los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio (artículo 2080); (iii) el derecho al divorcio y separación de cuerpos (artículo 2081), así como sus causas y efectos (artículo 2082); y, finalmente, (iv) en ciertos casos, para determinar la filiación matrimonial (artículo 2083).

Como se puede apreciar de esta rápida y no exhaustiva revisión de normas sobre el domicilio conyugal, su determinación es importante para varios asuntos.

En la medida de que el domicilio conyugal debe fijarse por mutuo acuerdo, cuando los cónyuges no lleguen a armonizar sus voluntades al respecto, no habrá, entonces, domicilio conyugal real porque cada uno irá a vivir a donde propone. En este caso, como aún deben aplicarse ciertas normas en función de dicho domicilio, el Código prevé que será tenido como tal el último que compartieron los cónyuges. En este caso se acepta una ficción y es uno de los casos en los que se ve patentemente la diferencia entre domicilio y residencia que anunciamos al comentar el artículo 33.

**Artículo 37.-** Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.

En la medida de que los representantes legales ejercen poder sobre sus representados, y actúan por ellos en la vida jurídica, resulta completamente razonable que el domicilio del representante sea el del representado, aunque la residencia de este último sea distinta a la de aquel. Es otro caso de diferencia entre ambas instituciones. De esta manera el representante estará lo más informado que pueda ser posible sobre los asuntos que interesan a su representado.

La norma no presenta mayor problema tratándose de los casos de patria potestad y de tutela en la medida de que estamos hablando de menores que no pueden ejercitar por sí mismos más que los actos expresamente autorizados por la ley (ver artículo 43, inciso 1, del Código Civil).

Sin embargo, esta norma sí debe ser matizada cuando se trata de la curatela porque una persona sometida a ella podría vivir en su propio domicilio.

**Artículo 38.**- Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.

El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional.

Este artículo, indudablemente, está mal construido. Veámoslo por partes:

- a. La primera norma dice que los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones.
- b. Esta norma añade a continuación que la regla anterior no perjudica, en su caso, lo dispuesto en el artículo 33 (que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar).

Las únicas explicaciones razonables que parece haber para esta parte final del primer párrafo son dos:

- b.1. Que un funcionario público ejerza sus funciones en una ciudad o territorio, y tenga residencia habitual en otra ciudad o territorio.

Esto no es descabellado pues, perfectamente, puede ocurrir que alguien trabaje en la ciudad de Lambayeque y viva en Chiclayo; o trabaje en Chosica y viva en Lima; o trabaje en Huancayo y viva en Jauja.

En este caso, sin embargo, el artículo hubiera sido más claro si dijera que «los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones salvo que, ejerciéndolas en un lugar, su residencia haya sido fijada en otro lugar cercano». La redacción puede variar para ser acomodada a las normas que rigen el servicio público; pero, con este tipo de expresión, se mejoraría mucho el sentido que se quiere dar a la norma.

- b.2. Que un funcionario público viaje temporalmente al interior del país de tal manera que no haya mudado su residencia habitual

y, por lo tanto, sigue estando domiciliado en el mismo sitio de antes de realizar el viaje temporal.

- c. El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero en ejercicio de funciones del Estado, o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional.

Debemos distinguir la situación del funcionario público del que no lo es, pues ambas están contenidas en la disposición, pero con una diferencia: los funcionarios públicos están reglados también en el primer párrafo del artículo 38, en tanto que las demás personas no.

En referencia al funcionario público, y tomada al pie de la letra, esta disposición es contradictoria con la primera de las tres: en esta se dice que el funcionario público está domiciliado donde ejerce sus funciones mientras que en aquella se dice que su domicilio es el último que haya tenido en el territorio nacional.

Hay dos elementos que deben llamarnos la atención: (i) la temporalidad y (ii) el exterior-interior del país. Ellas son las dos variables que maneja esta tercera norma frente a las anteriores respecto a los funcionarios públicos.

- c.1. *La temporalidad.* Una posibilidad es que el funcionario público que viaja «temporalmente» en función de servicio sólo al exterior, o también a otro lugar en el interior del país, tenga por domicilio el último que haya tenido en territorio nacional; pero, si no viaja «temporalmente», sí reside donde ejerce sus funciones.

Entonces, nos topamos con el problema de determinar qué es «temporalmente» en el artículo 38. Fernández Sessarego ha comentado así este problema:

Cabe observar que la idea de temporalidad que recoge el segundo párrafo es, de suyo, fluida. Si se tratara de un turista debemos calcular que su alejamiento del país tiene un promedio de treinta días; si es el caso de un científico que viaja a un congreso, su ausencia puede durar siete días; si pensamos en un funcionario diplomático lo normal es que permanezca fuera del país por espacio de seis años. Entendemos que la previsión del segundo párrafo del artículo

bajo comentario es aplicable sólo al caso del turista del ejemplo, ya que él no cambia de residencia sino sólo temporalmente, de morada o habitación. Su residencia continúa ubicada en el mismo lugar del espacio. En cambio, en la hipótesis del funcionario diplomático debe considerarse que, según la tesis objetiva acogida por el Código, se ha producido un cambio de residencia ya que se ha trasladado, normalmente con toda su familia, a vivir o residir habitualmente por seis años fuera del país<sup>135</sup>.

Como Fernández Sessarego, consideramos que el problema se determina sabiendo si mudó la residencia habitual, o si sólo ha cambiado de morada (es decir, temporal y accidentalmente). Sin embargo, para esto, no era necesario el segundo párrafo del artículo 38 porque basta la aplicación del artículo 33, ayudado por la teoría elemental que se refiere a la distinción entre *domicilio, residencia y morada*.

c.2. *El exterior-interior del país*. La otra posibilidad de interpretar el segundo párrafo del artículo 38 es pensar que se refiere a los funcionarios que viajan al exterior por contraste con los que tienen su puesto asignado dentro del territorio nacional (siendo estos últimos aquellos cuya regulación hace la primera parte del artículo).

Pensar que la variable determinante es esta no resulta absurdo desde el punto de vista de quienes se relacionan con el funcionario: comunicarse con uno que ha viajado al exterior para los efectos de su vida civil puede resultar algo complicado para sus contrapartes. A estas se les hace más simples las cosas manteniendo el domicilio en el territorio nacional del funcionario que viajó.

Sin embargo, perjudica al funcionario porque, por ejemplo, puede que haya vivido en el Perú en casa alquilada y, luego, las notificaciones no le lleguen nunca porque los nuevos inquilinos

---

135 Fernández Sessarego (1986, p. 99)

(si es que el inmueble no queda deshabitado) no le envían la documentación.

Si se tratara de funcionarios diplomáticos el asunto es bastante sencillo porque siempre habrá forma de averiguar en qué país están y cuál es la dirección de la embajada peruana respectiva. Pero, si se trata de otros funcionarios, el problema de encontrarlos en el exterior puede llegar a ser complicado.

La verdad es que por ningún camino se llega a una interpretación razonable del texto del artículo, por lo que tenemos que concluir que ha habido deficiencia en su elaboración. Por consiguiente, tenemos que reconstruir lo que aparentemente pretende decir (y, desde luego, hacer esto es algo que produce siempre resultados altamente discutibles).

A nuestro criterio, en este artículo hay finalmente tres normas: una general y dos para casos especiales. Lo que sucede es que la manera en la que están presentadas lleva a confusión. Estas normas son las siguientes

- a. «Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones». Esta es la norma general aplicable a todos ellos, estén en el exterior o dentro del territorio nacional.
- b. Si el funcionario trabaja en un lugar y tiene residencia habitual en uno distinto, o si viaja temporalmente al interior del país sin variar su residencia habitual, entonces, su domicilio sigue siendo aquel en el que tiene residencia habitual y no aquel donde se halla su centro de labores.
- c. Si un funcionario público o cualquier otra persona, viaja al exterior temporalmente (entendiendo por tal adverbio que viaja para regresar y que no piensa establecer el centro de sus actividades personales en el exterior), entonces, tiene como domicilio el último que haya tenido en territorio nacional.

Así establecidas las cosas faltaría regular dos situaciones más:

- La de quien viaja a establecerse definitivamente en el exterior (por cualquier razón, o como funcionario público). En nuestro criterio, cambia su residencia habitual y, por consiguiente, su domicilio. Esto puede obtenerse fácilmente de la aplicación del artículo 33 del Código Civil.

- La de quien viaja a establecerse definitivamente en otro lugar del territorio nacional, distinto del que fue su domicilio hasta ahora. Esto se halla regulado claramente en el artículo 39 (que veremos a continuación) y, entonces, no es problema para la interpretación que hemos concluido antes.

Por consiguiente, estimamos que la interpretación correcta del artículo 38 es la dada inmediatamente antes, porque respeta, hasta donde es posible, el texto del mismo artículo, y porque es consistente con las otras normas que regulan el problema del domicilio. Consideramos, asimismo, que la muy defectuosa redacción del artículo 38 debe ser modificada para expresar más precisamente el sentido de sus disposiciones.

**Artículo 39.-** El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

El artículo concuerda con el 33 (que establece la norma general para todo lo referente a la fijación del domicilio) y lo complementa indicando que hay cambio de domicilio por cambio de residencia habitual.

La norma, como ya hemos visto, permite completar la interpretación de artículos anteriores, cuando menos, en los siguientes sentidos:

- Si alguien vive seis meses del año en un lugar y seis meses del año en otro, de manera que cambia su vida habitual de un sitio a otro, entonces, está domiciliado en cada lugar en el momento que reside allí. No se trata aquí de lo que León Barandiarán denominaba antes un *domicilio plural* (es decir, que la persona puede ser considerada como domiciliada en cualquiera de los dos sitios): se trata de un domicilio que alterna su ubicación.
- Si alguien muda su vida habitual a un nuevo lugar, cambia de residencia, se produzca esta mudanza dentro del país o hacia el exterior.
- A la inversa, el que viaja con propósito temporal (es decir, que supone un regreso bastante cercano), entonces, no mudó residencia: sólo adoptó una morada y, por consiguiente, no mudó domicilio. Para estos efectos, es indiferente que la persona haya viajado al interior o exterior del país.

**Artículo 40.-** El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar. El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio.

La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.

La redacción actual de este artículo no es la original del Código Civil. Fue modificada por el artículo 1 de la Ley 27723, publicada el 14 de mayo del 2002, y, tal como está elaborada, tiene ciertas ambigüedades que pueden complicar su comprensión. Por ello, es bueno recurrir al diario de debates del Congreso y averiguar la razón de la modificación. El presidente de la Comisión de Justicia que presentó el proyecto al Pleno del Congreso dijo que ocurría a menudo que un deudor, que debía pagar en su propio domicilio una deuda a su acreedor, podía mudarse. Ese inmueble podía ser ocupado por una tercera persona y, si el deudor no comunicaba a su acreedor el cambio de domicilio, el nuevo habitante del inmueble podía ser embargado y terminar pagando la deuda del deudor que se mudó previamente. Sus palabras fueron las siguientes:

Si un deudor cambia de domicilio, el acreedor, al exigir el cumplimiento de la obligación, se dirige no al nuevo sino al anterior domicilio de aquél. Entonces ocurre que el Poder Judicial dispone el embargo de bienes que no corresponden al deudor, sino al nuevo habitante de ese inmueble. // En esta circunstancia el nuevo inquilino o el nuevo dueño de ese inmueble está totalmente desprotegido, por cuanto, sin tener ninguna responsabilidad, puede ser afectado con el embargo de sus bienes. // Pero, paralelamente a ello, también podría ocurrir que un deudor malicioso cambie su domicilio sin dar cuenta de este hecho al acreedor. De manera que, en la práctica, estaría excluyéndose de una responsabilidad<sup>136</sup>.

Entonces, el primer párrafo del actual artículo 40 impone al deudor que se muda el deber de comunicar a su acreedor tal cambio de domicilio dentro de los treinta días posteriores a la mudanza. Si no lo hace, según las

---

136 Congreso de la República del Perú (18 de abril de 2002, p. 954).

circunstancias, será responsable de los daños y perjuicios de naturaleza civil o, inclusive, de una eventual condena por delito de estafa.

Para no ser embargado y, eventualmente, obligado a pagar la deuda que no es suya, el tercero que se mudó al antiguo domicilio del deudor y vive ahora allí puede oponer al acreedor esta circunstancia. La Ley 27723 incluyó también normas de naturaleza procesal para dar viabilidad a estas oposiciones del deudor y los terceros. Estudiarlas no corresponde a este curso.

**Artículo 41.-** A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentra.

Es el caso de quien no tiene «casa». Es un fenómeno bastante común en las grandes ciudades de los países subdesarrollados y comienza a serlo también en los países desarrollados. Esa persona duerme en unas estaciones de ómnibus y subterráneo (en los países donde este existe), un parque y una calle. En consecuencia, no tiene residencia habitual y se la considera domiciliada en el lugar donde se encuentre. Esta es otra excepción al artículo 33 del Código; pero, en este caso, se le otorga domicilio a quien no tiene residencia.

## 11. El fin de la persona

**Artículo 61.-** La muerte pone fin a la persona.

Con la muerte termina la existencia del ser humano y, por lo tanto, deja de ser sujeto de deberes y derechos. Todas sus relaciones y situaciones jurídicas se cancelan en cuanto a ella misma, aunque algunas pueden ser transferidas a los herederos. En este sentido, la persona no se volatiliza del derecho con la muerte, sino que, desapareciendo como centro de imputación de deberes y derechos, deja aún huella y efectos.

Sobre lo que significa decir que, con la muerte, la persona deja de ser sujeto de deberes y derechos, algunos ejemplos son los siguientes:

- Deja de ser padre o madre, o cónyuge. Sus situaciones jurídicas se extinguen.
- Se cancelan todas sus obligaciones personalísimas. Así, deja de ser obligatorio de pintarse el cuadro encargado al gran pintor; ya no será exigible la conferencia magistral del sabio; etc.

- Si existía algún juicio por responsabilidad penal contra la persona, se archiva definitivamente y ya no podrá seguir el juzgamiento.

Al propio tiempo, ejemplos de la huella y efectos que deja la persona luego de su muerte son los siguientes:

- Su voluntad testamentaria deberá ser cumplida con obligatoriedad jurídica.
- Sus obligaciones no personalísimas deberán ser asumidas por sus herederos.
- Sus decisiones sobre disposición de su cadáver deberán ser acatadas.
- Su intimidad, imagen y voz permanecen protegidas y sólo pueden ser dispuestas con autorización de sus herederos.
- La prohibición de publicación póstuma de las comunicaciones de cualquier género, así como de las memorias personales o familiares, estará vigente por un plazo máximo de cincuenta años a partir de la muerte de la persona (artículo 16 del Código Civil).

Entonces, el efecto de la muerte de una persona en la vida jurídica no es simple, sino complejo; y conduce a varias situaciones que no pueden ser simplificadas hasta el punto de decir que la persona desaparece del derecho en el instante en que fallece.

**Artículo 62.-** Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios.

Esta es una norma clásica del derecho civil a propósito de la muerte. Se la denomina como *principio de conmorienencia*. El problema al que se refiere es aquella situación en la que dos o más personas murieron sin que se pueda probar cuál de las dos murió primero. Desde luego, saber quién murió antes que otro no es una situación que se necesite probar muy a menudo, por lo que el problema tiene un reducido número de aplicaciones. No obstante, puede ser importante en ciertas circunstancias, principalmente (pero no exclusivamente), de naturaleza hereditaria, y esto se aprecia de la frase final del artículo.

Veamos un ejemplo. Supongamos que un varón y una mujer no están casados (y que no tienen derecho a heredarse entre sí). Esta pareja tiene un

hijo. La madre es una persona acaudalada y hace un viaje con el hijo en avión. El avión se estrella y los dos mueren. Si el hijo murió luego que la madre, la hereda y, al morir él, lo hereda su padre. En otras palabras, el hijo podría ser el vehículo de transmisión de la riqueza de su madre a su padre. Sin embargo, como el artículo 62 dice que se les reputa muertos al mismo tiempo sin transmisión de derechos hereditarios, entonces, el hijo no hereda a su madre y el padre no tiene qué heredar de su hijo. La herencia de esa mujer irá a sus otros herederos forzosos según el orden establecido en el Código y que aparece en los artículos 816 y 817 (a menos que haya dejado testamento).



**Módulo de trabajo 9**

(<https://forms.gle/97juNJWaA8c4KK5XA>)



## **CAPÍTULO V**

### **LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Ya hemos tratado en este manual el tema de las personas naturales, es decir, de los seres humanos, y hemos señalado que cada persona es sujeto de derecho, lo que equivale a decir que tiene deberes, derechos y obligaciones jurídicamente hablando. Lo propio ocurre con las personas jurídicas: son sujetos de derecho, por lo que, consiguientemente, pueden tener deberes, derechos y obligaciones.

#### **1. El origen de la persona jurídica**

El derecho europeo occidental, que llegó hasta nosotros a través de España, tiene sus orígenes en el derecho romano hace dos mil quinientos años. Sin embargo, la existencia de las personas jurídicas se empieza a notar recién desde hace aproximadamente quinientos años. Fue la época en la que los europeos se lanzaron a conquistar imperios a través de los océanos de una Tierra finalmente redonda: los marinos necesitaban capitales para financiar sus viajes, descubrir tierras y desarrollar el tráfico marítimo de bienes. Por consiguiente, buscaron a quienes los proveyeran de capital e hicieron contratos con ellos. Generalmente era por un viaje largo al final del cual liquidaban el negocio y recogían las ganancias compartidas.

Con el tiempo estos vínculos empezaron a hacerse más estables y amplios. Así fue que empezaron a consolidarse las personas jurídicas: como reunión de diversos seres humanos que tenían un proyecto común, que era más fácil de lograr si se juntaban esfuerzos, conocimientos y recursos diversos.

#### **2. El derecho legisló a las personas jurídicas**

Si bien la reunión de fuerzas de seres humanos en los primeros contratos que condujeron a la existencia de las personas jurídicas fue realizada sin otras normas que las relaciones comerciales contractualmente establecidas,

los gobiernos comenzaron a regular sus características, organización y responsabilidades. Para eso se dictaron diversas leyes que fueron diferenciando, poco a poco, a las personas jurídicas con diversas características entre sí.

Hoy, en el derecho peruano, tenemos diversas clases de personas jurídicas. Entre las más conocidas están las siguientes:

- Las asociaciones (grupo al cual pertenecen los clubes deportivos y, entre ellos, muchos de los clubes profesionales de fútbol), las organizaciones no gubernamentales (que tratan sobre problemas sociales de diverso tipo), muchos centros de investigación en diversas disciplinas, etc. Las asociaciones están reguladas en el Código Civil a partir del artículo 80.
- Las empresas dedicadas a la producción, comercio y servicios. Tienen diversas características según sean sociedades anónimas (la cual puede ser, a su vez, de diversas especies), sociedades comerciales de responsabilidad limitada y otras formas más establecidas en la Ley 26887, Ley General de Sociedades. Asimismo, las diversas sociedades dedicadas a la actividad económica suelen tener requisitos especiales en las leyes que regulan sus negocios (como los bancos, aseguradoras, mineras, pesqueras y así sucesivamente).
- Hay instituciones del Estado que son personas jurídicas de derecho público con autonomía de funcionamiento. Algunas son instituciones que cumplen finalidades de Estado como el Concytec, la Sunat o el Indecopi; y otras son empresas como Petroperú.
- Existen miles de instituciones educativas, públicas y privadas (entre ellas, por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Existen muchos sindicatos de trabajadores y también los hay de empleadores.
- Los partidos políticos que tienen requisitos establecidos en la normatividad referida a ellos.

La diversidad de personas jurídicas, como puede verse, es muy grande. Corresponde a la creciente complejidad de la vida social, económica y política del Perú y del mundo. A esta diversidad corresponden también, concepciones y reglas de funcionamiento distintas. Por ejemplo, en una asociación, cada asociado tiene un voto; en una sociedad anónima, el inversionista tiene

tantos votos como acciones con derechos de decisión haya adquirido; en una empresa del Estado, quienes tomarán las decisiones son las autoridades políticas nombradas, según el caso, por el Poder Ejecutivo o, si se trata de empresas municipales (por ejemplo, de servicios de agua y desagüe, recojo de residuos), por las autoridades municipales.

Sin embargo, más allá de sus diferencias, las personas jurídicas tienen ciertos elementos jurídicos comunes y es a ellos a los que nos referiremos en esta presentación general.

### **3. Los elementos jurídicos esenciales de una persona jurídica**

Estos elementos jurídicos son varios. De entre todos ellos, elegimos los que enumeramos y comentamos a continuación. Creemos que con ellos tendremos una idea bastante precisa de cómo organiza el derecho a las personas jurídicas.

#### **3.1. El nacimiento de la persona jurídica**

La persona jurídica de derecho público interno, es decir, la que pertenece al Estado, se rige por su ley de creación. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 76 del Código Civil. Será tal ley la que establezca las características y organización esencial de la persona jurídica de derecho público, así como su denominación, domicilio, fecha de inicio de actividades, y demás características.

La persona jurídica de derecho privado tiene existencia, como regla general, a partir del día de su inscripción en el registro respectivo según establece el artículo 77 del Código Civil. Esta inscripción se hace en virtud de un *acto constitutivo* que puede tener diversas características. En una asociación civil, por ejemplo, los fundadores se reúnen, hacen un acta de fundación, establecen unos estatutos y todo ello se eleva a escritura pública ante un notario para, luego, enviarlo al registro público e inscribir la institución.

La Ley General de Sociedades establece las reglas generales de constitución de empresas en sus primeros artículos; pero, en su artículo 5, establece la siguiente regla general: «La sociedad se constituye por Escritura Pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto [...]. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria». Luego añade que todo ello se inscribe «obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad».

Por consiguiente, las personas jurídicas privadas tienen un *nacimiento* y consiste en su inscripción en el registro que le corresponda. Para ello, quienes la conforman deberán haber elaborado los documentos iniciales que deben formalizarse por escritura pública.

### 3.2. El estatuto y las características comunes de organización

Una vez existente, la persona jurídica tiene *personalidad jurídica* y se constituye en *sujeto de derecho* con deberes, derechos y obligaciones. Además, deberá consignar en su estatuto, entre otros elementos, nombre, domicilio y los principales órganos que la componen. Sin estatuto, una persona jurídica no puede existir porque no tendría la normatividad detallada que le permita funcionar.

Asimismo, la persona jurídica tendrá diversos registros según sus actividades. Prácticamente todas ellas deben registrarse en el MTPE, la Sunat, la municipalidad del domicilio (donde tendrán que obtener licencias y permisos), así las instituciones del Estado que las supervigilen (superintendencias y organismos similares).

En toda persona jurídica hay, cuando menos, dos tipos de organismos. En primer lugar, una *junta general* (*asamblea general* en las asociaciones según el artículo 84 del Código Civil) en la que se reúnen todos los miembros si se trata de una asociación, todos los dueños de acciones con derechos de voto si se trata de sociedades anónimas, o todos los representantes de los diversos órganos del Estado que la componen si se trata de una persona jurídica de derecho público. Es el máximo órgano de la persona jurídica y tiene unas pocas reuniones al año (por lo menos una).

Esta junta general adopta decisiones características como el acta de fundación, la aprobación y modificación del Estatuto, la nominación del directorio o consejo directivo, en general, las grandes decisiones de la persona jurídica y, eventualmente, su extinción.

En segundo lugar, hay un segundo órgano que, en algunos casos, se denomina *directorio* y, en otros, *consejo directivo* (y, en las universidades, *consejo universitario*). Es un órgano ejecutivo encargado de tomar las decisiones de la marcha diaria de la persona jurídica. Es más pequeño, ejecutivo y dinámico que la junta general y se reúne frecuentemente.

Las personas jurídicas pueden, además, tener muchos y muy diversos órganos en función de a su naturaleza, diversidad, tamaño, etc. Cada uno de

nosotros puede ver en nuestra universidad la gran variedad de organismos existentes: facultades, departamentos, centros de investigación, institutos de investigación, de arte, escuelas de enseñanza, etc.

Estos órganos son muy importantes porque, en sus sesiones y votaciones, *se expresa la voluntad de la persona jurídica*, es decir, constituyen sus declaraciones de voluntad, sus actos jurídicos. Así, firman contratos, hacen negocios, cobran, pagan y, en fin, aprueban las muchísimas decisiones que deben adoptar. Para que estas decisiones tengan valor jurídico, deberán tomarlas cumpliendo las formalidades establecidas en la ley y en sus propios estatutos y reglamentos.

### **3.3. La persona jurídica es distinta de sus miembros**

Una característica esencial de la persona jurídica es ser, valga la redundancia, una persona distinta a todas las personas naturales que la componen (asociados, inversionistas, etc.).

En ese sentido, las decisiones que toma la persona jurídica a través de sus órganos de gobierno son suyas y no de quienes asisten materialmente a la sesión porque son miembros del órgano y votan.

Sus bienes son suyos y no de las personas naturales que las componen. También lo son, de existir, sus deudas: no las deben pagar sus miembros, socios o asociados. Si la persona jurídica gastó más de lo que podía, puede extinguirse, pero no traslada esas deudas a sus miembros<sup>137</sup>.

Por lo mismo, cuando un miembro se retira de la persona jurídica, por la razón que fuera, no tiene derecho a nada que sea propiedad de ella. Todo esto hace ver que la persona jurídica es distinta a sus miembros. Lo señala textualmente el artículo 78 del Código Civil:

**Artículo 78.**- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

---

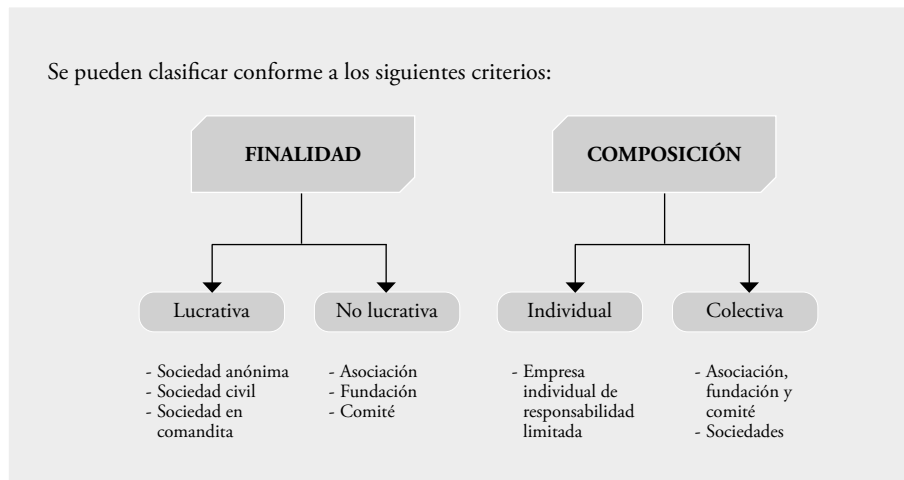
<sup>137</sup> Esto que decimos, desde luego, no afecta la posibilidad de que, ante conductas irregulares o delictivas, los miembros que tomaron las decisiones puedan ser sancionados. Sin embargo, esto es otro asunto.

#### 4. Las personas jurídicas lucrativas y no lucrativas

Una de las principales modalidades para distinguir a las personas jurídicas es el fin por el cual estas son constituidas. Tal fin puede tener un carácter *lucrativo* o *no lucrativo*. En el primer caso, por medio de la persona jurídica, sus miembros buscan obtener una ganancia (como, por ejemplo, los accionistas de las sociedades que reciben dividendos por sus acciones). En el segundo caso, sus miembros no buscan recibir, ni recibirán, ningún tipo de ganancia (como, por ejemplo, las asociaciones que buscan recaudar fondos para proyectos educativos, deportivos, etc.).

Las personas jurídicas no lucrativas se encuentran reguladas en el Código Civil peruano; y las personas jurídicas lucrativas, en la Ley General de Sociedades o la ley correspondiente (como es el caso de las EIRL).

Asimismo, las personas jurídicas pueden diferenciarse por su composición, existiendo inclusive la posibilidad de que esta ficción legal opere en la constitución por una sola persona (como es el caso de las EIRL).



#### 5. Conclusión

En el derecho existimos las personas naturales, seres humanos; y existen las personas jurídicas, fundadas y constituidas por seres humanos para realizar actividades en las que se congreguen capacidades y esfuerzos para lograr mejores y mayores finalidades. En este sentido, las personas jurídicas, en los distintos campos en que actúan, potencian las capacidades humanas mediante la colaboración de las personas y la conjunción de los recursos materiales,

financieros y, en general, de todo tipo. Es por ello que las personas jurídicas son instituciones a través de las cuales los seres humanos podemos progresar en los diversos aspectos de nuestra vida.

Considerando ello, el derecho ha recogido la idea de persona jurídica, la ha hecho desarrollarse y la regula para su adecuado funcionamiento. Las normas que regulan a las personas jurídicas son muchísimas. En esta presentación sólo hemos citado al Código Civil y la Ley General de Sociedades. El conocimiento de las normas que regulan a las personas jurídicas requiere un estudio extenso y profundo que, sin duda, se empezará a realizar en los años de estudios universitarios y continuará a lo largo de toda la vida profesional de cada uno de nosotros.

Sin embargo, los caracteres comunes de todas las personas jurídicas son los siguientes (i) tienen un nacimiento, según los casos, mediante ley o inscripción en el registro correspondiente; (ii) tienen un estatuto que las organiza en lo esencial; y (iii) tienen características de *personas*, aunque no sean seres humanos (por ejemplo, nombre, domicilio, personería jurídica, calidad de sujetos de derecho, órganos de decisión y vida propia, distinta a la de sus miembros). Además de las leyes que las rigen, las personas jurídicas tienen cada una de ellas un estatuto en el que se establecen sus reglas más importantes de funcionamiento. Están, de esta manera, plenamente insertadas en el orden jurídico.



### **Módulo de trabajo 10**

(<https://forms.gle/dx95r7o667S1DbQ4A>)



## CAPÍTULO VI EL ACTO JURÍDICO: LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE LA PERSONA

Como regla general, lo que un ser humano piensa para sí, sin manifestarlo, no tiene efectos jurídicos. Estos solo aparecen cuando los pensamientos son socializados a través de una manifestación de voluntad: si alguien repite todos los días el pensamiento de ejecutar tal contrato, o de incumplir tal ley, pero nunca realiza ninguna manifestación de voluntad al respecto, entonces esa conducta puede tener eventuales consecuencias de orden moral, pero no jurídico. Mientras no manifieste voluntad, el derecho no tiene nada que ver.

A la manifestación de voluntad en el derecho se la llama *acto jurídico*. Durante milenios, el derecho conoció y reguló muchos *actos jurídicos* de manera independiente entre sí, porque eran distintos uno del otro. Por ejemplo, muchos de los contratos y todas las formas de testamentos que conocemos fueron detalladamente regulados en el derecho romano de hace dos milenios. Lo propio ocurre con otras tantas declaraciones de voluntad hechas para múltiples propósitos.

Durante el siglo XIX, los juristas se dieron cuenta de que, más allá de sus diferencias y formalidades particulares, cada uno de esos actos tenía algo en común con los otros: en todos ellos se declaraba la voluntad de la persona. De esta manera, y muy tardíamente en la historia del derecho, elaboraron una teoría de la declaración de voluntad y, con ella, del acto jurídico. No la inventaron de la nada. Al contrario, juntaron y armonizaron una serie de conocimientos que habían sido desarrollados desde la antigüedad.

En este capítulo hacemos una introducción a los temas esenciales del acto jurídico.

## 1. El acto jurídico y sus elementos esenciales

Las reglas generales referentes a la declaración de voluntad se hallan dentro de nuestro Código Civil en la parte del acto jurídico. El artículo 140 da una definición de acto jurídico y establece los cuatro requisitos esenciales para su validez:

**Artículo 140.-** El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

El inciso 1 del artículo 140 conecta el tema del acto jurídico con la plena capacidad de ejercicio de la persona y con la incapacidad (absoluta o restringida) que tratamos anteriormente.

Como recordaremos, el agente capaz, por regla general, es la persona mayor de dieciocho años. Existen mayores de dieciséis años que pueden adquirir la plena capacidad de ejercicio. Algunas veces, los menores pueden realizar actos como agente capaz según lo autoriza la ley y hay mayores de dieciocho años que tienen alguna limitación que les produce una capacidad de ejercicio restringida o una incapacidad absoluta. Para que quienes no tienen plena capacidad de ejercicio puedan manifestar su voluntad, existen la patria potestad, los apoyos y salvaguardias, la tutela y la curatela. También los *ajustes razonables*. Todo ello se debe revisar en la lectura sobre capacidad e incapacidad de la persona natural y del concebido. Uno de los aspectos en los que el tema de capacidad tiene mayor importancia es, desde luego, el de la declaración de voluntad del acto jurídico.

En nuestro criterio, el inciso 1 del artículo 140 del Código Civil está redactado con una clara deficiencia técnica porque dice que «para la validez del acto jurídico se requiere plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley». La conjunción *salvo* quiere decir *excepto*. Entonces, la segunda parte del texto está demás porque, ya, dentro de la plena capacidad de ejercicio no hay restricciones: o es plena o no es plena.

Es probable que la redacción haya querido decir «para la validez del acto jurídico se requiere plena capacidad de ejercicio, o declaración de voluntad

de personas de capacidad de ejercicio restringida que haya sido autorizada por la ley». Esto es consistente con las reglas de capacidad e incapacidad: los plenamente capaces son tales y declaran siempre voluntad. Quienes tienen capacidad de ejercicio restringida pueden declarar su voluntad en ciertos casos, o con determinadas formalidades establecidas en la ley. Si lo hacen así, esa declaración es válida y, por lo tanto, se cumple el requisito del inciso 1 del artículo 140. Si el inciso 1 del artículo 140 quiso decir esto, no lo dijo: en vez de ello, su segunda parte expresa un sinsentido.

El inciso segundo requiere que el objeto sea física y jurídicamente posible. El objeto es aquello sobre lo que reside el interés de quien o quienes realizan el acto jurídico. En una compraventa serán el bien cuya propiedad se transfiere y el pago en dinero que se hace; en el reconocimiento de paternidad será formalizar el vínculo paterno filial entre padre e hijo; en un testamento serán los bienes que se dejan y la forma en que se distribuyen; y así sucesivamente.

El objeto debe ser física y jurídicamente posible. El *objeto físicamente posible* es el que puede existir o realizarse en la realidad. Por ejemplo, una mesa de madera o un edificio de departamentos, o un departamento dentro de ese edificio, o un examen molecular de cierto producto en un laboratorio. Puede ser un objeto que aún no exista siempre que tenga posibilidad de existir en la realidad: fabricar una vacuna contra un virus determinado que recién se conoce o fabricar una mesa para una oficina de geometría extraña. La mención a «objeto físicamente posible» no debe llevarnos al equívoco de considerar que sólo se trata de objetos *materiales*. También es un objeto posible que un artista realice acrobacias poco comunes, o que un matemático elabore un algoritmo que resuelva un problema cibernético. Ninguno de los dos es material, pero son posibles en la realidad y pueden ser objeto de actos jurídicos.

*Objeto jurídicamente posible* es aquel que no está prohibido por la ley: no se puede, válidamente, distribuir un producto alimenticio que no advierta sobre sus componentes de azúcar o grasas; no se puede vender productos defectuosos sin dar aviso al consumidor (por ejemplo, no se puede vender como leche lo que no lo es).

El tercer inciso del artículo 140 exige que el acto jurídico tenga un fin lícito. Como las personas tienen libertad constitucional (artículo 2, inciso 24, literal a: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»), pueden pactar lo que consideren necesario o

conveniente salvo que lo prohíba la ley. Así, por ejemplo, no se puede hacer un contrato para juntar esfuerzos y difamar a alguien en las redes sociales; para engañar a alguien en un negocio haciendo propaganda a un producto inservible; para casarse dos veces cometiendo bigamia; para que alguien realice actividades que sean peligrosas para su vida o integridad física (a menos que se trate de su actividad habitual).

La forma prescrita bajo sanción de nulidad es aquella que el derecho exige expresamente como tal para que el acto jurídico sea válido. En esos casos, si la forma prescrita no se cumple, el acto jurídico será inválido. Así, por ejemplo, tenemos los siguientes mandatos del Código Civil:

- El artículo 264 permite que uno de los novios contraiga matrimonio mediante apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación del otro contrayente, quien deberá estar presente en el acto de celebración, todo ello bajo sanción de nulidad.
- El artículo 1207 dice que la cesión de derechos descrita en el artículo 1206 debe constar por escrito bajo sanción de nulidad.
- La donación de bienes muebles e inmuebles tiene formas distintas, prescritas bajo sanción de nulidad, según su valor, en los artículos 1623, 1624 y 1625.
- El artículo 1734 trata del comodatario, que es la persona a quien se le ha prestado un bien no consumible (como un libro, por ejemplo) para que lo use y lo devuelva. La norma está construida en doble negación y dice que el comodatario no puede ceder el uso del bien a un tercero sin autorización escrita del comodante bajo sanción de nulidad.
- La renta vitalicia (definida en el artículo 1923) se constituye por escritura pública bajo sanción de nulidad.

## **2. La manifestación de voluntad**

Hemos dicho que las convicciones e ideas internas de una persona, no manifestadas hacia el exterior, no tienen efectos jurídicos. De ahí que la manera de manifestarlas, es decir, de declarar la voluntad, sea importantísima para las consecuencias jurídicas que se generen para la persona a partir de la

voluntad que declare frente a terceros. De esto se ocupan tres artículos que veremos uno a continuación del otro.

**Artículo 141.-** La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

El inicio del artículo clasifica a la manifestación de voluntad en dos especies: expresa o tácita.

La manifestación expresa es la que se realiza positivamente: la persona *declara* cuál es el contenido de su voluntad. Los medios para esta declaración expresa están enumerados sin que lo consignado sea taxativo, porque se puede usar, como dice el propio texto, «algún medio alternativo de comunicación». La norma enumera lo siguiente:

- La forma oral, es decir, se declara mediante la voz.
- La forma escrita, que debe tener una firma que autentique la declaración. En casos en los que eso no es posible, puede ser también la huella digital. Muchas veces, cuando se usa huella digital, se exige que un testigo de la impresión digital firme al costado de esta.
- Cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico a través del cual se manifieste la voluntad de la persona: llamada telefónica, correo electrónico, declaración en redes sociales, uso de computadora presencial (escritura en la pantalla) o remota (a través de teleconferencias). Las opciones no están cerradas: puede utilizarse cualquier otro medio de estos, pero siempre debe haber una vinculación directa entre la persona que declara, la manifestación de voluntad y el medio utilizado, de manera que se pueda atribuir probadamente la declaración a esa persona.
- Puede utilizarse un lenguaje de señas reconocido o generalmente aceptado. Lenguaje de señas es el que utilizan los mudos. También

hay señas en ámbitos especializados como las subastas o las bolsas de valores, donde un movimiento de cabeza o una indicación con la mano son señales de voluntad reconocidas.

- También puede haber medios alternativos de comunicación no mencionados antes. Uno de ellos puede ser el uso de intérprete para declaraciones de quien, en nuestro caso, no se expresa en castellano. También pueden ser los ajustes razonables o los apoyos de las personas que no tienen plena capacidad de ejercicio y de los cuales tratamos al estudiar la capacidad e incapacidad.

Los párrafos segundo y tercero tratan de la manifestación de voluntad tácita, que es aquella que «se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia».

Que se haya producido una declaración de voluntad tácita es siempre una inferencia, una interpretación de conductas y, por lo tanto, sólo tiene valor cuando esa inferencia es *indubitable*. Si existe duda, hay que concluir que no se hizo una expresión de voluntad tácita.

Hay declaración de voluntad tácita, por ejemplo, cuando una persona me pide prestada una cierta cantidad de dinero por correo electrónico, la cual me devolverá en el futuro. Yo, sin decirle que acepto prestarle, le envío el dinero por algún medio formalmente reconocido como un giro o una transferencia bancaria. Si envío la cantidad exacta que me han propuesto, es indudable que he prestado. (Desde luego, la conducta esperable es que mande el dinero y diga que presto, pero a veces no sucede así, como, por ejemplo, cuando hay muchísima confianza entre las partes).

La declaración tácita a partir de conductas reiteradas en la historia de vida es, por ejemplo, el siguiente caso: un habitante de edificio, además de los derechos laborales que les corresponden, da una cantidad de dinero a los servidores que hacen las funciones de limpieza de las áreas comunes (pasadizos, ascensores, escaleras, etc.) y portería todas las Fiestas Patrias y días de Navidad. También les pide algunos servicios menores y les da un reconocimiento en dinero. Una Navidad, les envía dinero a su cuenta bancaria en la cantidad aproximada en que siempre les dona esa suerte de «gratificación» pero no les dice nada más. Las personas que la reciben tienen derecho a entender que hay una gratificación, es decir, que ese depósito es una donación y no un pago por algún servicio.

El último párrafo del artículo es muy claro en sus propios términos: si la ley exige declaración expresa en tal circunstancia, no puede inferirse aceptación tácita. Y, si la persona ha hecho reserva o declaración en contrario, tampoco puede inferirse declaración tácita de voluntad. Un ejemplo es el tercer párrafo del artículo 1438 del Código Civil.

El artículo 141-A se introdujo en el Código Civil con la vigencia de la Ley 27291, la cual permitió el uso de medios electrónicos, así como de la firma electrónica, para la manifestación de voluntad. Para estos efectos, la señalada ley modificó el artículo 141, dándole la redacción que acabamos de comentar y también modificó el artículo 1374 del Código Civil.

**Artículo 141-A.-** En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

De acuerdo con la finalidad de la Ley 27291, este artículo autoriza el uso de medios electrónicos para la expresión de voluntad, incluida la firma electrónica, la cual antes no tenía reconocimiento legal expreso. El segundo párrafo es una forma de asegurar, en el ámbito público, que el documento electrónico o la firma electrónica fueron efectivamente utilizadas.

Finalmente, está el artículo 142 que establece lo siguiente:

**Artículo 142.-** El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En el derecho, no es regla general aquello que popularmente se expresa como «Quien calla otorga».

Quien no manifiesta su voluntad ni expresa, ni tácitamente, no ha formulado voluntad alguna y así debe tomarse en el derecho.

Habrán casos en los que el silencio se toma como declaración, pero ello tiene que estar establecido en la ley o, si es el caso, en el contrato.

Un ejemplo contundente de mandato en la ley que interpreta el silencio como declaración de voluntad es el artículo 673 del Código Civil: «La

herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa».

Otro ejemplo de lo mismo, y también muy claro, es el párrafo final del artículo 295 del Código Civil: si dos personas se casan y no expresan voluntad mediante escritura pública de que optan por la separación de patrimonios, entonces, se presume (sin que haya lugar a prueba en contrario) que optaron por la sociedad de gananciales (con algunos bienes como propios y otros como sociales).

Un ejemplo de disposición contractual es la que se establece en los contratos de alquiler de vivienda: «Este contrato tiene plazo de validez de un año, que expira en tal fecha. Si ninguna de las partes expresa su voluntad de terminarlo o modificarlo antes de dicha fecha, este contrato se entiende renovado por un año adicional».

Fuera de estos casos, y de otros similares, en el derecho privado, el silencio no puede ser entendido como declaración de voluntad.

### **3. Las modalidades del acto jurídico**

Los artículos 171-189 el Código Civil tratan sobre las modalidades del acto jurídico, que no son otra cosa que expresiones de voluntad sometidas a ciertas circunstancias que ejercen influencia en la manera cómo deberán ser cumplidas las cosas en el derecho.

Como este es un manual para lectura y estudio dentro del curso, debe hacerse una aclaración: en el texto del Código Civil con el que estudiamos, los artículos referentes a las modalidades del acto jurídico no están indicados como de lectura obligatoria porque contienen detalles que no estudiamos. Sin embargo, las modalidades deben ser conocidas en este curso por su importancia. Necesitamos tener un concepto de ellas y no los detalles de la forma en la que son reguladas. Las modalidades son las siguientes:

- *Condición.* Es un hecho futuro e incierto. Si digo «Te regalaré tal cosa si te gradúas de abogado», estoy poniendo una condición al regalo pues, aunque cada uno de los estudiantes de Derecho desea graduarse en el futuro, puede ser que se gradúen o no.

La condición puede ser *suspensiva* si es que suspenden los efectos del acto hasta que ella se produzca; o *resolutoria* si concluyen los efectos del acto cuando ocurra. Una condición suspensiva sería «Te daré una bicicleta cuando te gradúes» porque no te la daré hasta que no se cumpla la condición. Una condición resolutoria sería «Te presto este libro hasta que estés bien preparado» porque, cuando hayas terminado tu preparación, termina el préstamo.

- *Plazo*. Es un hecho futuro y cierto en las circunstancias normales de la vida. Si digo «Te pagaré el 31 de diciembre de este año», estoy utilizando un plazo porque, salvo que algo inusual suceda en la historia de la humanidad, llegaremos al próximo 31 de diciembre.

Si digo «El cachorro será tuyo cuando muera su padre», también estoy utilizando un plazo y esto requiere una pequeña explicación: yo no sé cuándo se morirá el padre del cachorro, pero sí habrá de morir. De esta manera, aunque no sabemos exactamente qué día ocurrirá, es un hecho futuro y cierto y, por lo tanto, es un plazo.

Los plazos, como ya dijimos en el caso de las condiciones, también son suspensivos o resolutorios.

- *Modo o cargo*. Es una exigencia de cumplir cierta obligación menor para beneficiarse de la manifestación de voluntad, con la característica de que lo que debe cumplir el beneficiario es de valor o significación mucho menor que lo que está recibiendo por la declaración de voluntad. Por ejemplo, muchas personas dejaron su herencia a cierta persona o institución con *cargo* a que, con parte de esos bienes, se hiciera una misa anual por su alma.

#### 4. Los vicios de la voluntad

Lo deseable es que las manifestaciones de voluntad que influyen en el derecho sean realizadas correctamente, es decir, sin problemas que compliquen luego las relaciones sociales y jurídicas. Sin embargo, esto no siempre es así y existen varias circunstancias en las cuales la manifestación de voluntad tiene irregularidades que deben ser analizadas por el derecho para encontrarles solución. Estamos hablando de los *vicios de la voluntad* que son el error, dolo y violencia. Su existencia genera anulabilidades. Analizaremos aquí sólo sus rasgos más relevantes en consonancia con las finalidades de este curso,

que son las de dar una visión general del derecho privado y las relaciones de sus partes entre sí.

#### 4.1. El error

El *error* se produce cuando la persona que manifiesta su voluntad no conoce cabalmente los hechos o el derecho sobre el que versa su declaración, o se equivoca al interpretarlos, con lo que emite una declaración de voluntad errónea. Las reglas sobre el error en nuestro Código Civil se hallan entre los artículos 201 y 209.

El artículo 201 del Código Civil dice lo siguiente:

**Artículo 201.-** El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

El Código Civil no considera como vicio de la voluntad a cualquier error. Para ser tal tiene que cumplir los dos requisitos establecidos en este artículo: ser esencial y conocible. La revisión de los dos siguientes artículos nos permitirá saber en qué consisten estas características.

**Artículo 202.-** El error es esencial:

- 1.- Cuando recaea sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
- 2.- Cuando recaea sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
- 3.- Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

La esencialidad del error debe buscarse dentro de estas tres posibilidades. Fuera de ellas no existe. En cada caso, el error se produce en la psiquis de quien lo comete pero, además, debe cumplir el requisito de haber sido determinante de la voluntad según las diversas circunstancias.

La primera posibilidad consiste en que el error recaiga sobre la esencia o una cualidad del objeto del acto jurídico y que, según la apreciación general de las personas, o las circunstancias, debe considerarse determinante de la manifestación de la voluntad. Son, entonces, dos posibles hipótesis pero en las dos se halla el error recaído en la esencia o una cualidad del objeto del acto (puede ser cualquiera de las dos, esencia o cualidad, o ambas juntas).

Vamos a suponer que alguien, que es profesional y trabaja parte del tiempo en su casa y parte fuera de ella, desea comprar un «lugar donde vivir dentro de un edificio». No quiere una casa, sino un «departamento», pero no expresa esta motivación. Visita un lugar que le parece excelente y celebra el respectivo contrato de compraventa. Sólo después se da cuenta de que el edificio tiene dos licencias de uso: los primeros pisos de uso comercial y los últimos de uso residencial. Esto estaba consignado en la documentación respectiva, pero aquel no la revisó detalladamente. La compra fue de una tienda que no va a poder utilizar como vivienda y ya es suya. Aquí hay un error en la *esencia* del bien que ha comprado porque no es un departamento para vivienda.

Podemos suponer una variación: es la misma persona con los mismos deseos y la misma reserva sobre sus planes. Encuentra un departamento que sí es para uso como vivienda y se entusiasma con la vista que tiene. Lo visita y está seguro que podrá ser feliz viviendo allí. Sucede así hasta que le cuenta a un amigo arquitecto con quien va a ver *su* departamento. El arquitecto se da cuenta rápidamente de que la vida que quiere hacer el flamante comprador es incompatible con la poquísima área del departamento. Le simula los muebles necesarios y el comprador se da cuenta de que sólo entran una cama, unas mesitas de noche, una mesa y un lugar para poner un par de hornillas y cocinar. Ahí recién nota que no tomó en cuenta las medidas y que se ha equivocado al hacer la compra. Aquí hay un error en las *cualidades* del objeto porque, si bien es un departamento para vivienda (esencia), no tiene las dimensiones necesarias para la vida que el comprador quiere llevar viviendo dentro.

En cualquiera de los dos casos, además, debe existir la situación de que el error cometido deba considerarse determinante de la voluntad que expresó al comprar. Esto debe medirse con dos criterios: «la apreciación general», la cual consideraría que el error cometido es el que lo movió a comprar; y «las circunstancias», las cuales hacen recomendable pensar que tal error fue la razón determinante de la voluntad.

La *apreciación general*, en este caso, es lo que la gente *apreciaría* sobre la conducta del comprador de nuestro ejemplo. Para saber si fue la razón determinante, no hay que hacer una encuesta a personas; sino discernir si, en las circunstancias, las personas que estaban presentes en el momento de la compra hubieran considerado que comprar una tienda, o comprar un lugar de

área insuficiente, era un error, teniendo en cuenta que el comprador lo que buscaba era un departamento para vivienda. Esto se aprecia en función de consideraciones *objetivas* de la conciencia social y no de la *subjetividad* de algunas personas, pocas o muchas, respecto a si el error fue determinante de la voluntad. En este caso, da la impresión de que su búsqueda de departamento para tener una vida cómoda puede haber sido efectivamente la consideración determinante de su voluntad en ambos casos.

Las *circunstancias* son el entorno de situaciones que rodeó al comprador al realizar su compra. En este caso, haya comprado la tienda o el departamento muy pequeño para sus necesidades, se puede apreciar que, efectivamente, las circunstancias son las de alguien que ha cometido un error porque, por ejemplo, no se trata de una persona que va a ir a un lugar por un tiempo determinado para hacer un trabajo o estudiar un curso y se ajusta a un espacio pequeño; sino que se trata de una persona que, al menos según sus proyectos actuales, va a vivir allí un bien tiempo de su vida futura.

Podemos imaginar una infinidad de circunstancias y sus variaciones. Aquí sólo hemos presentado un «ejemplo de laboratorio» que permita comprender situaciones en las cuales se cae en un error esencial.

Pero todavía no hemos terminado. El error, además de esencial, tiene que ser «conocible por la otra parte». De esto trata el artículo 203 del Código Civil:

**Artículo 203.-** El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

En el caso que venimos presentando, hay una compraventa y, por consiguiente, siempre existen, cuando menos, dos personas: el comprador y su vendedor. Del vendedor hasta ahora no dijimos nada pero, obviamente, una vez que hizo su venta le causará problemas que el comprador venga a anularla con error en mano. El comprador tiene una defensa ante el vendedor. Esta es la cognoscibilidad: si el vendedor, con una normal diligencia, no hubiera podido advertir el error del comprador, entonces no hay cognoscibilidad y el error cometido no producirá la anulabilidad del acto. En la situación inversa sí se anula.

Aquí, en nuestro ejemplo, esto no está claro (de forma intencional por parte nuestra, por supuesto). Y esta falta de claridad tiene por finalidad

mostrarles la dificultad de determinar si el error era conocible por el vendedor. De un lado, nuestro comprador quiere comprar un departamento para vivienda. De otro lado, no dice nada de sus propósitos. El punto definitivo es, a mi juicio, llegar a las siguientes situaciones:

- Que el vendedor del departamento donde estaba la tienda que no es departamento se sienta en el deber de preguntar a su posible comprador lo siguiente: «¿Usted busca un departamento o una tienda?».
- Que el vendedor del departamento pequeño se sienta en el deber de preguntar a su posible comprador lo siguiente: «¿Qué muebles tiene necesidad de colocar en su departamento?».

Si en las circunstancias el vendedor debió hacer estas preguntas y no las hizo, el error ha sido conocible. Si de buena fe no consideró necesario hacer estas preguntas, el error no fue conocible. De esto dependerá la calificación y, en mi criterio, hay posibilidades razonables de considerar como válida cualquiera de las dos alternativas.

Para hacer más evidente que el vendedor pudo tener cognoscibilidad, creemos que hay que cambiar un poco el caso: el posible comprador va a ver la tienda o el departamento con su pareja sentimental y ellos intercambien opiniones delante del vendedor en el sentido de que piensan usar ese local como casa habitación en el caso de la tienda; o que piensan no sólo alojarse en el lugar, sino tener un espacio, aunque sea pequeño, para contar con una mesa de trabajo o para hacer algo de vida social. En estos casos, ya sería muy poco sostenible que el vendedor no hiciera las preguntas respectivas. Y podemos seguir modelando el ejemplo con más variaciones. Las consecuencias jurídicas pueden ir variando también.

Desde luego, si el error fue conocible, el vendedor también tiene su parte de responsabilidad en que el comprador haya cometido un error al comprar. Si la buena fe es una regla para las relaciones humanas en general, y en particular para las relaciones jurídicas, si debió hacer las preguntas y no las hizo, entonces, incurrió en una actuación equivocada que llevará a la anulación del acto.

Sólo si el error es esencial y conocible por la otra parte, puede conducir a la anulación del acto jurídico. De esta manera, el Código Civil busca proteger a cada una de las dos partes del problema.

Los artículos 204-207 del Código Civil se explican por sí mismos y no requieren comentarios adicionales.

El tema de los artículos 208 y 209 del Código Civil es más especializado de lo que pretende este curso al analizar el error y, por esa misma razón, no los abordamos.

#### 4.2. El dolo

El *dolo* consiste en la actuación malintencionada de una de las partes mediante el engaño para inducir un error a la otra parte al declarar su voluntad. Como se puede apreciar, en el dolo una de las partes comete un error, pero la diferencia con el tema previo es que, en aquel, el error se comete porque fue inducido por la otra parte mediante un engaño.

Las reglas sobre el dolo como vicio de la voluntad se encuentran entre los artículos 210 y 213 del Código Civil. El primero dice lo siguiente:

**Artículo 210.-** El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Para el dolo son necesarios dos elementos: (i) el engaño que induce al error y (ii) que el engaño sea la razón por la cual quien yerra celebra el acto.

Hubiera existido dolo en los casos que presentamos para el vicio del error si el comprador hubiera declarado expresamente que quería un departamento con uso de casa habitación y con tales comodidades a fin de hacerla su vivienda a futuro. En tal caso, el vendedor estaría informado de las necesidades e intereses de su comprador y, si le vende algo que no tiene la naturaleza o las cualidades necesarias, es evidente que lo está engañando. Eso hubiera sucedido en los dos casos planteados anteriormente siempre que el comprador hubiera dicho lo que quería. Una regla de oro de la persona que se dedica a la abogacía es decir siempre de la forma más precisa posible los requerimientos que su cliente necesita para realizar el acto jurídico en cuestión. Así, si no se cumplen, el vendedor habrá incurrido en dolo porque estaba informado de las necesidades y no avisó de las limitaciones de lo que vendía.

El engaño no tiene que haber sido hecho directamente por una de las partes, en este caso, por ejemplo, el vendedor. Si este sabe que una tercera persona va a hablar con su posible comprador y le va a dar información inexacta sobre la tienda o el departamento, o, peor aún, si el vendedor envía al tercero a engañar a su posible comprador, también hay dolo del vendedor según el último párrafo del artículo 210 del Código Civil.

Saltamos por un momento el artículo 211 del Código Civil para decir que, si el vendedor no indujo a error a su comprador, pero se dio cuenta que este estaba cometiendo un error y no se lo dijo, también tiene dolo porque debe actuar con buena fe y no lo hizo. Podría ser que el comprador lea las características del local o departamento que va a comprar y, en el caso del local, lea en voz alta que es departamento para habitación y no que es para tienda; y, en el caso del departamento chico, lea la descripción de un departamento más grande sin darse cuenta y sin que el vendedor, que sí se da cuenta, no se lo diga.

Existen dos disposiciones más que se explican por sí mismas:

- El artículo 211 del Código Civil plantea el supuesto en el que el engaño del vendedor confundió al comprador y colaboró a que comprara, pero de manera tal que, si el comprador no hubiera sido engañado, hubiera comprado en condiciones distintas (por ejemplo, pagando menos precio). Sin embargo, como habría de todas maneras un daño, el vendedor deberá indemnizar al comprador por el dolo que cometió contra él por más que no haya sido determinante.
- El artículo 213 del Código Civil plantea que, si cada uno de los contratantes engaña al otro, no habrá anulación del acto jurídico. En el caso de un encuentro de este tipo, el derecho no favorece a ninguno de los dos: deben asumir las cargas que significa el acto jurídico que realizaron.

### **4.3. La violencia**

La *violencia* es el ejercicio ilegítimo de la fuerza sobre una persona para obligarla a hacer una declaración de voluntad que no desea hacer o, cuando menos, que no desea hacer en ese sentido. El Código Civil trata a la violencia y la intimidación conjuntamente en los artículos 214, 216 y 218 (en este de forma conjunta con el error y dolo). Nosotros preferimos tratar

independientemente la violencia y la intimidación. Nuestra razón quedará clara al final del abordaje de ambas.

La violencia, que antes se consideraba únicamente como violencia física (golpear, herir, matar) ahora agravia no sólo la integridad física de las personas, sino también la psicológica, y moral o espiritual: esos son los tres derechos que sobre la integridad ha establecido la Constitución en su artículo 2, inciso 1.

Por lo tanto, la violencia psicológica que consiste en violentar la integridad de la psiquis de una persona y la violencia moral que consiste en violentar su concepción de sí misma como ser humano, ambas, son equivalentes a la violencia física, aquella que describimos antes y que afecta a la integridad física de la persona. De hecho, las tres pueden confluír, lo que, desde luego, agravará el vicio cometido.

El artículo 214 del Código Civil dice, entonces, que la violencia «[es causa] de anulación del acto jurídico, aunque hay[a] sido emplead[a] por un tercero que no intervenga en él».

En este caso no interesa que el tercero haya estado de acuerdo con la contraparte de quien la sufre: basta que haya habido violencia en relación específica a la declaración de voluntad para que esta haya sido viciada.

#### 4.4. La intimidación

La intimidación está descrita en el artículo 215 del Código Civil:

**Artículo 215.-** Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

La intimidación no es propiamente el ejercicio de la fuerza sobre la integridad moral, psicológica o espiritual de una persona, sino el inspirar sobre la víctima de la intimidación un «fundado temor de sufrir un mal inminente y grave». Por ahora nos detenemos aquí. Luego veremos sobre quiénes o sobre qué recaería el mal.

En la intimidación se hace sufrir un temor. Se trata de una amenaza y no del ejercicio de la fuerza en sí misma. Desde luego, una amenaza siempre

turba a la víctima en mayor o menor grado según muchas variables. En este sentido, es una presión psicológica que puede dañar su psiquis, pero no es en sentido estricto una afectación de su *integridad psicológica*, la cual equivale al fraccionamiento o descomposición de dicha integridad. Esto puede ocurrir en agresiones prolongadas a lo largo del tiempo merced a las cuales el funcionamiento psicológico se desnaturaliza. El temor es una agresión, pero no contra la integridad propiamente dicha. En esto se diferencia la violencia de la intimidación.

El temor no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser fundado en razones de peso: no puede ser sólo una emoción pasajera de miedo. El mal debe tener gravedad e inminencia. No puede ser leve o lejano en el tiempo.

El mal que se avecina no puede ser sobre cualquiera o sobre cualquier cosa. La enumeración está en el mismo artículo 215 del Código Civil:

- Sobre la persona amenazada
- Sobre el cónyuge de la persona amenazada
- Sobre los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad
- Sobre los bienes de unos u otros de los enumerados
- Sobre las personas o bienes de otros no enumerados que puedan tener relevancia para la persona amenazada. Las hipótesis aquí son, en la práctica, infinitas. Sin embargo, en estos casos, el Código Civil dice que el juez decidirá si anula o no el acto jurídico «según las circunstancias». Esto significa que deberá evaluar la manera en la que la intimidación afecta al declarante de voluntad y motivar debidamente su decisión.

Finalmente, en esta descripción general de la intimidación, hay que revisar el artículo 217 del Código Civil:

**Artículo 217.-** La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.

Si yo amenazo a alguien con denunciarlo por un delito que cometió en contra mía, estoy haciendo un ejercicio regular de un derecho que, desde luego, intimida a la otra persona. Pero no es una intimidación, sino un ejercicio plenamente jurídico. Lo mismo sucede si amenazo a alguien con

recurrir a la Policía para que se me asegure un derecho que tengo, porque estoy protegiéndome con recurso a la fuerza pública, la cual, precisamente, está para proteger a todo aquel que lo necesite. Estos, y muchísimos otros, son ejercicios regulares de un derecho que pueden intimidar a otro sin que se incurra en vicio de la voluntad cuando ese otro, por la amenaza, realiza una declaración de voluntad que favorece a mi derecho afectado.

El Código Civil dice que tampoco es intimidación el *temor reverencial*. Este es el temor que causa una persona a la cual se le tiene especial respeto o consideración y, por lo tanto, se prefiere no contradecir. En esos casos, el temor es subjetivo: no está producido por el actuar de la persona a la que se reverencia y, por lo tanto, se halla dentro de la propia persona que se siente intimidada. Por lo tanto, tampoco hay relación de agravio entre el reverenciado y el intimidado. En consecuencia, no hay una causa jurídica de anulación del acto por vicio de la voluntad.

#### **4.5. Regla común para la calificación de la violencia e intimidación**

Así como violencia e intimidación tienen las diferencias que hemos señalado, también tienen semejanzas pues ambas pretenden forzar una declaración de voluntad a través del agravio que infligen al agraviado. Es por ello que el artículo 216 del Código Civil establece ciertos criterios que el juez deberá tomar en cuenta para calificar la incidencia de la violencia o intimidación en quien las soporta. Estos criterios son los siguientes:

- La edad, suponiendo que los muy jóvenes o los muy viejos pueden ser más violentados o intimidados por quienes están en una edad madura, pero con más capacidades de producir daño.
- El sexo. Los autores del Código Civil supusieron que hay una diferencia en el nivel de incidencia de la violencia o intimidación en función de si es ejercida o soportada por un varón o mujer. Estas diferencias se discuten hoy en día, sobre todo, si la violencia e intimidación pueden ser no sólo de poder físico-material.
- La condición de la persona es un criterio general de su situación personal, social, cultural, económica, política, de salud, espiritual, etc. Será necesario revisar estas variables y otras más que el juez crea que debe aplicar para determinar cuánto podría influir en quebrar su voluntad la violencia o intimidación. Estos elementos de juicio pueden ser objetivos, pero debe tratar de medirse cuánto impactan

en la subjetividad de la persona en las circunstancias que aquí tratamos. Por eso, el análisis de estas variables para determinar la anulabilidad del acto jurídico debe ser hecho para cada caso particular.

#### **4.6. Regla común para el error, dolo, violencia e intimidación**

Finalmente, el artículo 218 del Código Civil señala lo siguiente:

**Artículo 218.-** Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

El Código Civil establece la invalidez de cualquier renuncia anticipada a ejercitar la acción jurisdiccional de anulación del acto jurídico que se funde en error, dolo, violencia o intimidación. Es una norma de orden público que no admite excepciones. Si alguien firmó un pacto renunciando a la acción de anulación por algún supuesto de vicio de la voluntad, la interpone luego y la otra parte presenta el señalado pacto al juez pidiéndole que no lleve adelante el proceso, el juez no deberá hacerle caso y deberá dar curso al proceso hasta la decisión final.

Evidentemente, esta norma protege a ambas partes de abusos contra sus derechos en la medida de que un pacto de no recurrir a las causales de vicios de voluntad para anular el acto favorece, en abstracto, indistintamente a cada una de las dos partes.

### **5. La nulidad y anulabilidad del acto jurídico**

Conviene en esta parte revisar primero las causales de la nulidad y anulabilidad y, después, tratar la naturaleza de cada una de ellas. De esta manera se comprenderán mejor sus similitudes y diferencias.

El artículo 219 del Código Civil establece las causales de nulidad del acto jurídico:

**Artículo 219.-** El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- [Inciso derogado].
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.

- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.
- 8.- En el caso del artículo V del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

El inciso 1 se refiere al caso en el que quien declaró la voluntad es un incapaz absoluto o, simplemente, no declaró voluntad. Tiene que ver el encabezamiento del artículo 140 del Código Civil porque la definición del acto jurídico es la de ser una declaración de voluntad. Si no la hay, no puede haber acto jurídico por su misma definición. No tiene como contrapartida al inciso 1 del artículo 140 porque este contiene una norma técnicamente mal enunciada como ya dijimos antes.

El inciso 3 del artículo 219 corresponde al inciso 2 del artículo 140, el cual exige un objeto física y jurídicamente posible, requisito ya desarrollado anteriormente. En este tercer inciso se añade que el acto jurídico es nulo cuando su objeto sea *indeterminable*. Puede ser, por ejemplo, un caso en el que se haya dicho que se pagará en soles, pero no se indique cuántos. También puede ocurrir que, siendo un objeto que tiene clasificaciones, lo que se diga en la declaración de voluntad no permita saber a cuál de las clases es la referencia.

El inciso 4 del artículo 219 guarda correlación con el inciso tercero del artículo 140 del Código Civil que exige fin lícito.

El inciso 5 del artículo 219 se refiere a la simulación absoluta, tema que es demasiado especializado para los objetivos de este curso y, por ello, no lo tomamos en cuenta.

El inciso 6 del artículo 219 se refiere al inciso 4 del artículo 140 del Código Civil que exige observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Finalmente, los incisos 7 y 8 ratifican la nulidad que declara el artículo V del título preliminar del Código Civil y las otras declaraciones de nulidad que las leyes establezcan expresamente, lo que no es más que un esfuerzo de concordancia de todas estas disposiciones de nulidad.

Como puede verse, la nulidad tiene que ver con los requisitos del acto jurídico establecidos en la definición y en los incisos del artículo 140 del Código Civil, así como con las otras declaraciones de nulidad que expresamente hayan establecido las leyes.

La anulabilidad se halla establecida en el artículo 221 del Código Civil que dice lo siguiente:

**Artículo 221.-** El acto jurídico es anulable:

- 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declara anulable.

La comprensión de estos incisos no presenta mayor problema porque el primero trata sobre la capacidad de ejercicio restringida que ya hemos estudiado; el segundo, de los vicios de la voluntad que también ya hemos explicado en las páginas anteriores; y el cuarto inciso se refiere a los casos en los que la ley declare un acto anulable. El tercer inciso se refiere a la simulación relativa, tema que no estudiamos en este curso.

Los dos primeros incisos tratan de una voluntad no inexistente, sino insuficiente o impropriamente emitida. El cuarto busca, nuevamente, coherencia con las demás leyes que establezcan anulabilidades. En la anulabilidad hay defectos distintos de la declaración de voluntad, pero no hay *ausencia* de la misma, o de los otros requisitos esenciales, como ocurre en el caso de la nulidad.

De manera que, a modo de síntesis, podemos decir que la *nulidad* se produce cuando faltan elementos esenciales del acto jurídico en tanto que la *anulabilidad* ocurre cuando hay una expresión de voluntad con insuficiencias o defectos.

Toca ahora diferenciar aún más la *nulidad* de la *anulabilidad*. Aparte de las distintas causales que acabamos de repasar, hay otros dos aspectos diferenciales: uno de ellos es lo que se denomina *legitimación activa para*

*accionar*, la cual está referida a quiénes pueden demandar la nulidad o anulabilidad del acto; y el otro es la posibilidad o imposibilidad de confirmar el acto jurídico.

### **5.1. Sobre la legitimación activa en la nulidad y anulabilidad del acto jurídico**

El artículo 220 del Código Civil regula la legitimación activa en la nulidad del acto jurídico. Establece lo siguiente:

1. La nulidad puede ser alegada por quienes tengan interés, es decir, por quien pasa por haber declarado sin que tal cosa haya ocurrido y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. También por todos aquellos que tengan un interés económico legítimo en que el acto sea declarado nulo. Una disposición que nos coloca precisamente en esta perspectiva es el ya estudiado artículo VI del título preliminar del Código Civil en la parte que dice que «[p]ara ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral».
2. Puede demandarla el Ministerio Público. Esto equivale a decir que la nulidad, a pesar de referirse a un hecho privado, tiene interés público por la seriedad del caso.
3. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. *De oficio* quiere decir que, sin que nadie se lo pida, el juez puede declarar por su propia decisión la nulidad que le aparezca manifiestamente dentro de un proceso bajo su competencia. También es una norma que contiene un interés público manifiesto desde que el juez, representante del poder del Estado en la jurisdicción, es autorizado de la manera que hemos visto.

En lo que respecta a la anulabilidad, el artículo 222 del Código Civil señala lo siguiente en su segundo párrafo: «Esta nulidad [la anulabilidad] se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley». El texto del mandato es muy claro como para necesitar explicación. El interés privado y la ausencia del interés público en la anulación también son evidentes desde que sólo puede pedirse por las partes directamente interesadas. Si ninguna de ellas decide pedir la anulación, el acto sigue vigente.

La diferente regulación de la legitimación activa para interponer la acción respectiva, con sus componentes de interés público y privado, es una de las diferencias entre la nulidad y anulabilidad.

## 5.2. La posibilidad de confirmación

Dice el último párrafo del artículo 220 del Código Civil que el acto nulo «[n]o puede subsanarse por la confirmación».

En cambio, el artículo 230 del Código Civil, que describe el acto de confirmación, señala que «el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo».

Como se ve, en la propia descripción de la confirmación se hace referencia a que ella procede para el acto anulable.

Entonces, el acto anulable puede confirmarse, es decir, mantener su valor, para lo que hay que seguir las normas establecidas en el artículo 230 del Código Civil. En cambio, el acto nulo no puede ser confirmado. Esto último ocurre porque carece de uno o más de sus requisitos esenciales.

Finalmente, hay que referirse al primer párrafo del artículo 222 del Código Civil que señala lo siguiente: «El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare».

Pareciera que, al final *nulidad* y *anulabilidad* son lo mismo, pero esto no es así: sus efectos son los mismos, pero, en el derecho, también son muy importantes los siguientes dos elementos:

- Quién puede accionar ante los tribunales y en eso hay una significativa diferencia entre ambas.
- La posibilidad o imposibilidad de confirmación y aquí hay también una diferencia total.

Para concluir, es importante notar que existe una cadena conceptual ininterrumpida que comienza en la capacidad, la capacidad restringida y la incapacidad absoluta de ejercicio, que tienen que ver con las normas sobre persona y sobre familia, para llegar luego a la declaración de voluntad que

constituye el acto jurídico y culminar en la nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos cuando ello corresponde.

Profesionalmente, quien encuentra algún detalle importante en relación a la capacidad de la persona tiene que figurarse qué significa ella en los actos jurídicos que realice esa persona y, consiguientemente, en la posibilidad de que ellos puedan ser declarados nulos o anulables. Esa cadena conceptual no debe cortarse nunca.

Por ello, a su turno, quien detecta un problema de declaración de voluntad en un acto jurídico tiene que regresar a la capacidad, capacidad restringida e incapacidad absoluta de ejercicio y proyectarse luego a la nulidad y anulabilidad.

Evidentemente quien es enfrentado a una nulidad o anulabilidad tiene que regresar al acto jurídico y a la capacidad.

Sólo así se hace un trabajo profesional adecuado en esta materia. Haremos ejercicios para desarrollar estas capacidades.



### **Módulo de trabajo 11**

(<https://forms.gle/LiVrZPjUENGvJuH6A>)

## CAPÍTULO VII EL DERECHO DE FAMILIA

En este capítulo vamos a abordar los temas que corresponde estudiar en el curso de Derecho de Familia porque aportan una visión general del derecho privado existente dentro del Código Civil. En el curso señalado se estudiará extensa y detalladamente la materia.

### 1. El concepto jurídico de *familia*

El concepto jurídico de *familia* está en el artículo 4 de la Constitución:

**Artículo 4.-** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Al igual que el matrimonio, la familia es considerada un *instituto natural*. Esto quiere decir que la familia se constituye en base a los lazos de parentesco consanguíneo (que son los lazos naturales) e, indirectamente, a través de los lazos naturales y del matrimonio, por los lazos de parentesco por afinidad<sup>138</sup>. De esta manera, nuestra familia serán nuestros parientes consanguíneos y afines.

---

138 Pronto veremos, en este mismo manual, que los parientes consanguíneos son los que provienen de un ancestro común, por línea recta (padre, abuelo, etc.) o colateral (prima, tía, y así sucesivamente). El parentesco por afinidad de un cónyuge con los parientes del otro es el que corresponde a este otro por consanguinidad. También veremos que, en el derecho, el parentesco por consanguinidad colateral produce efectos hasta el cuarto grado; y el de por afinidad, hasta el segundo.

Los lazos de consanguinidad y afinidad permitirán establecer relaciones personales de cercanía entre los parientes. De esa forma, la familia se conforma por personas cercanas entre sí que se reconocen como un grupo unido.

Existen ámbitos sociales en los que la familia está conformada por un grupo extenso de personas, con lazos de parentesco mayores a los del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad colateral que considera la ley. En otros ámbitos, prima lo que se denomina *familia nuclear*: madre, padre e hijos, además de abuelos cuando aún viven. En todo esto no existe un patrón fijo y determinado.

En relación a la familia, el derecho regula principalmente sus vínculos de parentesco consanguíneo y por afinidad, los deberes y derechos jurídicos que se comparten dentro de ella y la regulación de los bienes económicos que le pertenecen.

El derecho también regula el matrimonio como institución que puede conformar a la familia y el «hogar de hecho», el cual, según la Constitución, se constituye de la siguiente manera:

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

El artículo 326 del Código Civil completa la regulación del hogar de hecho:

**Artículo 326.-** La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. // [...] Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

Como se puede apreciar, el hogar de hecho está concebido por la Constitución como una institución que tiene, esencialmente, aspectos de naturaleza económica y patrimonial. No establece, jurídicamente hablando, vínculos de naturaleza distinta: se trata de una situación de hecho, creada por la

pareja, que se mantiene mientras ellos así lo decidan. Las reglas económicas y patrimoniales tienen la finalidad central de que ambos puedan tener una seguridad mínima de que los bienes que adquieran durante esa convivencia pertenecen a ambos. Hablando más en general, toda la legislación de familia trata con mucho detenimiento los aspectos económicos de las relaciones familiares.

## 2. El matrimonio y sus efectos jurídicos

El matrimonio, que, como vimos en el artículo 4 de la Constitución, también es considerado un instituto natural, tiene una regulación bastante detallada en el Código Civil. La norma central es el artículo 234:

**Artículo 234.-** El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Se trata del matrimonio sujeto a las disposiciones del Código Civil y es, por lo tanto, el matrimonio civil. Hay también otros matrimonios de costumbres ancestrales o de naturaleza religiosa, pero el derecho del Estado peruano reconoce como matrimonio sólo al civil.

Dentro del matrimonio, cada miembro tiene la situación jurídica de *cónyuge*: son, así, *el cónyuge* y *la cónyuge*. Las denominaciones usuales de *marido* y *mujer* también suelen utilizarse en el derecho, como lo demuestra el principio del segundo párrafo del transcrito artículo 234.

Se trata de un matrimonio entre varón y mujer, celebrado de común acuerdo, para hacer vida en común con igualdad de autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades, según manda la parte final del artículo 234 citado.

Esta igualdad se detalla algo más en el artículo 290 del Código Civil:

**Artículo 290.-** Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.

La igualdad establecida entre los cónyuges está estrechamente vinculada a las reglas constitucionales de igualdad ante la ley establecidas en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, que prohíben toda discriminación, en especial, la que se realiza por razones de diferencia de sexo. Por eso, el artículo 291 del Código Civil manda lo siguiente:

**Artículo 291.-** Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo [...].

Al mismo tiempo, el matrimonio genera un parentesco, denominado *por afinidad*, entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro cónyuge del que hablaremos más adelante.

### 3. El régimen patrimonial del matrimonio

Un tema importante en el matrimonio es el régimen de bienes que se establece entre los cónyuges. Tiene un extenso tratamiento entre los artículos 295 y 331 del Código Civil. Veremos en este capítulo sus aspectos más importantes.

El régimen patrimonial del matrimonio puede ser de dos tipos:

- El *régimen de separación de patrimonios* en el cual cada uno de los cónyuges mantiene bienes propios y no se establecen bienes sociales (que son bienes comunes) entre ellos. Este régimen está previsto en el artículo 295 del Código Civil.
- El *régimen de sociedad de gananciales* en el que se combinan la existencia de bienes propios de cada uno de ellos y de bienes sociales (propios de ambos), que pertenecen a la sociedad. Este régimen está descrito en el artículo 301 del Código Civil.

Son los cónyuges quienes eligen libremente uno u otro régimen. También pueden cambiar de régimen cuando lo estimen conveniente. Para establecer el régimen de separación de patrimonios se debe hacer una escritura pública e inscribirla en el registro personal de cada uno. Lo propio se debe hacer para cambiar hacia el régimen de sociedad de gananciales. Si al casarse no han hecho escritura de separación de bienes, se presume que han optado por el régimen de sociedad de gananciales. Todo esto puede verse en los artículos 295-300 del Código Civil.

El régimen de separación de patrimonios y sus detalles se establecerán en la escritura pública que los futuros cónyuges, o los ya casados, decidan hacer. Sin embargo, hay normas de cumplimiento obligatorio dentro del Código Civil (artículos 327-331) que, por su particularidad, no abordaremos en este curso.

La sociedad de gananciales, en cambio, está detalladamente regulada en el Código Civil y sus normas son de cumplimiento obligatorio. Si los novios se casan y no han hecho elección del régimen de separación de patrimonios de la manera como dijimos inmediatamente antes, se presume que aceptan regular sus bienes por las reglas de la sociedad de gananciales, cuyas normas están entre los artículos 301 y 326 del Código Civil.

Los *bienes propios* son los establecidos en el artículo 302 del Código Civil, que los enumera con cierto detalle, el cual no se revisará con profundidad en este curso. Los más relevantes de entre los bienes propios dentro de la sociedad de gananciales son los que cada cónyuge tenía antes de contraer matrimonio y los que adquiera durante el matrimonio, pero cuya causa de adquisición haya sido previa a él. También sus objetos de uso personal y los que le sean regalados (adquiridos a título gratuito), o herede. También serán propios los bienes que sustituyan a otros bienes previos propios, como, por ejemplo, si un cónyuge vende la casa propia que tenía y, con ese dinero, compra otra casa.

Cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de sus bienes propios (artículo 303 del Código Civil), aunque también puede autorizar que los administre su cónyuge (artículo 306).

Además de los bienes propios, están los *bienes sociales* que son de propiedad común de los cónyuges dentro de la sociedad de gananciales. Para saber cuáles son los bienes sociales, hay dos reglas básicas (aunque no son las únicas):

- Todos los que no sean bienes propios de los cónyuges son sociales. El artículo 310 del Código Civil se refiere a ellos. Sólo transcribimos el primer párrafo del artículo porque el segundo no es relevante para este curso:

**Artículo 310.-** Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

Como se puede apreciar, además de ser sociales todos los bienes que no sean propios, también son sociales los bienes adquiridos con el trabajo de cada uno de ellos: por ejemplo, las remuneraciones o utilidades que provengan de su trabajo y, además, los frutos y productos de los bienes propios. Como ejemplo de esto último, tenemos que, si una casa es un bien propio y está alquilada, el pago del inquilino es bien común.

- Todos los bienes se presumen sociales, salvo que uno de los cónyuges pruebe que son propios de él (artículo 311, inciso 1, del Código Civil).

La sociedad de gananciales está hecha para que, en ella, como regla general, predominen los bienes sociales sobre los bienes propios.

Los bienes sociales de la sociedad conyugal son administrados y dispuestos<sup>139</sup> por ambos cónyuges, pero uno de ellos puede autorizar que los administre el otro (artículos 313 y 315 del Código Civil).

El régimen de la sociedad de gananciales termina según se establece en el artículo 318 del Código Civil:

**Artículo 318.-** Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

- 1.- Por invalidación del matrimonio.
- 2.- Por separación de cuerpos.
- 3.- Por divorcio.
- 4.- Por declaración de ausencia.
- 5.- Por muerte de uno de los cónyuges.
- 6.- Por cambio de régimen patrimonial.

Al fenecer la sociedad de gananciales se hace un inventario valorizado de todos los bienes (artículo 320), se pagan las deudas y se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaren (artículo 322). Los bienes que subsistan al final de estas operaciones se denominan *bienes gananciales* y se reparten por mitades entre ambos cónyuges (artículo 323). Si la sociedad

---

<sup>139</sup> *Dispuestos* quiere decir transferidos o dados a terceros de diversas formas.

de gananciales se extinguió por muerte de uno de los cónyuges, los bienes gananciales y los propios del fallecido forman parte de su herencia.

#### 4. El parentesco consanguíneo y por afinidad

El *parentesco consanguíneo* está regulado en el artículo 236 del Código Civil:

**Artículo 236.-** El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

El rasgo definitorio del parentesco consanguíneo es que los parientes entre sí descienden de un tronco común, es decir, de una pareja de ancestros (o de uno de ellos cuando menos<sup>140</sup>).

Miremos primero el *parentesco consanguíneo en línea recta*. Es el de las personas que descienden una de otra de manera directa. Entonces, yo desciendo de mi padre y de mi madre, y estos de mis abuelos. Entre mi padre y yo hay sólo una generación. También entre él y mi abuela o abuelo (igual en el caso de mi madre). Entonces, entre mis abuelos (que, naturalmente, son cuatro) y yo, hay dos generaciones. Mi madre y padre tienen parentesco en primer grado conmigo. Mis abuelas y mis abuelos tienen, cada uno, parentesco de segundo grado conmigo.

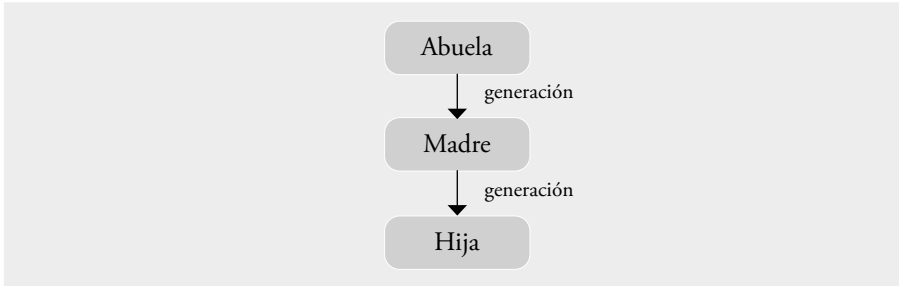
Consecuentemente, diremos que mi madre y yo tenemos un parentesco consanguíneo en línea recta de primer grado:

- *Consanguíneo* porque descendemos de un tronco común.
- *En línea recta* porque yo desciendo directamente de ella.
- *De primer grado* porque sólo hay una generación entre ella y yo.

---

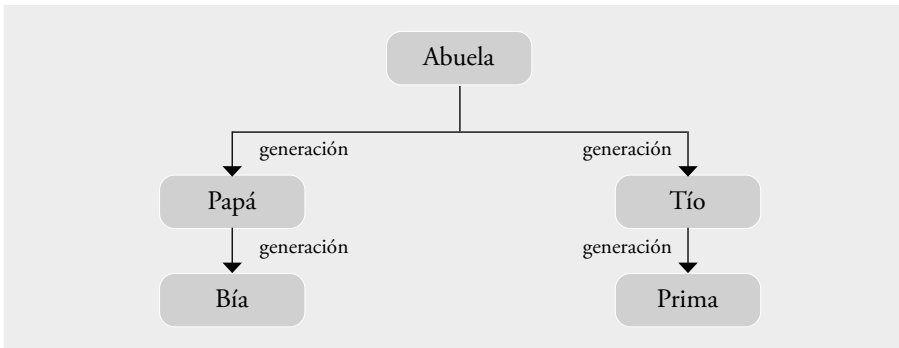
<sup>140</sup> Siempre se necesitarán genéticamente dos ancestros para que alguien haya nacido, pero puede ser que uno de ellos no sea conocido por muy diversas razones que no se tratarán aquí.

Mi parentesco con cualquiera de mis abuelas o abuelos será consanguíneo, en línea recta y de segundo grado. Esto último porque entre una abuela o abuelo y su nieto, hay dos generaciones; de abuela a padre, una; y, de padre a hijo, otra. Esto se grafica así:



Miremos ahora el *parentesco consanguíneo colateral*. Este, como todo parentesco consanguíneo, se produce entre personas que descienden de un tronco común pero que no descienden unas de otras. Es el caso, por ejemplo, de los hermanos<sup>141</sup>, tíos y primos hermanos.

El artículo 236 del Código Civil dice que el parentesco colateral se establece «subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro». Vamos a graficarlo tal como le ocurre a Bía:



Veamos cuál es el grado de parentesco entre Bía y su prima: subimos desde Bía hasta la abuela, que es el tronco común con su prima. Hemos

---

<sup>141</sup> Por la cercanía de los hermanos, vale la pena aclarar que descienden de un tronco común, sus progenitores, pero no descienden unos de otros.

recorrido dos generaciones. Luego bajamos hasta la prima y son otras dos generaciones. Entonces, Bía y su prima tienen un parentesco consanguíneo colateral de cuarto grado:

- *Consanguíneo* porque descienden de un tronco común: la abuela.
- *Colateral* porque no descienden una de otra.
- *De cuarto grado* porque entre ellas hay cuatro generaciones.

Ya se entenderá, después de esta explicación, que los hermanos son parientes consanguíneos colaterales en segundo grado: una generación hasta el progenitor (o los progenitores) y otra generación hasta cada uno(a) de los(as) hermanos(as).

El parentesco consanguíneo en línea recta no tiene límite establecido jurídicamente. Conforme al artículo 236, tercer párrafo, del Código Civil, el parentesco consanguíneo colateral tiene efectos sólo hasta el cuarto grado.

Ahora veamos el parentesco por afinidad que produce el matrimonio conforme al artículo 237 del Código Civil:

**Artículo 237.-** El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

De esta manera, mi suegro y yo tenemos un parentesco por afinidad de línea recta en primer grado, que corresponde al parentesco consanguíneo que tiene mi cónyuge con él. Los hermanos de mi cónyuge tienen conmigo un parentesco por afinidad colateral en segundo grado, que es el que ellos tienen como consanguíneo con mi cónyuge. Normalmente, el derecho da efectos jurídicos al parentesco por afinidad hasta el segundo grado.

La parte final del artículo 237 del Código Civil establece reglas de finalización del parentesco por afinidad que son fácilmente comprensibles.

## 5. La relación entre padres e hijos

La relación entre madre, padre, hijas e hijos tiene dimensiones emocionales y humanas muy intensas que el derecho reconoce y protege en el plano

constitucional. El artículo 6, tercer párrafo, de la Constitución dice lo siguiente: «Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres».

Asimismo, el derecho debe establecer normas que garanticen a los hijos sostenimiento y desarrollo en los diversos aspectos de la vida. Las normas generales sobre ello, además de constar en la parte del citado artículo 6 de la Constitución, están contenidas en el artículo 235 del Código Civil:

**Artículo 235.-** Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

Se establecen las obligaciones de ambos padres de sostener, proteger, educar y formar a sus *hijos menores*. Esta última expresión no es muy técnica porque no se refiere ni a una edad determinada, ni a una condición de capacidad de ejercicio determinada. Sería más adecuado que el Código Civil estableciera que estos deberes deben ser cumplidos «hasta que los hijos alcancen la edad de dieciocho años» o «hasta que los hijos adquieran la plena capacidad de ejercicio».

Como bien sabemos, la plena capacidad de ejercicio puede obtenerse a los dieciséis años si el menor se casa, o a los catorce años si es padre<sup>142</sup>. Como el Código Civil dice «hijos menores», no se sabe si estos deberes de los padres deben seguirse cumpliendo hasta que sus hijos alcancen los dieciocho años, o si cesan antes si se vuelven plenamente capaces. Este error debe ser corregido.

Sin embargo, es también útil revisar el artículo 424 del Código Civil:

**Artículo 424.-** Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Es bastante obvio que, entre los artículos 235 y 424 del Código Civil, hay una continuidad de contenido y finalidad que vamos a ver a continuación. En ese sentido, es interesante notar que la expresión *hijos menores* del

---

<sup>142</sup> Ver el artículo 42 del Código Civil y el comentario que sobre él desarrollamos en el presente manual.

artículo 235, en el artículo 424 se convierte en *hijos e hijas mayores de dieciocho años*.

También es interesante notar que el artículo 424 excluye del apoyo de los padres a sus descendientes casados.

Nosotros, teniendo en cuenta el artículo 6 de la Constitución, y el vínculo existente entre los artículos 235 y 424, creemos que los hijos deben ser alimentados, educados y asegurados en todos los aspectos de la vida por su padre y madre, cuando menos, hasta los dieciocho años, salvo que hayan contraído matrimonio, caso en el cual ya son independientes por la nueva familia que formaron voluntariamente. Esto, desde luego, en nada impide que los padres apoyen a sus hijos casados.

Consideramos que los deberes de los padres para con los hijos mayores de catorce años que adquieran plena capacidad de ejercicio por la paternidad o maternidad deben ser mantenidos para darles seguridad, tanto a ellos como al descendiente que ahora crían.

La relación jurídica institucionalizada entre padres e hijos se llama *patria potestad* y, por su significado, la tratamos en un apartado especial a continuación.

## 6. La patria potestad

La patria potestad es desarrollada en el Código Civil entre los artículos 418 y 471. Tomaremos de ellos las regulaciones generales más importantes.

La patria potestad establece el deber y derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos (no sólo a uno de ellos) la representación legal del hijo (artículos 418 y 419). Si los padres no están casados, la patria potestad se encarga a uno de ellos de diversas formas. Si el hijo fue reconocido sólo por su madre o padre, quien lo reconoció ejercerá la patria potestad (artículos 420 y 421).

Los deberes y derechos de los padres dentro de la patria potestad están enumerados en el artículo 423:

**Artículo 423.-** Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1.- Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.

- 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- 3.- [Inciso derogado].
- 4.- Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- 5.- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- 6.- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- 7.- Administrar los bienes de sus hijos.
- 8.- Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

El inciso 1 es claro a pesar de su parquedad.

Sobre la educación de los hijos, hay que tener presentes no sólo las reglas civiles sino también las constitucionales establecidas entre los artículos 13 y 17 de la Constitución, los cuales deben ser revisados directamente por los estudiantes porque forman parte de lo que se evalúa en el curso.

Como ya señalamos, la representación de los hijos en los actos de la vida civil la tienen los dos padres conjuntamente. Ellos expresan la voluntad de sus hijos mientras no adquieran la plena capacidad de ejercicio, salvo en las autorizaciones excepcionales que los menores de dieciocho años tienen para actuar por sí mismos.

Sobre los incisos 4, 7 y 8, que tienen que ver de diversa manera con el trabajo y los bienes de los hijos, existen varias normas aplicables que no desarrollaremos.

El artículo 461 establece cómo termina la patria potestad:

**Artículo 461.-** La patria potestad se acaba:

- 1.- Por la muerte de los padres o del hijo.
- 2.- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46.
- 3.- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad

Los incisos 1 y 3 son claros y no necesitan explicación adicional. El inciso 2 establece que, cuando el (la) hijo(a) alcanza la plena capacidad

de ejercicio, termina la patria potestad. Dos comentarios caben al respecto:

- El primero es que, en el artículo 46 se han establecido ciertos supuestos de cese de incapacidad, a partir del nacimiento del hijo, para realizar cualquiera de los actos establecidos en los respectivos siete incisos.
- El segundo comentario tiene que ver, nuevamente, con el tema de si los padres deben sostener a sus hijos hasta los dieciocho años, aunque estos hayan adquirido la plena capacidad de ejercicio a los catorce por tener descendencia. En este sentido, hay que decir que el artículo 235 del Código Civil, que establece la protección de los padres a los hijos, no está entre los que pertenecen a la patria potestad, sino en la regulación general de la familia como conjunto. Desde este punto de vista, no tiene que terminarse como deber al concluir la patria potestad. Es verdad que esta incluye el deber de los padres de sostener a los hijos, pero el origen civil de este deber no está en la patria potestad sino en la familia misma y sus deberes internos. Finalmente, hay que tener en cuenta que el «deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos» es norma contenida en el artículo 6 de la Constitución, por lo que tiene una jerarquía jurídica superior a todo el derecho civil y privado, incluida la patria potestad. Por tanto, es jurídicamente correcto considerar que los padres deban proteger a sus hijos como un deber efectivo hasta los dieciocho años, incluidos los hijos que hayan adquirido la plena capacidad de ejercicio por tener descendencia, salvo que se casen.

## 7. Los alimentos

Existe una parte importante de las reglas del derecho de familia destinadas a lo que se denomina *amparo familiar*. El amparo familiar busca dar apoyo y seguridad dentro de la familia a personas que están en situaciones desventajosas, inseguras o precarias. Parte de tales reglas las vimos a propósito del tema de capacidad e incapacidad de la persona natural y no las repetiremos aquí: la tutela, curatela, apoyos y salvaguardias. Existen otras más que se estudian detalladamente en el curso de Derecho de Familia. Aquí sólo trabajaremos la institución de los *alimentos*, la cual tiene significativa importancia cualitativa y cuantitativa.

El artículo 472 del Código Civil describe en qué consisten los alimentos:

**Artículo 472.-** Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de parto.

Los *alimentos* son un concepto jurídico que involucra la financiación de todos los aspectos importantes de la vida cotidiana de quien está en necesidad y no puede satisfacerla. A él o ella se le denomina *alimentista*. La lista de aspectos a ser financiados por los alimentos según el artículo 472 del Código Civil se explica porque la finalidad de la pensión alimenticia es, precisamente, garantizar el mínimo razonable de vida del alimentista.

Un caso especial es el de la parte final del citado artículo 472, referido al embarazo desde la concepción hasta la etapa de parto porque, generalmente, la madre no estará en condiciones de sustentarse por sí misma, en especial, en los meses previos al parto y en todo el parto. En todo caso, esta previsión se refiere sólo a la parte más urgente del período de gestación y cuidado del niño, pero hay que saber que la madre y el niño podrán tener, por sí mismos cada uno, y para adelante, derecho a alimentos según las reglas normales de esta institución.

El Código Civil establece quiénes son los obligados a prestar alimentos:

**Artículo 475.-** Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

- 1.- Por el cónyuge.
- 2.- Por los descendientes.
- 3.- Por los ascendientes.
- 4.- Por los hermanos.

El artículo establece un orden de prioridad que es jurídicamente exigible para prestar los alimentos. En la enumeración aparecen los obligados y no los beneficiarios; pero, con una rápida deducción, todo se entiende bien.

El inciso 1 se refiere a los cónyuges. Esto quiere decir que el (la) cónyuge requiere alimentos. En tal situación, el primer obligado a prestarlos es el otro cónyuge. Aquí, sin embargo, hay que tomar diversas situaciones:

- Una primera posibilidad es que ese matrimonio tenga el régimen de la separación de patrimonios. En ese contexto, será perfectamente posible que uno de los cónyuges requiera alimentos y el otro pueda prestárselos con sus bienes propios.
- Una segunda posibilidad es que el matrimonio esté regido por la sociedad de gananciales y que los bienes sociales (que son bienes comunes de ambos cónyuges) se hayan agotado. Si uno de los cónyuges tiene bienes propios, entonces, será ese quien deba prestar los alimentos al otro.
- La tercera posibilidad consiste en que el matrimonio esté sujeto a cualquiera de las dos posibilidades de organizar sus bienes (sociedad de gananciales o separación de patrimonios) pero que, en cualquiera de ambas, los cónyuges no tengan bienes disponibles para darse mutuamente alimentos. En este caso, ellos no serán los responsables de prestarlos, sino los que siguen en la lista del artículo 475.

El inciso 2 establece que la segunda prioridad en la obligación de brindar alimentos son los descendientes. El orden ha sido establecido pensando que, en la mayoría de los casos, serán los padres de edad mayor los que necesiten alimentos y, de seguro, es así.

Luego, en tercer lugar, vienen los ascendientes, que están en esta prioridad para ayudar a sus descendientes plenamente capaces (o de capacidad restringida) que necesiten alimentos.

Finalmente, en el cuarto lugar están los hermanos que, probablemente, también llegarán a tener alimentistas en su propio matrimonio o dentro de los parientes consanguíneos de línea recta.

El artículo 476 del Código Civil establece lo siguiente:

**Artículo 476.-** Entre los descendientes y los ascendientes se regula la gradación por el orden en que son llamados a la sucesión legal del alimentista.

Este orden es el que les correspondería para recibir la herencia de quien ahora necesita alimentos (si cambiara la suerte de su fortuna) y se halla establecido en el artículo 817 del Código Civil que, para estos propósitos, señala textualmente lo siguiente: «Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos».

Es decir, el primer obligado sería el cónyuge y luego vienen los descendientes, comenzando por los de primer grado de consanguinidad en línea recta y así sucesivamente hasta que no queden más grados. Entonces empiezan los padres que son primer grado de consanguinidad en línea recta dentro de los ascendientes y así se sube en grados. Cuando no quede nadie que pueda ser ascendiente prestador de alimentos, se recurrirá a los hermanos.

Como según estas reglas puede haber más de un obligado simultáneamente (por ejemplo, dos abuelas o cuatro hermanos), el artículo 477 del Código Civil establece las reglas correspondientes:

**Artículo 477.-** Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda.

La(s) persona(s) que deban prestar los alimentos y el alimentista pueden arreglar directamente cuál será la pensión que se pagará y sus características. Cuando no se pongan de acuerdo, probablemente irán a juicio y el juez decidirá. El artículo 477 se pone en la situación en la que los que deban prestar los alimentos sean varios y no haya acuerdo. El juez determinará cuáles son las posibilidades de cada uno de los obligados y fijará qué proporción de la pensión pagarán individualmente. En caso de urgente necesidad, la parte final del artículo autoriza al juez a obligar a quien tenga mayores recursos a pagar el íntegro de la pensión y a *repetir* (es decir, *cobrar*) a los demás lo que cada uno debería haber pagado.

Las partes podrán ponerse de acuerdo en el monto de la pensión que se deba pagar al alimentista pero, si llegan a juicio, el juez determinará la pensión de acuerdo al artículo 481 del Código Civil.

**Artículo 481.-** Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor.

El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente.

El juez tiene que hacer una ponderación entre la cantidad que pueden pagar los obligados y las necesidades del alimentista. Los ingresos de los primeros son un elemento fundamental para esta determinación. Al mismo tiempo, la pensión debe alcanzar para que el alimentista satisfaga, aunque sea frugalmente, sus principales necesidades. Por eso, de antemano, nunca podrá determinarse cuál es el monto de la pensión a pagar en un caso determinado.

El segundo párrafo del artículo establece que, si alguno de los obligados a pagar los alimentos cuida al alimentista cotidianamente, el trabajo que realiza para ello debe ser valorizado en dinero y ser considerado su aporte en todo o en parte según la proporción de la pensión que le toque pagar. Es un reconocimiento justo al trabajo que realiza.

En adición a estas normas, entre los artículos 472 y 487 del Código Civil, existen varias normas más que regulan los detalles de la prestación de alimentos y pueden ser consultados por los estudiantes del curso si así lo consideran pertinente. No son de consulta obligatoria.

Un tema final que no es civil sino penal, referido a la prisión por deuda impaga de la pensión alimenticia, debe ser recordado. El artículo 2, inciso 24, literal *b*, de la Constitución señala lo siguiente:

**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: // [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: // [...] c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

El juicio de alimentos está regulado entre los artículos 560 y 572 del Código Procesal Civil. De entre estos, el artículo 566-A establece lo siguiente:

**Artículo 566-A.-** Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que proceda con arreglo a sus atribuciones.

Esto quiere decir que el Ministerio Público, de considerar que se está incumpliendo el pago de la pensión de alimentos, denunciará al deudor moroso de ella, el cual podrá ser privado de su libertad por tal razón, tal como lo autoriza el artículo constitucional citado anteriormente. El aspecto penal no es competencia de este curso, pero no se puede dejar de tener en cuenta.

El artículo 487 del Código Civil, finalmente, manda lo siguiente:

**Artículo 487.-** El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.

La frase «[e]l derecho de pedir alimentos es intrasmisible» quiere decir que el alimentista no puede transferir a nadie la atribución de pedir los alimentos a quienes deben prestarlos, pues están establecidos en función de su propia persona (*intuitu personae* se suele decir utilizando el latín). Lo que sí puede ocurrir, por ejemplo, y sucede muchísimo por la cultura machista imperante entre nosotros, es que el padre abandone a su descendencia cuando es de poca edad y la madre demande alimentos para sus hijos (y, eventualmente, para ella si tiene derecho) porque representa a los hijos. Pero actuar en representación de los hijos absolutamente incapaces es representarlos y no un actuar de la madre en nombre propio.

La frase «[e]l derecho de pedir alimentos es [...] irrenunciable» quiere decir que el alimentista no puede renunciar a ellos. Inclusive, podría firmar un documento en el que diga que hace tal renuncia, pero esta no vale jurídicamente. Desde luego, puede no pedir alimentos a pesar de necesitarlos, porque eso depende de su libertad, pero, si los pide, nadie puede objetar tal decisión por ninguna razón.

La frase «[e]l derecho de pedir alimentos es [...] intransigible» quiere decir que el alimentista no puede hacer ninguna transacción a cambio de sus alimentos: no puede aceptar un regalo, grande o chico, ni ninguna otra cosa que no sean los alimentos tal como los ha establecido el Código Civil. Y, si aceptó transigir sobre ellos en algún momento y luego pide los alimentos, se le deberán pagar: la transacción será inválida para el derecho.

La frase «[e]l derecho de pedir alimentos es [...] incompensable» quiere decir que los alimentos se deben pagar al alimentista y que el obligado a pagarlos no puede pedir compensación de ese pago contra ninguna otra prestación. Por ejemplo, si el alimentista le debe dinero, el obligado a prestar los alimentos no puede decirle que parte de la pensión será no cobrarle lo que le debe hasta que se extinga la deuda. Si el alimentista le debe mil soles al obligado y este debe pagar una pensión de alimentos de cien soles mensuales, no puede decirle al alimentista que las primeras diez cuotas de la pensión de alimentos consistirán en descontar cien soles de la deuda existente hasta que

se termine y que, recién luego, empezará a pagar efectivamente los cien soles de pensión.

Los alimentos tienen estas cuatro características porque son una institución de derecho público dentro del Código Civil: son como los establece el legislador y, demandados ante un juez, ninguna voluntad privada puede modificar sus reglas.



**Módulo de trabajo 12**

(<https://forms.gle/JGWxTbH6R5LSwxJg8>)



## CAPÍTULO VIII EL DERECHO DE SUCESIONES

Cuando el ser humano fallece, su patrimonio (conformado por sus bienes, derechos y obligaciones), se transfiere a sus herederos. El derecho de sucesiones recoge un conjunto de conceptos que son importantes y que veremos brevemente.

<i>Causante</i>	Es la persona que fallece y cuyos bienes pasan a sus herederos.
<i>Herederos</i>	Son las personas que reciben los bienes del causante en propiedad y como masa hereditaria total, aunque sean varios y entre ellos tengan que dividirla. También se les dice <i>sucesores</i> . Como veremos luego, los herederos pueden ser <i>forzosos, legales y voluntarios</i> . De estos, el heredero forzoso es establecido por la ley como alguien que, en aplicación de la regla general, no puede dejar de ser heredero.
<i>Legatario</i>	Es una persona que recibe del causante uno o unos bienes determinados, pero no la totalidad de la herencia. Por ejemplo, el causante le deja una casa, o una pensión vitalicia contra los bienes de la herencia.
<i>Testamento</i>	Es la última voluntad de quien, en vida, decide cómo se distribuirán sus bienes.
<i>Patrimonio hereditario</i>	Es el conjunto de derechos y obligaciones que conforman los bienes de la herencia. Se hereda el patrimonio, son ambos componentes. También se los denomina <i>herencia o bienes de la herencia</i> .

### 1. La transmisión de los bienes de la herencia

El artículo 660 del Código Civil dice lo siguiente:

**Artículo 660.**- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

Este es un mandato jurídico que se cumple desde el punto de vista del derecho y tiene consecuencias prácticas, por ejemplo, en materia de cumplimiento de pagos que debía hacer el causante, o de cumplimiento de obligaciones tributarias, entre muchas otras. En la realidad, los bienes llegan a manos de los herederos en mayor o menor tiempo, pero *no desde el momento de la muerte de una persona*.

Si el causante tenía cónyuge y bienes sociales, entonces, primero hay que tramitar la disolución de la sociedad conyugal (como se describió previamente). De esa forma, quedará establecido cuáles eran los bienes propios de cada cónyuge, cuáles bienes gananciales terminan perteneciendo al cónyuge sobreviviente y cuáles otros bienes son asignados a la herencia del fallecido. Aquí también quedan liquidadas las deudas que pudo tener el causante.

Hecho esto, quedan trámites de herencia que hacer y, entre los muchos que pueden ser necesarios, dos son los más importantes: (i) la declaratoria de herederos, la cual es un documento formal (notarial o judicial) que establece quiénes son los herederos del causante; y, luego, (ii) una división y partición de herencia, que también puede ser notarial o judicial, documento en el cual, a los herederos declarados, se les asignan los bienes que les tocan según la distribución que se haga de ellos. La forma notarial ocurrirá cuando los herederos estén de acuerdo. Cuando disputen la herencia, la decisión final quedará en manos del juez ante el que los herederos se presenten a litigar.

El documento de división y partición de herencia servirá para las inscripciones de dominio (titularidad de propiedad u otros derechos) que haya que hacer en los diversos registros públicos a favor de los herederos y, con ello, en principio, los herederos se convertirán en nuevos propietarios de los bienes. Se habrá cumplido plenamente con el mandato del transcrito artículo 660 del Código Civil.

El artículo 661 establece las normas relativas a la asunción de las deudas y cargas de la herencia:

**Artículo 661.**- El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

El (los) heredero(s) no tiene(n) que asumir con su propio dinero las deudas de la herencia recibida, salvo que, naturalmente, así lo desee(n) por alguna razón de principio que no corresponde tratar aquí. En cuanto se terminan los bienes de la herencia para pagar las deudas, no habrá más pagos a los acreedores del causante. La parte final del citado artículo 661 establece ciertas reglas de probanza sobre el exceso del valor de las obligaciones del patrimonio hereditario en relación a sus activos, las que, desde el punto de vista de nuestro curso, no tienen interés especial.

## 2. La indignidad del heredero

Los herederos, o legatarios, pueden ser excluidos de la sucesión de un causante según lo establece el artículo 667 del Código Civil:

**Artículo 667.-** Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.
2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.
3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de libertad.
4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.
5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.
6. Los que hubieran sido sancionados con sentencia firme en un proceso de violencia familiar en agravio del causante.
7. Es indigno de suceder al hijo, el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a sus posibilidades económicas, aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad, si estuviera imposibilitado de procurarse sus propios recursos económicos. También es indigno de suceder al causante el pariente con vocación hereditaria o el cónyuge que no le haya prestado asistencia y alimentos cuando por ley estuviera obligado a hacerlo y se hubiera planteado como tal en la vía judicial.

El inciso 1 es claro en lo que se refiere al tipo de delito que haya cometido el indigno. Se trata de un homicidio doloso en el que haya participado, sea que lo haya consumado o que, habiéndolo intentado, no haya podido conseguir matar a la otra persona por razones ajenas a su voluntad (eso es la tentativa).

La parte final establece que, si el Estado aplica al indigno el indulto o la prescripción de la pena, no desaparece la causal de indignidad: estas dos instituciones tienen que ver con la relación entre el agresor y la sociedad, pero no con aquella entre el agresor y su causante. La amnistía, es decir, el *olvido del delito*, no es especificado por el inciso en cuestión. En tal caso, esta causal de indignidad desaparecerá por mandato de la ley de amnistía que debe darse por el Congreso para que esta exista (ver el artículo 102, inciso 5, de la Constitución).

El inciso 2 se refiere a cualquier otro delito doloso. Podrían haberse juntado los incisos 1 y 2, pero, generalmente, el indulto se da por delitos graves y no por cualquier delito y eso, es posible, explique que sean dos incisos en vez de sólo uno.

La denuncia calumniosa es una hecha ante autoridad competente (en este caso, sería ante el Ministerio Público) en base a mentiras.

Los incisos 4 y 5 se entienden claramente con lo conocido en los capítulos anteriores del curso. También es claro el inciso 6.

El inciso 7 considera como causales de indignidad el no haber prestado la asistencia debida a quien será el causante cuando debió hacerlo según las siguientes circunstancias:

- El padre que no reconoció al hijo durante la minoría de edad.
- El padre que, habiéndolo reconocido o siendo su padre de cualquier otro modo (por ser marido de su madre, por haber sentencia judicial que lo declare padre, etc.), no le prestó alimentos o asistencia cuando debió hacerlo (dentro de la etapa de la patria potestad o si, en edad mayor, cuando le debió alimentos).
- El cónyuge o pariente que, debiendo haberle prestado alimentos según la ley (o proceso judicial), no lo hizo.

La indignidad se aplica también a los herederos forzosos conforme al artículo 669 del Código Civil.

Quien será heredado, mientras viva, puede perdonar la indignidad. También podrá hacerlo vía testamento.

El artículo 670 del Código Civil, establece que la indignidad es personal, es decir, *intuitu personae*. Por lo tanto, la herencia que le correspondería pasa a sus descendientes, quienes lo heredan por representación<sup>143</sup>.

### 3. La aceptación y renuncia de la herencia

La herencia puede aceptarse expresamente y también puede renunciarse. Para hacerlo hay que tener libre disposición de bienes según el artículo 674 del Código Civil. La libre disposición de bienes la tienen los plenamente capaces de ejercicio. Sin embargo, hay que notar que, según el artículo 304 del Código Civil, dentro del régimen de la sociedad de gananciales, «[n]inguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro».

La aceptación expresa de la herencia debe constar en documento escrito, el cual puede tener diversas formalidades, privadas (escrito por el propio aceptante) o públicas (por ejemplo, escritura pública). También hay aceptación tácita de la herencia si el heredero se comporta como tal: entra en posesión de la herencia, la administra, usa los bienes, etc., conductas que lleven a concluir que su voluntad es heredar.

También hay una presunción de aceptación de la herencia una vez transcurrido un plazo diverso en función del lugar en el que reside el heredero:

**Artículo 673.-** La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.

Existen diversas normas sobre la forma de renunciar y sus efectos, que corresponden a un estudio detallado de la figura y que nosotros no abordaremos. La aceptación y renuncia de la herencia está legislada en detalle en los artículos 672-680 del Código Civil.

---

143 Ver, luego, la figura de la *representación sucesoria*.

#### 4. La representación sucesoria

La *representación sucesoria* supone los siguientes hechos:

- Un heredero que no hereda porque falleció, renunció a su herencia, fue declarado indigno o fue desheredado.
- Tiene descendientes.
- Existe una herencia en la que aquel heredero fallecido debería heredar.

Entonces, los descendientes, heredan la cuota que corresponde a su ascendiente. Las posibilidades de hecho son muchas. Veamos el ejemplo más sencillo. El causante tuvo tres hijos y deja cónyuge en vida. Entonces sus herederos son cuatro (desde luego, después de liquidarse la sociedad conyugal). Esto se halla mandado en el artículo 681 del Código Civil.

En principio, cada uno de los herederos recibiría el 25 % de la herencia, pero uno de sus hijos murió y dejó dos hijos. Entonces, los hijos de este heredero fallecido entran en la herencia de su abuelo en representación de su padre, es decir, por el 25 % que le correspondía. Cada uno hereda proporcionalmente, es decir, 12.5 % de la herencia total. Este es el significado del artículo 684 del Código Civil: «Quienes concurren a la herencia por representación sucesoria, reciben por estirpes lo que habría correspondido al heredero a quien representan». Aquí, *estirpe* se refiere al conjunto de hijos que representan al padre. Si hubiera dos hijos del causante muertos, y dos grupos de nietos representando a sus dos padres muertos, entonces, habría dos estirpes, y así sucesivamente.

#### 5. La sucesión testamentaria

La *sucesión testamentaria* es aquella en la cual el causante dejó testamento. Tiene un tratamiento extenso porque son varias las formas que el testamento puede asumir. Además, hay que garantizar que lo que el testamento diga sea lo que quien lo hizo quería porque, por definición, cuando el testamento tenga que ser utilizado, el testador estará ya muerto y no podrá explicar su última voluntad. Nosotros en este curso, trabajaremos sobre el concepto esencial de *sucesión testamentaria*. Los detalles de su tratamiento pertenecen al curso especializado de Derecho de Sucesiones.

El artículo 686 del Código Civil contiene los rasgos esenciales de la sucesión testamentaria:

**Artículo 686.-** Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

El testamento puede ser hecho disponiendo de la totalidad de los bienes que conformarán la herencia, o de una parte de ellos. Podrán beneficiar sólo a algunas personas o a todas aquellas que finalmente hereden. El testador puede decir qué bienes serán heredados por quiénes, o puede establecer proporciones de distribución de su herencia. Como dice el artículo 686, con su testamento, el testador *ordena* su sucesión.

El testador puede disponer de sus bienes hasta los máximos que establezca la ley y esto se debe a que, ciertos herederos, son *forzosos*, es decir, heredarán de todas maneras a su causante. En breve trataremos de este tema.

El testamento, que es la última voluntad del testador, puede también contener disposiciones de carácter no patrimonial e, inclusive, puede consistir sólo en disposiciones de este tipo, sin mencionar lo patrimonial. Así, podrá pedir a sus herederos forzosos que se entregue determinados recuerdos suyos a terceras personas, que mantengan ciertos bienes que el testador quiera que se conserven en buen estado, que se hagan ceremonias religiosas en su nombre y por su alma, que se publiquen sus obras escritas, musicales o de otro tipo. En fin, la lista es imposible de resumir, pero estos ejemplos pueden dar una idea de las disposiciones de carácter no patrimonial que pueden existir en un testamento al lado de las patrimoniales, o que pueden ser su único contenido.

No todos podemos hacer testamento. Hubo varias prohibiciones pero han quedado dos que están contenidas en el artículo 687 del Código Civil:

**Artículo 687.-** No pueden otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
- 2.- Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9.

Para comprender específicamente quiénes conforman estos dos grupos de personas que no pueden hacer testamento, hay que revisar la sección sobre capacidad e incapacidad de este manual.

Dos dispositivos más son importantes. El primero es el artículo 689 del Código Civil, el cual establece que las modalidades de los actos jurídicos (condición, plazo y cargo o modo) se aplican a los testamentos. También señala que se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley. Se toma esta decisión en vez de exigir nulidades porque se prefiere que la última voluntad del testador se preserve y se ejecute.

El otro dispositivo importante es el artículo 690 del Código Civil que manda lo siguiente:

**Artículo 690.**- Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Es un dispositivo claro que no necesita mayor comentario.

### 5.1. La legítima y la porción disponible

El tema de la legítima y la porción disponible es parte de la sucesión testamentaria e impone al testador unos límites en la libre disposición de sus bienes.

Lo primero que hay que saber es que, en el sistema sucesorio peruano, hay *herederos forzosos*. Son ellos los que siempre heredarán al causante por derecho propio si están vivos a su muerte, salvo indignidad o desheredación, y no pueden ser despojados de ese derecho, ni siquiera mediante testamento.

La enumeración de los herederos forzosos es taxativa, esto es, no puede ser ampliada fuera del marco que establece el Código Civil. La disposición está en el artículo 724:

**Artículo 724.**- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

La enumeración es clara y no necesita comentarios salvo recordar que los descendientes y ascendientes son los parientes consanguíneos en línea recta del causante. La parte final del artículo establece que, si existe un cónyuge sobreviviente del causante, es el (la) heredero(a). Si no lo hay (el texto del

artículo es disyuntivo con la conjunción *o*), entonces, hereda el integrante sobreviviente de la unión de hecho (a la que se refieren los artículos 5 de la Constitución y 326 del Código Civil).

En los artículos siguientes al que acabamos de citar, se establecen las reglas sobre la legítima y la porción disponible. Los resumimos y comentamos brevemente a continuación:

- El artículo 725 del Código Civil dice que «[e]l que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes». El supuesto de este artículo tiene tres posibilidades: la primera es que el causante, a su muerte, tenga hijos u otros descendientes; la segunda es que no tenga descendientes, pero sí cónyuge sobreviviente; y, finalmente, la tercera es que tenga ambos (descendientes y cónyuge sobreviviente). En este caso, la conjunción *o* hay que entenderla como conjuntiva disyuntiva, es decir, con el anglicismo *y/o*. En estos supuestos, el causante puede disponer de un tercio de sus bienes según su voluntad: en estos casos, esa proporción es lo que se llama *porción disponible*. Los otros dos tercios constituyen la *legítima* que corresponde a los herederos forzosos que existen.
- El artículo 726 del Código Civil establece que «[e]l que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes». El adverbio *sólo* anuncia que, en este supuesto, no hay descendientes ni cónyuge. La porción disponible es la mitad y la otra es la legítima de los ascendientes.

El artículo 727 del Código Civil dice lo siguiente: «El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes». Sólo los parientes indicados en los artículos 725 y 726 del Código Civil son herederos forzosos. Por lo tanto, no son herederos forzosos ni los parientes consanguíneos en línea colateral, ni los parientes por afinidad del causante. En el supuesto del artículo 727, por lo tanto, no hay *legítima* y la libre disposición es del total de los bienes del causante.

¿Cómo se distribuyen la legítima los herederos forzosos cuando hay más de uno? El artículo 729 del Código Civil dice lo siguiente: «La legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su

conurrencia, participación o exclusión». Para mantener el orden expositivo, explicaremos las reglas de la sucesión intestada más adelante. De allí haremos la remisión a esta parte para tener una imagen completa de cómo se aplican esas reglas generales. Lo que sí es importante añadir en este punto es que la legítima la reciben los herederos forzosos sin ninguna limitación ni restricción: es su derecho y el testador no puede limitarla en modo alguno ni ponerle condiciones, plazos o cargos. Esto lo dice claramente el artículo 733 del Código Civil.

El testador tiene libre disposición sobre su porción disponible, lo que significa que la puede asignar a quien su voluntad desee, incluida la posibilidad de asignarla a uno o más herederos forzosos, los cuales, de esta manera, recibirán herencia por más que su legítima. Esto quiere decir que el testador puede beneficiar a unos herederos forzosos sobre otros con su porción disponible con entera libertad.

El artículo 730 del Código Civil dice algo que ya sabemos: la legítima del cónyuge es diferente de sus bienes gananciales. Por tanto, como ya hemos señalado, al morir uno de los cónyuges y ser sobreviviente el otro, primero hay que liquidar la sociedad de gananciales y atribuir los bienes gananciales a cada cónyuge. La herencia del causante versará sobre los bienes gananciales que le tocaron más los que eran sus bienes propios.

## **5.2. La institución de los herederos o legatarios**

El testador, con su porción disponible, puede instituir herederos voluntarios y legatarios. La diferencia está en lo que heredarán:

- El heredero voluntario heredará el patrimonio total que le deje el testador, no uno o unos pocos bienes individuales. El testamento deberá decir algo muy parecido a esto: «Instituyo a fulano de tal como heredero universal de mis bienes en la porción disponible». Si no hay herederos forzosos, lo instituirá en toda la herencia (ver los artículos 735 y 737 del Código Civil). También puede instituir dos herederos voluntarios e irán por mitades y así sucesivamente (ver el artículo 737 del Código Civil). Los herederos voluntarios también podrán heredar si hay herederos forzosos, pero, en este caso, aquellos sólo heredarán de la porción disponible. Lo importante es que el heredero (forzoso o voluntario) hereda sobre la totalidad de los bienes. El heredero también puede ser una persona jurídica. Por ejemplo, José de la Riva Agüero instituyó como heredera universal

de sus bienes a la hoy Pontificia Universidad Católica del Perú, entonces la Universidad Católica de Lima. Ver el artículo 735 del Código Civil.

- El legatario hereda un *legado* y este es un bien individualizado del total de la herencia: una casa, joya, automóvil, vajilla, etc. En fin, el legatario no es heredero *universal* sino de bienes individualizados. El artículo que establece estas características del legado es el 756 del Código Civil:

**Artículo 756.-** El testador puede disponer como acto de liberalidad y a título de legado, de uno o más de sus bienes, o de una parte de ellos, dentro de su facultad de libre disposición.

Al hacer un legado, el testador dirá algo como esto: «Lego [también puede decir “dejo” o similares], a mi querido amigo fulano de tal, mi biblioteca con todos sus libros» (ver el artículo 738 del Código Civil).

El artículo 734 del Código Civil dice lo siguiente: «La institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el artículo 763, y ser hecha sólo en testamento».

Si se trata de una persona tendrá que ser identificada con su nombre lo más completo posible para evitar homonimias. Si fuera con su DNI, sería ideal. Si se trata de una persona jurídica, su nombre y, si es posible, su partida registral. Si ustedes mañana tienen un cliente que haga un testamento, háganlo como se dice aquí.

La excepción del artículo 763 es la siguiente:

**Artículo 763.-** Son válidos los legados hechos en favor de los pobres o para fines culturales o religiosos, que serán entregados por el heredero a quienes indique el testador. A falta de indicación los primeros serán entregados a la Beneficencia Pública; los segundos al Instituto Nacional de Cultura o a los organismos que hagan sus veces en uno u otro caso; y los terceros, a la autoridad competente de la religión que profesaba el testador.

El legado será para los pobres o fines culturales o religiosos del caso, que se pueden expresar así en el testamento, sin dar nombres precisos de beneficiarios. Sin embargo, de la manera indicada antes, se deberá identificar a la persona natural o jurídica que los reciba. Si no se puede identificar a quien

debía recibir esos legados, entonces, los destinatarios serán la Beneficencia Pública y hoy, en vez del Instituto Nacional de Cultura, el Ministerio de Cultura. También llegará a la autoridad de la religión profesada por el testador, según el caso.

### 5.3. La desheredación

La desheredación consiste en que el testador prive a un heredero forzoso de su derecho a la legítima. Lo establece el artículo 742 del Código Civil.

Las causales de desheredación son taxativas: no pueden ser sino las expresadas en la ley. Están divididas en tres grupos distintos de herederos forzosos.

El primer grupo son los descendientes y las reglas están en el artículo 744:

**Artículo 744.-** Son causales de desheredación de los descendientes:

- 1.- Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge, si éste es también ascendiente del ofensor.
- 2.- Haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
- 3.- Haberle privado de su libertad injustificadamente.
- 4.- Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

Estas causales son claras, pero requieren algunos comentarios. El primer inciso se pone en el caso en el que el heredero haya agraviado, de la forma prevista, a su progenitor, que es el testador, o a su otro progenitor, que es el cónyuge del testador. Si el otro cónyuge no es progenitor del heredero, los agravios que este le haya dirigido no son causal de desheredación.

El inciso cuarto contiene una causal que es un *standard* jurídico, es decir, una norma hecha en base a conceptos generales sujetos siempre a interpretación, como son la vida deshonrosa o inmoral. El testador expresará su razón en el testamento y, si el desheredado entabla juicio, serán los jueces quienes finalmente determinen si existieron o no la vida deshonrosa o inmoral. Eventualmente, la decisión final podrá ser tomada como precedente jurisprudencial para futuros casos.

Las causales de desheredación de los ascendientes están en el artículo 745:

**Artículo 745.-** Son causales de desheredación de los ascendientes:

- 1.- Haber negado injustificadamente los alimentos a sus descendientes.
- 2.- Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causas por las que se pierde la patria potestad o haber sido privado de ella.

En este caso, el testador es el descendiente, y deshereda a sus padres, abuelos, etc. según el caso por las dos causales que no necesitan mayor explicación. Las causales de pérdida de la patria potestad están en el artículo 462 del Código Civil, y las de privación de ella, en el 463.

La desheredación del cónyuge, dice el artículo 746 del Código Civil, ocurre por las causales previstas en el artículo 333, incs. 1-6 del Código Civil, que están originalmente referidas a la separación de cuerpos dentro del matrimonio:

**Artículo 333.-** Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común [...].

Estas causales son claras en sí mismas. En muchos casos, son también estándares que tendrán que ser aplicados por el testador y evaluados finalmente por los jueces, como ya dijimos antes.

Finalmente, puede haber desheredación por estas causales aquí indicadas, pero, también, en virtud de las que corresponden a la indignidad, contenidas en el ya estudiado artículo 667 del Código Civil.

Según el artículo 754 del Código Civil, la desheredación puede ser revocada y no puede ser renovada sino por hechos posteriores que constituyan causales de nueva desheredación.

Finalmente, el artículo 755 del Código Civil establece que los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a dicho desheredado si no hubiera sido excluido de la herencia.

## 6. La sucesión intestada

La sucesión intestada es aquella que no se rige por un testamento del causante y esto puede ocurrir por varias razones de detalle que se hallan consignadas en el artículo 815 del Código Civil. Nosotros no tomaremos en consideración las diversas circunstancias previstas en este dispositivo. Asumimos, simplemente, que no hay testamento y que existe una herencia que debe ser distribuida entre quienes tienen derecho a ella, los cuales son los llamados *herederos legales*. El citado artículo 815 del Código Civil dice, entre otras cosas, que «[ ] la herencia corresponde a los herederos legales cuando: // El causante muere sin dejar testamento [...]».

Los herederos legales, así como la forma en que heredan, se halla establecida en los artículos 816 y 817 del Código Civil que citamos y luego comentamos:

**Artículo 816.-** Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo.

El artículo 816 del Código Civil establece lo que se denomina órdenes sucesorios, es decir, el orden de preferencia en que los herederos legales acceden a la herencia. Estos órdenes son los siguientes:

- El primer orden tiene la primera preferencia. Está conformado por los hijos y demás descendientes, más el cónyuge o sobreviviente que hizo pareja con el causante en una unión de hecho. Para llegar a esta conclusión hay que leer en concordancia los párrafos primero y segundo del artículo. Si hay hijos o descendientes, este orden excluye a los que vienen inmediatamente después.
- El segundo orden tiene la segunda preferencia cuando no existen descendientes del causante. Está conformado por los padres y demás ascendientes, y el cónyuge o sobreviviente que hizo pareja con el causante en una unión de hecho.

- El tercer orden tiene la tercera preferencia cuando no existen ni descendientes ni ascendientes del causante y está conformado por el cónyuge o, en su caso, por el sobreviviente que hizo pareja con el causante en una unión de hecho.
- El cuarto orden tiene la cuarta preferencia cuando no es posible conformar los tres órdenes anteriores y está conformado por los parientes del segundo grado de consanguinidad colateral, que son los(as) hermanas(os) del causante.
- El quinto orden tendrá la quinta preferencia. Está conformado por los parientes colaterales del tercer grado de consanguinidad que son los tíos, hermanos de los padres y los sobrinos, hijos de los hermanos del causante.
- El sexto orden tendrá la sexta preferencia. Está conformado por los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad que son los primos hermanos, tíos abuelos y sobrinos nietos, nietos de los hermanos del causante.

Para evitar confusiones, es preciso hacer aquí una pequeña aclaración. Si se compara la lista de los *herederos legales*, que vemos en la sucesión intestada, con la lista de los *herederos forzosos*, que vimos en el artículo 724 del Código Civil, notaremos que hay una superposición entre ambas: todos los herederos forzosos son herederos legales, pero los herederos legales de los órdenes cuarto, quinto y sexto no son herederos forzosos. Esto se debe a que el concepto de *herederos forzosos* sirve únicamente para la participación en la legítima, que es una institución hereditaria propia de la sucesión testamentaria. Aquí, cuando hablamos de los herederos legales, estamos en la sucesión intestada.

La legítima existe como un límite a la libre disposición testamentaria. Por eso, en ella sólo participan los herederos forzosos. Se supone que el testador, al hacer el testamento, utilizará buena parte o toda su porción disponible.

En cambio, en la sucesión intestada, cabe la posibilidad de que, por diversas razones, no haya herederos forzosos y la herencia no pertenezca finalmente a ningún pariente del causante (lo que se llama *herencia vacante* y a la que nos referimos en el séptimo acápite de este capítulo). En ese caso, los autores del Código Civil añaden a los herederos legales de los órdenes cuarto,

quinto y sexto para que la herencia sea distribuida entre los parientes más lejanos del causante. Si esto no es posible, entonces recién la herencia será tratada como vacante.

Luego de enumerar los órdenes sucesorios, el Código Civil dicta ciertas reglas adicionales. La primera es el artículo 817:

**Artículo 817.-** Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación.

No es difícil entender el mandato de este dispositivo:

- Si hay parientes en la línea recta descendente, no heredan los parientes de la línea recta ascendente. En este caso, los hijos excluyen a los nietos y así sucesivamente, salvo que haya representación (los nietos hijos del hijo del causante muerto heredan por estirpe con sus tíos sobrevivientes, ocupando el lugar de su progenitor).
- En la línea ascendente, los padres del causante excluyen a los abuelos y así sucesivamente.
- El cónyuge, o pareja permanente del hogar de hecho, no es nunca excluido y excluye a los órdenes cuarto, quinto y sexto (ver el artículo 825 del Código Civil).
- Luego, el cuarto orden excluye al quinto y sexto, y el quinto excluye al sexto (según el artículo 828 del Código Civil).

Cuando el cónyuge concurre con los hijos u otros descendientes, hereda una parte igual a la de un hijo (artículo 822 del Código Civil). Es decir, si un cónyuge (o pareja del hogar de hecho del causante) concurre con dos hijos, heredan un tercio cada uno; si concurre con un hijo, una mitad cada uno. (No hay que olvidar que, antes de determinar cuál es la herencia de un causante que deja cónyuge sobreviviente, primero se ha disuelto la sociedad de gananciales que hubo y se distribuyeron por mitades los bienes gananciales respectivos. Según esto, de la masa original de bienes que había en el matrimonio, la mitad de los bienes gananciales, así como sus bienes propios, fueron a manos del cónyuge sobreviviente y, en la herencia del causante, están considerados los que fueron sus bienes propios y sus gananciales).

Si el cónyuge (o pareja del hogar de hecho del causante) concurre con los abuelos u otros ascendientes, hereda una parte igual a la de cada abuelo que exista: si hay tres abuelos vivos, cada uno de ellos y el cónyuge heredarán un cuarto del total cada uno.

Hay que recordar que, según el párrafo final del artículo 6 de la Constitución, «[t]odos los hijos tienen iguales derechos y deberes». Consiguientemente, los hijos tienen iguales derechos sucesorios, alcance expresado con detalle, y de manera algo compleja, en el artículo 818 del Código Civil:

**Artículo 818.**- Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos.

Los mandatos de este artículo comprenden, en los derechos sucesorios iguales frente a sus padres, a los siguientes hijos:

- A los hijos matrimoniales
- A los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre, madre o de ambos si es que los dos los reconocieron. También tienen derecho a las herencias de los parientes del padre o madre que los hubiesen reconocido según el orden sucesorio que les toque frente a tales parientes de sus progenitores.
- A los hijos adoptivos que, de acuerdo al artículo 377 del Código Civil, sólo adquieren la calidad de hijos de quienes los adopten, parentesco que no se extiende a los parientes del adoptante.

Sin embargo, si en una herencia concurren hermanos de padre y madre con medios hermanos (hijos sólo del padre o madre), los hermanos de padre y madre recibirán el doble que los que sólo son hijos de padre o madre. Así manda el artículo 829 del Código Civil, norma que bien puede ser considerada inconstitucional frente al artículo 6 de la Constitución. No conocemos procesos constitucionales en los que se haya sido discutido esta cuestión.

Finalmente, debemos recordar que, según el artículo 729 del Código Civil, citado anteriormente a propósito de la legítima y porción disponible,

«[I]a legítima de cada uno de los herederos forzosos es una cuota igual a la que les corresponde en la sucesión intestada, cuyas disposiciones rigen, asimismo, su concurrencia, participación o exclusión».

Las reglas de la sucesión intestada que hemos estudiado en este apartado son las que corresponden a la entrega de la legítima a los herederos forzosos.

## 7. La herencia vacante

La herencia vacante existe cuando, por las razones que fuere, no existen herederos ni forzosos, ni legales, ni voluntarios que puedan recibir la herencia. Para esta hipótesis existe el artículo 830 del Código Civil:

**Artículo 830.**- A falta de sucesores testamentarios o legales el juez o notario que conoce del proceso o trámite de sucesión intestada, adjudicará los bienes que integran la masa hereditaria, a la Sociedad de Beneficencia o a falta de ésta, a la Junta de Participación Social del lugar del último domicilio del causante en el país o a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana si estuvo domiciliado en el extranjero.

Es obligación de la entidad adjudicataria pagar las deudas del causante si las hubiera, hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.

Corresponde al gestor del proceso o trámite de sucesión intestada, el diez por ciento del valor neto de los bienes adjudicados, el mismo que será abonado por la entidad respectiva, con el producto de la venta de dichos bienes u otros, mediante la adjudicación de alguno de ellos.



### Módulo de trabajo 13

(<https://forms.gle/UAHidquvh7HaKCd6A>)

## CAPÍTULO IX LOS DERECHOS REALES

Los derechos reales se llaman así porque vienen de la palabra *res* que, en latín, quiere decir *cosa*. De esta manera, los derechos reales son *derechos sobre las cosas*.

Los derechos reales establecidos en el Código Civil son ocho: cuatro denominados *principales* y cuatro de garantía. Los principales son la posesión, propiedad, usufructo y servidumbre (de cosas, no de personas). Los de garantía son la prenda (ahora regulada por una ley distinta al Código Civil<sup>144</sup>), hipoteca, anticresis y derecho de retención. Aunque la teoría clásica ha dicho que estos son los ocho derechos, modernamente, el derecho de uso y habitación (artículos 1026-1029) y, principalmente, el derecho de superficie (artículos 1030-1034), han tomado creciente importancia.

En este punto trataremos de tres temas: (i) las clases de bienes, (ii) la propiedad y (iii) la posesión.

### 1. Las clases de bienes

Los bienes se clasifican según tres variables distintas y cada variable genera dos tipos de bienes:

- La variable de movilidad clasifica los bienes (con ciertas excepciones que explicaremos) en *bienes muebles* y *bienes inmuebles*.
- La variable de unión inseparable o separable de un bien a otro bien, los clasifica en *integrantes* y *accesorios*.

---

<sup>144</sup> Específicamente, la Ley 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, publicada el 1 de marzo del 2006.

- La variable de la naturaleza que tienen los bienes producidos a partir de otros bienes, los clasifica en *frutos* y *productos*.

### 1.1. Bienes muebles e inmuebles

La diferencia que se establece entre los bienes muebles y los inmuebles, en general y admitiendo excepciones, es su posible movilidad: los muebles se trasladan de un sitio a otro (por ejemplo, ganado animal) en tanto que los inmuebles son inamovibles (por ejemplo, una casa). Esta diferencia tenía más importancia en el pasado que ahora porque, si los bienes se podían trasladar de un lado a otro, era difícil identificarlos y saber a quién pertenecía la propiedad. En cambio, si permanecían en el mismo sitio, la identificación era segura a partir de parámetros geográficos. Además, la forma de transferir su propiedad fue, y es, también distinta: los bienes que se mueven se *entregan* para que un comprador se los lleve. Los bienes inmuebles quedan en su sitio, no se *llevan* a ninguna parte y tampoco *se pueden entregar* en el sentido literal de la expresión.

Esta clasificación entre bienes muebles e inmuebles, que hasta hace pocos siglos era como la hemos descrito, ha sido influida por el progreso humano y el desarrollo de nuevos bienes en por lo menos dos sentidos.

En primer lugar, hoy existen bienes muebles que, aunque se transporten, son fácilmente identificables, como, por ejemplo, los barcos y, consecuentemente, pueden ser tratados como inmuebles: tienen identificaciones como, por ejemplo, números de producción y son inscritos en registros públicos de tal forma que su movilidad no impide que sean debidamente ubicados en los distintos lugares en que se encuentren.

En segundo lugar, son bienes valiosos: un barco de mediano tamaño tiene el valor de varios edificios de departamentos. Entonces, algunos bienes que se mueven son clasificados como inmuebles por su valor, posibilidad de registro y conveniencia de considerarlos como tales. Otros, como una locomotora, por ejemplo, tienen las mismas características que los barcos, pero son considerados muebles. Ahora, la clasificación de bienes en muebles o inmuebles, no siempre tiene que ver con que los bienes se muevan o no.

Hecha esta breve explicación inicial veamos primero los bienes inmuebles, que se hallan enumerados en el artículo 885 del Código Civil:

**Artículo 885.-** Son inmuebles:

- 1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
- 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales
- 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
- 4.- Las naves y embarcaciones.
- 5.- Los diques y muelles.
- 7.- Las concesiones para explotar servicios públicos.
- 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
- 10.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
- 11.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.

De estos bienes, los estrictamente inmuebles son los de los incisos 1, 2 y 3 (el inciso 2 menciona aguas que pueden ser movibles, pero sus surcos son inmuebles, aunque puedan variar en algún momento). El inciso 4 enumera bienes que se mueven; el 5 contiene bienes que pueden moverse o no según su diseño; y los incisos del 7 al 10 tratan de bienes que no son *físicos*, sino inmateriales pero valiosos en el derecho y también, naturalmente, desde el punto de vista económico.

El artículo 886 establece cuáles se consideran bienes muebles<sup>145</sup>:

**Artículo 886.-** Son muebles:

- 1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase.
- 2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
- 3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
- 4.- Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.

---

145 Existe el Decreto Legislativo 1400, *Decreto legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria*, el cual se refiere, como su nombre lo indica, a las garantías establecidas sobre bienes muebles. El artículo 4 de este dispositivo hace una enumeración de veinte incisos con bienes muebles. No es contradictorio con el artículo 886, pero es más específico. Esta nota de pie de página es solo una referencia informativa pues el Decreto Legislativo 1400 no forma parte de nuestro trabajo en este curso.

- 5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.
- 6.- Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual.
- 7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase.
- 8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.
- 9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.
- 10.- Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.

De estos incisos, el 1, 3, 4 y 9 son bienes físicos y muebles. El inciso 2 trata de las fuerzas naturales susceptibles de apropiación como la electricidad o la que producen los combustibles que también se pueden transportar. Otras fuerzas de la naturaleza consideradas fundamentales no pertenecen a las susceptibles de apropiación: gravitatoria, electromagnética, nuclear fuerte y nuclear débil. En el inciso 5 están los títulos valores que, por su definición, *contienen un derecho*, como, por ejemplo, un cheque bancario y, por lo tanto, son en sí mismos bienes muebles. Los instrumentos en los que conste la adquisición de créditos y derechos personales no son en sí mismos bienes muebles, sino documentos de prueba de las adquisiciones y, sólo en este sentido, tienen valor. Los incisos 6, 7 y 8 se refieren a bienes inmateriales que, sin embargo, tienen valor jurídico.

Cada vez que tratemos la diferencia de muebles e inmuebles a propósito de la propiedad y la posesión, nos estaremos refiriendo a esta clasificación.

## **1.2. Partes integrantes y accesorios**

El derecho diferencia partes integrantes y accesorios con la finalidad de saber si mantienen su individualidad como bienes o si, por el contrario, la pierden en relación a otro bien al que se denomina *bien principal*. Esto tiene importancia jurídica y económica porque las partes integrantes no se pueden transferir por sí mismas, separadas del bien principal, en tanto que los accesorios sí. El ejemplo de una parte integrante es la *tarjeta madre* de una computadora (que es un bien individual al que se conectan todos los demás instrumentos de la computadora de manera tal que, sin la tarjeta madre, la computadora no es tal: no puede computar, es decir, procesar información). En cambio, el disco duro conectado por USB, es un accesorio que se puede

retirar sin que la computadora deje de serlo (aunque, desde luego, tendrá menos capacidad de memoria).

El artículo 887 trata de las partes integrantes:

**Artículo 887.-** Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien.

Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

Por su parte, el artículo 888 se ocupa de los accesorios:

**Artículo 888.-** Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien.

La afectación sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares.

El aprovechamiento pasajero de un bien para la finalidad económica de otro no le otorga la calidad de accesorio.

La separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime su calidad.

El primer párrafo define a los bienes accesorios en la forma en que hemos adelantado ya: el bien principal no se ve afectado en su propia estructura por el retiro del accesorio. El segundo párrafo autoriza sólo al propietario a afectar el bien accesorio (*afectar* en este caso quiere decir *asignar*). El tercer párrafo indica que los accesorios pueden ser materia de derechos singulares (como regalados o vendidos, trasladando la propiedad) porque no están indisolublemente unidos al bien principal. Los dos últimos párrafos tratan de la separación o aprovechamiento pasajero del bien accesorio y dicen que nada de ello altera su condición. Es el caso, por ejemplo, si desconecto mi disco duro USB de una computadora de mi casa y lo llevo a la oficina, o si lo llevo a arreglar.

Finalmente, el artículo 889 señala lo siguiente:

**Artículo 889.-** Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.

Es decir, aunque las partes integrantes y accesorios sean muebles, si su bien principal es inmueble, mientras tengan la condición de partes integrantes o accesorios, también serán inmuebles. Ello a menos que la ley o el contrato permitan, legítimamente, lo contrario.

### 1.3. Frutos y productos

Los frutos y productos son distintos bienes que se obtienen de otros bienes. Ocuparse de ellos es importante en el derecho porque no siempre podrá ser claro de quién son. Por ejemplo, un campesino presta una vaca a otro campesino y, durante el préstamo, la vaca queda preñada y da a luz un ternero ¿De quién es? O yo hago un cuadro con pinturas y tela de otra persona: ¿cómo es la propiedad del cuadro? Son temas que, tal vez, no ocurrirán muy a menudo pero que deben tener respuesta jurídica.

Los frutos están descritos en el artículo 890:

**Artículo 890.-** Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia.

El artículo 891 establece las especies de frutos:

**Artículo 891.-** Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Los frutos naturales típicos son los vegetales y animales, en los cuales la planta o el animal madre no disminuye su sustancia al producir el fruto y, en su generación, no interviene el ser humano. Naturalmente, en la producción económica de frutos naturales la participación humana existe y los puede mejorar, hacerlos crecer en número, pero el ser humano no puede generar por sí mismo el fruto. Según el artículo 892, los frutos naturales pertenecen al propietario del bien que los produce, salvo que otro haya previamente adquirido el derecho a ellos.

Los frutos industriales son los que produce el bien por la intervención humana, pero siempre sin que se altere ni disminuya la sustancia del bien. Un buen ejemplo es el camión de transporte que permite un ingreso a su dueño al trasladar mercaderías, sin que el camión mismo sufra transformaciones por producir tal fruto más allá del desgaste razonable y paulatino.

También la generación de energía hidroeléctrica es un fruto que no altera ni disminuye la sustancia de aquello que la produce. El artículo 892 dice que los frutos industriales pertenecen al productor, salvo que otro haya previamente adquirido el derecho a ellos.

Los frutos civiles, dice el artículo 891, son los que provienen de una relación jurídica en cuya producción el bien que los genera no se altera ni disminuye. Es el caso de las rentas de alquileres de casas, por ejemplo. Según el artículo 892 los frutos civiles pertenecen al titular del derecho sobre la casa dada en alquiler salvo, nuevamente, que alguien haya adquirido previamente los derechos.

Los productos están descritos en el artículo 894:

**Artículo 894.-** Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien.

El producto es la transformación material del bien a partir del cual dicho producto se genera. Es el caso de la lana que se transforma en tela, de la fruta que se transforma en mermelada, del acero que se transforma en tractor: el insumo industrial desaparece y queda inmerso dentro del nuevo producto.

La propiedad sobre los productos se rige por las reglas que acabamos de señalar conforme al artículo 895 del Código Civil: «Las disposiciones sobre frutos comprenden los productos si ellas no los excluyen expresamente».

Revisadas las principales reglas sobre bienes y sus clasificaciones, pasamos a estudiar la propiedad y la posesión.

## 2. La propiedad

El artículo 923 describe la noción esencial de la propiedad:

**Artículo 923.-** La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

La idea central de la propiedad es que consiste en un *poder jurídico* sobre la cosa que es materia del derecho. Ese poder jurídico permite al propietario cuatro potestades distintas:

- *Usar* el bien según aquello para lo cual el bien fue creado o producido: si es una casa, vivir en ella; si es un alimento, alimentarse con

él; si es un aparato de música, utilizarlo para escucharla; etc. El uso es hacer con el bien aquello para lo cual existe.

- *Disfrutar* el bien, es decir, percibir sus frutos o productos (descritos en el apartado anterior): si es un animal, hacerse propietario de sus crías; si es una casa, cobrar el alquiler; si es una fábrica, percibir sus utilidades; etc.
- *Disponer* del bien, esto es, darlo a terceras personas en venta, préstamo, uso u otra forma de aprovechamiento.
- *Reivindicar* el bien, lo que significa recuperarlo de manos de quien lo tiene sin derecho a ello. Para reivindicar, si el detentador del bien se niega a entregarlo al propietario, existe la acción reivindicatoria (artículo 927 del Código Civil).

La propiedad se adquiere de varias maneras, pero nosotros revisaremos solamente las siguientes:

- Por apropiación de cosas sin dueño: piedras, animales, tesoros. Las normas se hallan entre los artículos 929 y 936 del Código Civil.
- Por transferencia de la propiedad de un dueño a otra persona.

La transferencia de propiedad es distinta para los bienes muebles y los inmuebles. Los artículos 947 y 949 establecen las reglas fundamentales:

**Artículo 947.-** La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

En este artículo, *tradición* significa entrega del bien al acreedor que debe recibirlo en propiedad, aunque las leyes pueden establecer formas distintas, las cuales serán formas excepcionales porque la norma general es este artículo 947.

Vendedor y comprador pueden haber acordado la compraventa, el comprador puede haber pagado, pero la propiedad del bien mueble adquirido pasa al comprador, sólo cuando se le hace la tradición.

La importancia de la tradición es tan significativa en el derecho para la transferencia de los bienes muebles que el artículo 948 dice lo siguiente:

**Artículo 948.-** Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

Este artículo permite la transferencia de la propiedad desde un no propietario hacia un adquirente como propietario y de buena fe (es decir, que no sabe que quien le transfiere el bien no es propietario). Esta norma tiene que ver con características del derecho de posesión que veremos luego de terminar la propiedad.

Desde luego, la parte final del artículo 948 dice que, si se trata de bienes perdidos u obtenidos delictivamente (robo, hurto u otras formas de delito contra la propiedad), no se aplica la regla de la transferencia. En el caso de los bienes perdidos, el artículo 932 del Código Civil ordena que sean entregados a la autoridad municipal.

También la prescripción adquisitiva es una forma de adquirir la propiedad, aun en casos de hurto o bienes perdidos, pero, para entenderla, debemos primero estudiar la posesión. Desde ella, haremos la referencia a esta parte cuando sea pertinente.

El Código Civil trae dos reglas aplicables a lo que constituye la propiedad de inmuebles considerados predios, lo que en términos usuales se llama *terreno*, haya o no construcción dentro de él. La disposición está en el artículo 954:

**Artículo 954.-** La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho.

La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Un predio es una figura geométrica tridimensional que se define de esta manera:

- Tiene un perímetro superficial que, en pocas palabras, es el dibujo de sus bordes hecho sobre la superficie terrestre. Si se tratara de un predio equivalente a una manzana común de cualquier barrio, su forma sería cuadrada y tendría cien metros por cada lado.

- El predio se extiende al subsuelo hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. Sobre la extensión del subsuelo, siguiendo el ejemplo del dibujo perimetral del predio sobre la superficie terrestre como un cuadrado de cuatro lados, en cada uno de los cuatro lados se proyecta un plano perpendicular al subsuelo construyéndose así un cubo (si hacia el subsuelo los lados de la figura miden cada uno cien metros) o un prisma rectangular (si miden menos o más de cien metros). El espacio que queda dentro del prisma es el subsuelo del predio.
- El predio se extiende hacia el sobresuelo hasta donde es útil el propietario. Para ello hay que hacer el mismo procedimiento de proyectar la figura geométrica de volumen, pero hacia la parte superior de la superficie.

El inmueble llamado *predio* es, entonces, una figura geométrica de tres dimensiones que toma como base el dibujo del perímetro sobre la superficie terrestre y se proyecta hacia el subsuelo y sobresuelo hasta donde sea útil al propietario.

La segunda parte del artículo 954 es clara al señalar que la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales (por ejemplo, yacimientos minerales que estén en el subsuelo de la propiedad ajena), los restos arqueológicos que son patrimonio del Estado ni otros bienes diversos que deberán ser expresamente señalados en leyes especiales.

El artículo 955 del Código Civil dice lo siguiente: «El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo». Esto quiere decir que el propietario podrá vender el subsuelo a otro propietario y también podrá hacerlo con el sobresuelo. Esto último es bastante común en ciertas construcciones en las cuales se dice «se vende con “aires”». Los aires son una referencia al sobresuelo.

### 3. La posesión

La posesión está definida en el artículo 896:

**Artículo 896.**- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Lo primero que hay que entender es que el derecho civil considera a la posesión como un *hecho* que genera el derecho de posesión. Esto quiere decir que, si alguien me presta un libro y yo me pongo a leerlo, soy poseedor. Si yo encuentro un libro en un banco de parque y me lo agarro, soy poseedor; y, si robo un reloj y me lo llevo a mi casa, también soy poseedor. El poseer es un hecho que genera el derecho de posesión.

Esto, que parece raro a primera vista, tiene explicación en los derechos antiguos, en especial, en el derecho romano (que tiene casi dos milenios y medio de existencia). Hoy, en la sociedad formalizada, tenemos un mecanismo de compra con entrega de la cosa comprada, pago y recibo. Esto, en ciertas circunstancias, permite al comprador de una cosa probar que es el dueño. Entonces nos es difícil imaginarnos por qué tiene que haber posesión como un hecho que, en sus orígenes, hasta pueda tener un delito.

Un primer acercamiento real a ella es la informalidad: compramos cosas a vendedores informales y, desde luego, no sabemos cómo las consiguieron y tampoco nos dan recibo. ¿Cómo probamos que esas cosas, sean ropa, comida o una botella de agua, son nuestras? La única forma es que las tenemos en la mano y nadie dice que son de otra persona porque las ven en nuestras manos. La ventana de la informalidad nos explica por qué la posesión fue establecida en el derecho romano, donde las compraventas se hacían también sin las formalidades actuales.

Tomemos, por ejemplo, el grupo de cuarenta y cinco personas que estamos juntas en este curso: el aparato en el que estamos leyendo esta clase, la ropa que estamos utilizando, la silla en la que estamos sentados, el lapicero y el papel con que tomamos notas, etc. son poseídas por nosotros, pero difícilmente podremos probar nuestro derecho a poseerlas, salvo que tengamos los recibos de todo lo que compramos y coincidan la descripción de producto del recibo y lo que estamos usando. En la vida social, aunque parezca mentira, de todas las cosas que la gente usa, sólo un muy pequeño porcentaje es robado o un bien perdido del que otro se ha apoderado. Y, además, de muy pocas cosas que son nuestras podemos tener prueba inmediata que lo confirme.

Estas realidades son el fundamento para que exista la posesión como un hecho que produce el derecho de posesión. Ahora pasemos a estudiarlo.

### 3.1. El concepto de *posesión*

El artículo 896 dice que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Acabamos de estudiar que esos poderes son cuatro: usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Entonces, quien ejerce uno o más derechos de estos *tiene el derecho de posesión*.

El artículo 897, sin embargo, dice lo siguiente:

**Artículo 897.-** No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

Es el caso típico de un vendedor de una tienda, encargado por el dueño de hacer las ventas: se sabe que el vendedor no es el dueño y que tampoco tiene derecho sobre las cosas que hay en la tienda, sino que sólo las vende. En este caso, el derecho dice que esa persona no es la poseedora porque solamente es un intermediario de ocasión y todo lo hace en nombre del dueño. La mejor prueba de esto es que, si no nos ponemos de acuerdo con el vendedor, le diremos «llame al dueño». Es distinto al caso en que me prestan un libro y me lo llevo a mi casa durante unos días: ahí sí estoy ejerciendo, cuando menos, el derecho de uso del bien por mí mismo: me lo han prestado y lo tengo en mi poder usándolo.

### 3.2. La adquisición de la posesión

La posesión, como veremos después, puede ser legítima o ilegítima; y esta última, a su vez, de buena o mala fe. La posesión legítima y la ilegítima de buena fe se adquieren como dicen los artículos 900 y 901 del Código Civil:

**Artículo 900.-** La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley.

**Artículo 901.-** La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.

Cuando estamos en las circunstancias en las que un poseedor transmite la posesión a otro que empieza a serlo, tal transmisión se hace mediante la tradición, descrita claramente en el artículo 901 del Código Civil.

Desde luego, también la posesión puede iniciarse por el acto inicial del poseedor de tomar para sí la cosa. El artículo 900 sólo se refiere a la *transmisión de la posesión*, es decir, cuando un poseedor transmite a otro la posesión. Pero, como ya dijimos antes, también quien toma para sí la posesión (de hecho o derecho) se convierte en poseedor.

Estas diversas circunstancias de adquisición y legalidad del derecho de posesión llevan a una serie de *clases de posesión* que desarrollamos a continuación.

### **3.3. Las clases de posesión**

Las clases de posesión están reguladas entre los artículos 905 y 911 del Código Civil. Son varias y es bueno revisarlas con atención para no confundirse con sus diversos requisitos y efectos. Las describiremos y, luego, haremos un gráfico que las ponga todas juntas y muestre sus semejanzas y diferencias. Las diferentes clases de posesión tienen mucha importancia en la prescripción adquisitiva, que es una forma de adquirir la propiedad y que veremos líneas abajo.

#### **3.3.1. La posesión legítima**

La primera posesión que importa resaltar es la posesión legítima. Ella no está definida expresamente en el Código Civil, pero se halla implícita en el texto de su artículo 905:

**Artículo 905.-** Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

El poseedor inmediato es quien recibe la posesión temporal de un bien mediante un título, en general, un contrato por el cual quien tiene el derecho legítimo de posesión se lo traslada (también legítimamente) al poseedor inmediato.

El *título* en este caso es un título válido frente al derecho, es decir, se ha hecho un contrato de préstamo, o de alquiler u otro tipo, que el derecho reconoce y acepta.

De esta manera, los dos quedan como poseedores: el poseedor inmediato es el que tiene la posesión física del bien; y el poseedor mediato no tiene la posesión física del bien, sino que es el que transfirió la posesión al poseedor inmediato mediante un título.

En breve síntesis, la posesión legítima lo es mediante un título válido para el derecho y contiene un poseedor mediato y uno inmediato.

### 3.3.2. La posesión ilegítima

La posesión ilegítima no está caracterizada expresamente en el Código Civil, pero su naturaleza puede deducirse fácilmente a partir de la lectura de los artículos 905-907: se trata de aquella posesión que se tiene sin un título válido, es decir, sin título («solo me apropié de la cosa») o con un título dado por otro, pero es nulo o anulable.

La diferencia entre la posesión legítima y la ilegítima, por lo tanto, está en la calidad del título: el de la posesión legítima es válido y el de la ilegítima es un título inválido o, simplemente, nadie me dio el título de poseedor.

### 3.3.3. La posesión ilegítima de buena fe

El artículo 906 del Código Civil describe esta posesión:

**Artículo 906.**- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.

El poseedor ilegítimo de buena fe no tiene título válido sino inválido, pero lo cree válido y eso puede ocurrir por las circunstancias en las que recibió la posesión. Cuando el título es inválido pero tiene la apariencia de válido, se llama *justo título*<sup>146</sup>. Por ejemplo, alguien regaló un celular caro a otra persona el día de su cumpleaños, pero resulta que aquel que se lo regaló no era el dueño. El poseedor ilegítimo, además de no tener título válido, ha incurrido en un error, de hecho o derecho, que lo hace ignorar el vicio que invalida su título. Por eso es que tiene buena fe.

El artículo 907 pone límites a la buena fe del poseedor:

**Artículo 907.**- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.

---

<sup>146</sup> Cuando el título del poseedor no sea válido, pero lo pareciera, entonces, se denomina *justo título* porque, como parece válido, da buena fe a ese poseedor. Esto tiene importancia, luego, al tratar la prescripción adquisitiva.

Cuando ya no pueda creer que posee legítimamente, o desde que recibe la citación a juicio para que devuelva el bien que posee, este poseedor pierde la buena fe y se convierte en poseedor de mala fe.

### 3.3.4. La posesión ilegítima de mala fe

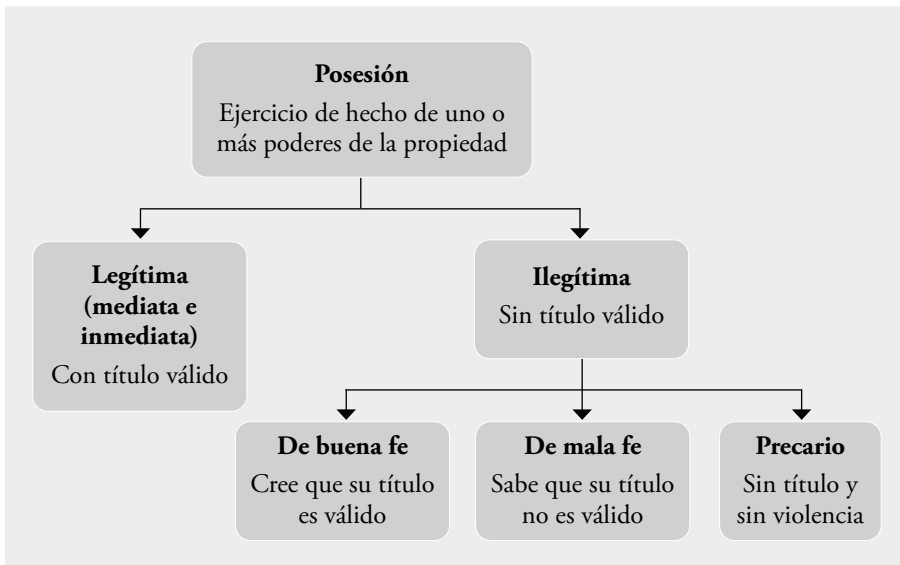
No hay artículo que describa al poseedor de mala fe, pero se entiende perfectamente quién es: un poseedor que no tiene título válido para ejercer su posesión y que, además, sabe que su título es inválido. También es poseedor de mala fe el que toma el bien para sí, sin que nadie se lo entregue y sin que sea suyo.

Una variedad de posesión ilegítima de mala fe es la posesión precaria tratada en el artículo 911 del Código Civil:

**Artículo 911.-** La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

El poseedor precario es el poseedor ilegítimo de mala fe que no se apropió de la cosa violentamente y que posee sin título. Esto sucede ya que tuvo un título válido en algún momento. Por ejemplo, le prestaron el bien hasta un cierto plazo, pero ese plazo ya terminó y el sigue en posesión sin título para ello.

Entonces, podemos graficar la posesión de la siguiente manera:



### 3.4. Las presunciones legales sobre la posesión

Ya hemos dicho que la posesión es un derecho y, como tal, tiene dos presunciones legales de especial importancia entre otras varias. Ambas, sin embargo, admiten la posibilidad de que la presunción no pueda aplicarse si alguien prueba lo contrario a lo que se autoriza presumir. Veamos las normas con ejemplos:

La primera está en el artículo 912 del Código Civil:

**Artículo 912.-** El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

Esta es una presunción muy importante porque basta que una persona vea a otra persona poseer un bien para que se pueda aplicar la presunción de que *el poseedor es reputado propietario*. Esto significa que, si yo compro un bien a otra persona que lo tiene en su posesión, y no estoy informado ni puedo suponer que es robado, entonces lo compro con buena fe como si quien me lo vendió fuera su propietario y, en consecuencia, tengo derecho a asumir que mi título de adquisición es válido. Esto me hace considerar que, para el derecho, soy poseedor legítimo.

Las dos excepciones de la parte final del artículo 912 son claras: si un poseedor mediato me hizo tradición de la cosa, yo sé que el titular del derecho es él y que yo sólo soy poseedor inmediato. Y, si la propiedad de un bien está inscrita en el registro público, entonces yo no puedo presumir buena fe porque, se supone, debo averiguar en el registro para certificar que quien me traslada la propiedad es el propietario. Esto ocurre, normalmente, en la venta cotidiana de casas, departamentos y automóviles. Desde luego, hay otros muchos registros públicos, más especializados.

Como ya dijimos, esta presunción se aplica *mientras no se pruebe lo contrario* y, en el párrafo anterior, ya vimos dos de estas excepciones a la aplicación de la presunción que comentamos<sup>147</sup>.

---

147 En el derecho hay dos tipos de presunciones. Las primeras son las de pleno derecho (a las que también nos referimos con la expresión latina *iuris et de iure*). Una presunción *iuris et de iure* clásica se produce en el siguiente caso: imaginemos un accidente aéreo en el que mueren todas las personas ocupantes del avión. Dentro había dos personas, una de las cuales podía heredar a la otra; pero, para que ello sucediera, la que

Por lo tanto, en el ejemplo de compraventa que dimos inmediatamente antes, yo puedo considerarme propietario y actuar como tal; pero, si hay un dueño de la cosa que he comprado, y *demuestra que es propietario*, entonces le debo devolver la cosa que, ahora me doy cuenta, me la vendió un estafador como si fuera suya.

Vayamos ahora al esquema de los tipos de posesión y veamos qué es lo que ha pasado con este comprador:

- Compró de manos de un poseedor sin tener por qué saber que la cosa no era de él y, en consecuencia, aplicó la presunción de que al poseedor se le reputa propietario y, por lo tanto, considera que su título es válido y que él es legítimo propietario de la cosa comprada.
- Se le acerca el legítimo propietario y le demuestra (probablemente con una boleta de venta que incluya una descripción como número de orden de producción o equivalente del bien) que nuestro amigo le compró a un estafador que se hacía pasar como propietario.
- En ese momento se da cuenta que sólo ha sido un poseedor ilegítimo de buena fe.
- A partir de ese momento, si no devuelve, pasa a ser un poseedor ilegítimo de mala fe.

Claro que es fácil imaginarse que, si se trata de un objeto como una camisa usual, que se vende normalmente en las tiendas, será muy difícil que el tercero pruebe la propiedad porque, aunque tenga boleta, nada indicará que *esa camisa* es la que él compró, pues será igual a otras muchas camisas hechas en serie.

Estos ejemplos pueden bien mostrar para qué sirve el derecho de posesión, cuál es su importancia para los derechos sobre los bienes y también cuáles son sus límites. Las circunstancias y su variedad pueden ser infinitas pero

---

sería la causante debería haber muerto primero que la que sería heredera. Como esto no se puede establecer, se utiliza la presunción *iuris et de iure* de la conmorienca, que equivale a decir «si no se puede saber cuál de dos personas murió primero, se las considera muertas simultáneamente y entre ellas no habrá derechos hereditarios». En este caso la presunción *iuris et de iure* es razonable porque no se puede hacer probanza alguna. Las segundas son las presunciones *salvo prueba en contrario* (llamadas también *iuris tantum*). En el artículo 912, es *iuris tantum* la presunción por la que el poseedor es reputado propietario.

las reglas son pocas y precisas. En realidad, si se trata de bienes comunes, el poseedor tiene mucha protección, aunque no sea el verdadero propietario. Si son bienes registrables o identificables individualmente, entonces el propietario, si encuentra el bien del que lo han despojado, podrá probar su derecho y exigir la devolución.

La otra presunción, también *iuris tantum*, está en el artículo 914:

**Artículo 914.**- Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona.

Esta presunción es complementaria de la anterior al plantear, también *iuris tantum*, que se presume la buena fe del poseedor. Es decir, para considerarlo de mala fe, hay que tener pruebas de que la tiene. Desde luego, si el bien está inscrito a nombre de otra persona, la presunción no tiene efecto porque el poseedor, y también quién de él adquiriera el derecho de posesión, propiedad u otro, debe asegurarse de la corrección de su derecho consultando el registro cuando este exista.

### 3.5. La defensa posesoria

Cualquier poseedor puede defender su posesión. Si alguien niega su derecho, deberá ejercer acción judicial para demostrarlo.

En este sentido, el artículo 920 dice lo siguiente:

**Artículo 920.**- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.

Cualquier poseedor, incluido el ilegítimo de mala fe o el precario, puede defender su posesión como establece el artículo 900: para recuperar la posesión, puede *repeler la fuerza* que se emplee contra él, pero sin usar fuerza injustificada. Esta defensa puede hacerse en el acto mismo de desposesión o dentro de los quince días siguientes de enterarse que fue desposeído.

El segundo párrafo permite, al propietario, repeler la fuerza que ejerza quien ocupa sin título el inmueble no edificado o en proceso de edificación. La parte final del segundo párrafo que dice lo siguiente: «En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años». Esta parte se entenderá líneas abajo, cuando abordemos la prescripción adquisitiva.

El tercer párrafo manda que las autoridades allí indicadas den apoyo al poseedor para mantener o recuperar su posesión (es una forma de colaborar a que el poseedor no tenga que ejercitar personalmente la fuerza para ello).

El último párrafo se refiere al propietario del inmueble que figura como tal en el registro de bienes inmuebles porque de otra manera no habrá forma pública de comprobar la propiedad. La referencia a la prescripción adquisitiva del artículo 950 del Código Civil se explicará al abordar el tema más adelante.

### 3.6. La extinción de la posesión

El artículo 922 indica cómo se extingue la posesión:

**Artículo 922.-** La posesión se extingue por:

- 1.- Tradición
- 2.- Abandono
- 3.- Ejecución de resolución judicial
- 4.- Destrucción total o pérdida del bien

El inciso 1 se refiere al caso en el que el poseedor hace tradición del bien poseído con todos los derechos, incluida la propiedad, a otra persona que se vuelve propietario y titular de todos los derechos de uso, disfrute, disposición y reivindicación. Quien hace la tradición deja de tener esos derechos y, por lo tanto, ya no será poseedor mediato.

En el inciso 2, el abandono consiste en no continuar con la posesión del bien, pero sin entregarlo a un tercero. El significado de *abandono* en este artículo es el de despojarse voluntariamente de la posesión de un bien.

En el inciso 3 estamos ante el caso de que quien ha sido usurpado en su derecho de posesión gana el juicio de recuperación de la misma (hay varios juicios posibles): el mandato de los jueces se ejecuta y el poseedor ilegítimo pierde su derecho.

El inciso 4 es de sentido común: si el bien poseído desaparece, el derecho se pierde porque no hay cosa que poseer.

### 3.7. La prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva<sup>148</sup> es una forma de adquirir la propiedad que combina dos requisitos: la posesión ilegítima (incluida la precaria) de cualquier tipo que sea, y un cierto transcurso del tiempo.

Para que alguien adquiera la propiedad del bien que posee por prescripción, tienen que ocurrir los siguientes elementos:

- Alguien ha adquirido la posesión de un bien como si fuera propietario: se lo regalaron, lo compró con justo título (que es título inválido como ya vimos), o llegó a tener la posesión como propietario por cualquier otra forma y su posesión tiene determinados requisitos que veremos inmediatamente<sup>149</sup>.
- Transcurre un tiempo a lo largo del cual nadie interrumpe su posesión ni lo estorba. Entonces, el poseedor adquiere la propiedad y puede demandar que se le reconozca como tal.

Esto, que parece un contrasentido, en el derecho se ha establecido como una medida de equidad de tal manera que, si un poseedor es tal durante cierto tiempo, y el propietario no reclama su propiedad, entonces el poseedor

---

148 Existen la *prescripción adquisitiva*, que lleva a la adquisición de la propiedad de un bien; y la *prescripción extintiva*, que conduce a la extinción de las acciones ante los tribunales. Por eso, siempre debe mantenerse la costumbre de precisar el adjetivo *adquisitiva* o *extintiva* cuando se habla sobre la prescripción.

149 La posesión legítima que transmite el que tiene derecho a ella no permite adquirir por prescripción porque el poseedor inmediato reconoce la posesión de su poseedor mediato: el que le hizo tradición del bien.

debe en justicia hacerse propietario porque usa el bien y porque el propietario no se preocupó de reivindicarlo. Si la prescripción adquisitiva no existiera, los conflictos de propiedad sobre determinados bienes podrían durar decenios o siglos. La prescripción adquisitiva, por lo tanto, es también una forma de pacificar la asignación de la propiedad, aunque, en la realidad, pueda producir alguna falta de equidad con algún propietario que no pudo reclamar a tiempo su derecho.

La prescripción adquisitiva es distinta según se trate de bienes muebles o inmuebles y, en cada caso, según haya justo título y buena fe o no lo haya.

Las normas sobre prescripción adquisitiva están en los artículos 950-952 del Código Civil:

**Artículo 950.**- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

**Artículo 951.**- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.

El artículo 950 se refiere a la propiedad inmueble y, por ello, tiene plazos más extensos que el artículo 951, que se refiere a la propiedad mueble. Dicho eso, la estructura conceptual de ambos artículos es igual. En ambos se requiere que la posesión que permite adquirir sea continua, pacífica, pública y como propietario. Adicionalmente, se requiere que el plazo exigido haya transcurrido, plazo que es distinto según se haya tenido buena fe o no.

- *Posesión continua* quiere decir que el poseedor no debe haber abandonado o interrumpido su posesión. El artículo 953 del Código Civil señala lo siguiente: «Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o si es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye». En caso de que la posesión se abandone, se extingue según el señalado artículo 922, inciso 2, del Código Civil. En caso se interrumpa el término de la prescripción, todo el tiempo transcurrido se invalida. Si el poseedor abandonó o interrumpió su posesión, puede recuperarla, pero el plazo respectivo se volverá a contar desde el principio. No se sumará a la posesión antes existente.

- *Posesión pacífica* quiere decir que el titular del derecho no haya reclamado antes al poseedor que le devuelva su bien, judicialmente o de otra manera comprobable (cartas notariales, por ejemplo). Si el titular del derecho ha reclamado, entonces la posesión existente no cumple los requisitos para permitir la prescripción adquisitiva.
- *Posesión pública* quiere decir que no haya sido clandestina: si se trata de una casa, que la haya habitado sin estar escondido en ella; si de un terreno, que haya realizado actividades permanentes dentro de él; y así sucesivamente. Desde luego, en materia de publicidad de la posesión puede haber infinidad de variantes y de discusión sobre cada una de ellas. Eso será finalmente resuelto por los jueces en los procesos en los que el tema se discuta.
- *Posesión como propietario* quiere decir que, siendo poseedor ilegítimo (de mala fe o como precario), posee como si no hubiera propietario, lo que en la práctica significa que su conducta es la de ser propietario él mismo. Debe quedar entendido que, si es poseedor sin justo título ni buena fe, sabe que hay otro que es propietario, pero este convencimiento en el poseedor no nos debe interesar: la conducta de este poseedor muestra que, aunque sepa que hay propietario, no lo reconoce y actúa como si no lo fuera.

Los plazos de la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles son los dos siguientes:

- Cinco años cuando median justo título y buena fe, es decir, cuando se trata de un poseedor ilegítimo de buena fe.
- Diez años si es un poseedor distinto al de buena fe, es decir, un poseedor ilegítimo sin justo título o buena fe, o un precario.

Los plazos de adquisición por prescripción de bienes muebles son los siguientes:

- Dos años cuando median justo título y buena fe, nuevamente, cuando es un poseedor legítimo.
- Cuatro años si es ilegítimo sin justo título o buena fe, o un precario.

Por su parte, el artículo 952 dice lo siguiente:

**Artículo 952.-** Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

Este artículo 952 del Código Civil no necesita aclaraciones. Es una garantía de la legitimidad que tiene la prescripción adquisitiva. Es aplicable aunque el bien sea mueble y no sea inscribible. En ese caso no se aplicará el segundo párrafo porque no corresponde.

### 3.8. La aplicación concreta de prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva y su uso de la posesión pueden generar problemas de comprensión de todas las posibilidades existentes. Para evitar esto y conocer todas las alternativas, esta parte pone breves ejemplos y sus soluciones:

- Posibilidades de hecho
  - a. **Caso.** Soy el propietario de un bien y se lo vendo válidamente a otra persona mediante contrato de compraventa. Además, le entrego el bien.

**Efecto.** El comprador se convierte en propietario con título válido. En tanto tal, tiene los derechos de uso, disfrute, disposición y reivindicación con lo que, además, es propietario legítimo.
  - b. **Caso.** No soy el propietario de un bien, pero sí el poseedor normalmente aceptado de él. Se lo vendo y entrego a otra persona.

**Efecto.** El comprador no adquiere la propiedad porque «nadie da lo que no tiene en el derecho», pero es poseedor ilegítimo de buena fe con justo título. Tiene todos los derechos del poseedor y puede adquirir por la prescripción de plazo corto, según sea mueble o inmueble.
  - c. **Caso.** Soy propietario de un bien y se lo presto a otra persona.

**Efecto.** Quien lo recibe en préstamo (el prestatario) es poseedor inmediato y yo soy poseedor mediato y propietario. Los dos somos poseedores legítimos. El prestatario tiene todos los

derechos de poseedor, pero no adquiere por prescripción porque reconoce propietario.

- d. **Caso.** Una persona que yo sé que no es el propietario me vende un bien y me lo entrega.

**Efecto.** Soy poseedor ilegítimo con justo título y sin buena fe. Puedo adquirir por prescripción de plazo largo, según sea un bien mueble o inmueble.

- e. **Caso.** Me apodero por mí mismo de un bien de otro y lo poseo pública, pacífica, continuamente y como si el propietario fuera yo, sin reconocerle en absoluto su derecho al propietario.

**Efecto.** Soy poseedor ilegítimo sin justo título ni buena fe (un precario). Tengo todos los derechos del poseedor y puedo adquirir por prescripción de plazo largo según el bien sea mueble o inmueble.

- Posibilidades de cada tipo de posesión
  - a. Legítima (tiene los derechos del poseedor, pero no adquiere por prescripción):
    1. Directa por tener por sí los derechos de propiedad (es propietario). Esta persona tiene los derechos del poseedor, pero no adquiere por prescripción porque es propietaria.
    2. Mediata (con propiedad) e inmediata: tienen los derechos del poseedor pero el poseedor inmediato reconoce propietario y, por tanto, no adquiere por prescripción.
  - b. Ilegítima (tiene los derechos del poseedor y adquiere por prescripción):
    1. Poseedor mediato ilegítimo: tiene los derechos del poseedor y adquiere por prescripción corta o larga según su situación.
    2. Poseedor con justo título y buena fe: prescripción adquisitiva corta.
    3. Poseedor ilegítimo sin justo título o buena fe: prescripción adquisitiva larga.



**Módulo de trabajo 14**  
(<https://forms.gle/36wQdCdDrKxRej2H9>)



## CAPÍTULO X LAS OBLIGACIONES

A diferencia de los libros que hemos estudiado anteriormente, el de obligaciones no define instituciones, lo que muchos entienden como una forma saludable de legislar, de manera que se deja a la doctrina jurídica que trabaje los conceptos con mayor libertad. Por ello mismo, vamos a desarrollar este tema, preferentemente, de manera conceptual a fin de dejar claras las ideas centrales de las obligaciones. Cuando sea oportuno, nos referiremos a los artículos del Código Civil sobre la materia.

### 1. El concepto de *obligación*

Existen diferentes definiciones de *obligación*, acentuando unas características u otras. Nosotros adoptaremos un concepto pragmático y descriptivo que, estimamos, permitirá una comprensión rápida.

Así, podemos decir que una *obligación* es una relación jurídica, entre acreedor y deudor, dentro de la cual el deudor adeuda una prestación al acreedor, y este tiene un crédito sobre la prestación que el deudor debe pagarle.

La obligación es una relación jurídica entre dos sujetos de derecho. Esta relación puede originarse a partir de un contrato, mandato de la ley o hechos (como, por ejemplo, un accidente en el cual quien tenga la culpa debe indemnizar al agraviado). Las fuentes que generan obligaciones son diversas, pero las que hemos enumerado a modo de ejemplo dan una idea del origen que tienen las obligaciones.

La obligación es una relación entre acreedor y deudor. El acreedor es quien debe recibir una prestación y el deudor es quien debe pagarle la prestación.

La prestación es lo que el deudor debe al acreedor. Por ejemplo, si le debe pagar un alquiler mensual por una casa, el inquilino es el deudor, el

dueño de la casa es el acreedor y la prestación es el monto de dinero que debe cancelar el inquilino todos los meses por razón de vivir en la casa.

Las obligaciones consisten en tres tipos de prestaciones:

- *Obligaciones de dar*, que son aquellas en las que el deudor debe entregar algo a su acreedor: cualquier tipo de bienes.
- *Obligaciones de hacer*, que son aquellas en las que el deudor debe *hacer algo para su acreedor*: pintar un cuadro, arreglar el piso de la casa, tomarle una fotografía familiar, etc.
- *Obligación de no hacer*, que son aquellas en las que la prestación es un *no hacer algo*. Puede parecer un poco extraño a primera vista, pero si, por ejemplo, nos fijamos en los secretos de producción que tenga una fábrica especializada, es muy probable que todos ellos deban estar recogidos en una cláusula de secreto para quienes trabajen allí con imposibilidad de divulgarlos. Estas son obligaciones de no hacer: no se puede hacer ni siquiera alusión a los secretos de una fábrica. De hecho, si algunos de sus secretos son divulgados, una fábrica podría perder muchos clientes e, incluso, muchas operaciones económicas, porque otros también sabrían cómo producir lo que ella.

La prestación *se paga*. El *pago* es el cumplimiento de la prestación para con el acreedor. Si la obligación es de dar una bicicleta, el pago es entregar la bicicleta; si es pintar un cuadro, el entregar el cuadro debidamente terminado es un pago; si alguien debe guardar un secreto y efectivamente lo guarda, su silencio permanente es un pago de su deuda de no hacer para con su acreedor. En el ámbito de las obligaciones el término *pago* quiere decir *cumplir la obligación*. Es un uso distinto al del lenguaje común en el que, generalmente, se entiende que *pagar* es hacerlo con dinero o sus equivalentes (tarjeta de crédito, transferencia bancaria u otras).

En relación al pago y su completa ejecución, el artículo 1220 del Código Civil señala lo siguiente: «Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación». Esto quiere decir que, si debo entregar cinco kilos de cierto bien a mi acreedor, y sólo le entregué tres, no he cumplido ya tres quintos de mi pago: cumpliré el 100 % cuando pague los cinco kilos y, mientras tanto, la obligación no está pagada *por partes*. Desde

luego, podrán pactar en contrario y entender que cada parte del cumplimiento se va pagando porcentualmente; pero, si no hay pacto de este tipo, rige el artículo 1220 del Código Civil.

También puede ocurrir que ambas partes pacten que la prestación original sea sustituida por otra y que, pagada esta segunda prestación, quede pagada la primera. La nueva prestación puede cubrir todo o parte de la primera. Si cubre sólo una parte de la primera, se considerará a cuenta y el saldo se pagará con la segunda prestación acordada como sustituta parcial. El artículo 1265 dice lo siguiente:

**Artículo 1265.-** El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

Dentro de la relación obligacional establecida, el acreedor tiene un *crédito* que es el derecho a que el deudor le pague la prestación, sea cual fuere. En el habla usual, decimos *crédito* a una autorización de utilizar dinero de otro bajo forma de «préstamo». Cuando hablamos de obligaciones, el *crédito* es el derecho del acreedor a que el deudor dé, haga o no haga.

Por su parte, el deudor tiene una *deuda*, es decir, el deber de pagar la prestación al acreedor. El habla usual menciona como *deuda*, principalmente, al dinero que un deudor debe a su acreedor. Sin embargo, en el lenguaje de las obligaciones, la deuda del deudor será dar, hacer o no hacer, según la naturaleza de la prestación a la que está obligado.

Es muy importante notar que una obligación (dentro de la cual hay una *relación obligacional*) tiene un *acreedor* con su *crédito* y un *deudor* con su *deuda*, todo ello respecto a una *prestación* que debe ser *pagada*. En esto hay que tomar en cuenta algunas cosas para no caer en equívocos. Para ello, a continuación, ponemos dos ejemplos distintos entre sí en materia de obligaciones creadas: uno con una donación (es decir, un *regalo*) y otro con una compraventa. Ambos son contratos que generan obligaciones.

Una vez acordado el contrato de donación, quien dona (el donante) debe la prestación donada (el objeto que se regala) a quien debe recibirla (el donatario). Cuando se la entrega, paga. Aquí se ha producido una obligación: el donatario es el acreedor; el donante es el deudor; y la prestación es el regalo que el donante debe entregar (pagar) al donatario. Cumplido todo ello, se cumple definitivamente el contrato de donación.

Ahora una compraventa. Aquí hay comprador y vendedor. Se compra una cosa a cambio de un precio y, por esta razón, en un solo contrato de compraventa aparecen, cuando menos, dos obligaciones. Se compra un lapicero de tinta seca por un sol. El comprador es acreedor del lapicero y deudor del sol. El vendedor es deudor del lapicero y acreedor del sol. Es fácil describir las dos obligaciones que se han producido y que, en este caso, son recíprocas, porque el sol va a cambio del lapicero y viceversa.

Por ello, una obligación es una relación de un deudor con un acreedor, y una prestación que debe ser pagada por el primero al segundo. En un contrato puede haber una sola obligación o puede haber muchas. Todo depende de cuántas prestaciones, cuántos deudores y cuántos acreedores se haya establecido en las cláusulas acordadas.

Las obligaciones pueden estar sujetas a condición, plazo, y modo o cargo. En tales casos, hay que concordar el tema de obligaciones con el de acto jurídico. Veamos un ejemplo. Tenemos una obligación pactada a plazo: «te presto este bien y me lo devuelves en treinta días». En este caso, soy acreedor del bien prestado de inmediato. Mi deuda (la devolución) no está vigente hoy porque debe ser hecha en treinta días. Por lo tanto, ahora soy poseedor del bien prestado, pero sólo debo pagar mi deuda a partir del día trigésimo: es desde entonces que el acreedor me puede exigir el pago, es decir, la devolución del bien.

Para las obligaciones de dar un bien cierto (es decir, determinado en sus características e identificable), el artículo 1132 manda lo siguiente:

**Artículo 1132.-** El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

La obligación es una relación determinada y el acreedor tiene derecho a la prestación sobre la que recae su crédito. Ni más ni menos. No pueden ofrecerle a cambio otra de menor valor, ni otra de igual valor, ni siquiera otra de mayor valor.

Para las obligaciones de hacer, el mandato está en el artículo 1148:

**Artículo 1148.-** El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

La obligación de hacer es un trabajo que debe ser realizado sobre un bien o servicio y que, además, debe ser pagado por el deudor al acreedor. Si me encargan tomar una fotografía para un aviso público, mi tarea es tomar una buena fotografía según las indicaciones de quien me la ha encargado, y luego entregársela. Todo eso tiene *modos y plazos*. Si no han sido establecidos, se entenderá que son los exigidos por la naturaleza de la obligación. Como es obvio, las posibilidades que abren «la naturaleza de la obligación» o «las circunstancias del caso» en el artículo 1148 son, en la práctica, infinitas y deberá decidirse sobre ellas con razonabilidad y debida fundamentación.

El pago de las obligaciones de no hacer tiene sus particularidades frente a las de dar o hacer porque, en aquellas, de lo que se trata la prestación (y, consiguientemente, el pago), es de que el deudor *no haga* algo. Por eso el artículo 1158 dice lo siguiente:

**Artículo 1158.-** El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

- 1.- Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor
- 2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor
- 3.- Dejar sin efecto la obligación

El primer párrafo se refiere, por ejemplo, a que el deudor tenga la obligación de guardar un secreto. En ese caso, si va a divulgar el secreto, se puede pedir que las autoridades le impidan hacerlo a menos que haya que usar la violencia. En este último caso, el acreedor no podrá lograr que el deudor incumpla su obligación.

El segundo párrafo se refiere al caso en el que, por ejemplo, mi vecino tenga la obligación de no construir en el lugar que colindan su predio y el mío de manera que su construcción suba más pisos que la mía. Si construye, yo puedo exigir que esa construcción sea demolida pagando él la demolición.

La tercera posibilidad es extinguir la obligación y que cada uno quede libre de ella.

## 2. Los efectos de las obligaciones

El Código Civil contiene dos artículos como disposiciones generales relativas a las obligaciones: los artículos 1218 y 1219.

El artículo 1218 dice lo siguiente:

**Artículo 1218.-** La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.

La obligación se trasmite a los herederos desde ambas partes:

- El acreedor trasmite a sus sucesores el crédito que tiene frente a su deudor y estos pueden exigirlo según los términos establecidos en la relación obligacional.
- El deudor trasmite a sus sucesores la deuda de manera que paguen al acreedor según los términos de la relación obligacional.

En ambos casos, sin embargo, la obligación no se trasmite, sino que se extingue si ocurren las siguientes circunstancias:

- Es una obligación inherente a la persona. Puede ser inherente a la persona del acreedor, por ejemplo, pagarle una pensión mensual a su vejez. Muerto el acreedor, los herederos no gozan de la misma situación y, por consiguiente, al ser inherente a su persona, ya no se debe. También puede ser inherente a la persona del deudor la siguiente obligación: «al artista que es mi deudor le pido que me pinte un cuadro». Si ya no puede pintar, nadie más será artista como lo es él y la deuda no se trasmite a los herederos. Desde luego, no en todos los casos, pero, en algunos, puede suscitarse la discusión sobre si la relación obligacional era o no inherente a la persona. Como en otras circunstancias, habrá discrepancias y las abogadas y abogados tendrán que razonar y motivar adecuadamente su posición.
- Lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario. En estos casos hay una prohibición legal o contractual y, por lo tanto, se aplica la prohibición establecida.

El artículo 1219 establece lo siguiente:

**Artículo 1219.-** Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
- 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.

El inciso 1 autoriza al acreedor a utilizar todas las medidas legales disponibles (advertencias, cartas notariales, inicio de procesos, etc.) con la finalidad de que el deudor cumpla con pagar.

El inciso 2 autoriza al acreedor a contratar a una tercera persona para que se obligue y haga el pago que debía hacer el deudor original, pero de manera que el cumplimiento de esa obligación sea a costo del deudor original que ha incumplido (luego veremos que se llama *deudor moroso*).

El párrafo final del artículo dice que lo autorizado por los incisos 1 y 2 puede hacerse simultáneamente.

Además, el acreedor a quien se le ha incumplido el pago debido tiene, en el inciso 3, la posibilidad de demandar la indemnización que corresponda por los daños que el incumplimiento le genere. En esto, el acreedor evaluará sus daños y pedirá una cierta indemnización que el deudor podrá acordar con él y, si esto no sucede, se podrá demandar jurisdiccionalmente.

El inciso 4 se pone en la siguiente situación: un acreedor *A* tiene un deudor *B* que no le cumple con el pago de la relación obligacional que mantienen; porque su deudor *B* tiene, a su vez, terceros deudores de los que *B* es acreedor y, mientras no le paguen, *B* no puede pagarle a *A*. El acreedor *A* se da cuenta, sin embargo, de que *B* no exige a sus deudores el cumplimiento de sus pagos. Entonces, en tanto acreedor de *B*, pero por su propio interés en cobrarle, puede ejercer los derechos de *B* frente a quienes son sus deudores: exigirles, notificarlos, demandarlos, etc. El inciso dice claramente que *A* no necesita autorización judicial para hacer esto: eso quiere decir que lo hace por derecho propio a fin de cobrar su crédito con lo que le paguen a *B* quienes le deben<sup>150</sup>.

---

150A propósito del artículo VI del título preliminar del Código Civil, algunos de ustedes nos preguntaron por qué decíamos que la protección del interés moral (que se

Como ya dijimos antes, el artículo 1220 establece que el pago se entiende efectuado sólo cuando se haya ejecutado íntegramente la prestación debida. Por lo tanto, todas estas autorizaciones que tiene el acreedor se mantienen vigentes hasta el pago total.

### 3. La constitución en mora

El acreedor cuyo crédito no ha sido pagado debe *intimar en mora* a su deudor. Desde que esta intimación en mora se produce, al deudor se lo llama *deudor moroso* y tal situación jurídica le acarrea las consecuencias que establecen los artículos 1336 y 1337 del Código Civil.

**Artículo 1336.-** El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación; aunque se hubiese cumplido oportunamente.

El acreedor debe ser diligente en la vigilancia de sus créditos y, ni bien se produce el incumplimiento, debe intimar a su deudor y generarle la situación de deudor moroso.

Por tal situación, el deudor responde de los daños y perjuicios que produzca en su acreedor la demora en el cumplimiento de la obligación. Incluso, es responsable por la imposibilidad que sobrevenga para cumplir tal obligación, aunque él no haya tenido dolo ni culpa alguna en la generación de esa imposibilidad sobreviniente. La segunda parte del artículo 1336 establece dos excepciones razonables a la obligación de indemnizar del deudor moroso.

También es importante el mandato del artículo 1337:

**Artículo 1337.-** Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

---

extendía a la familia) era más restringida que la brindada al interés económico. En este inciso se muestra que son muchos los que, por interés económico, pueden cobrar una deuda, aunque no sean acreedores directos de ella. Este es un ejemplo, y no el único.

Puede, en efecto, suceder que alguien tenga una actividad temporal para la que necesita ciertos servicios y los contrata. El deudor de los servicios incumple y lo declaran en mora. Cuando esa actividad temporal está concluyendo, recién el deudor moroso puede empezar a prestar el servicio. El acreedor, en ese caso, puede decirle que ya no lo necesita porque contrató a otra institución de urgencia para que le preste el servicio. En este caso, el deudor moroso queda sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios compensatorios frente a quien fue su acreedor.

#### 4. La inejecución de obligaciones

Dentro de una relación obligacional, puede ocurrir que el acreedor que no recibe el pago considere que se produce la inejecución de la obligación, es decir, que esta no se ha cumplido. Por supuesto, también puede suceder que, a pesar de que el pago no se haya hecho, el acreedor estime prudente todavía no considerar inejecutada la obligación, de manera que, con un poco de tolerancia, el deudor la pague. Ahora, sin embargo, consideremos que ocurre lo primero: el acreedor considera inejecutada la obligación y ya no le parece conveniente que el deudor la cumpla en el futuro.

En estos casos puede haber o no responsabilidad del deudor en la inejecución de la obligación y esto se regula por los artículos 1314-1322. Veremos solamente los asuntos más trascendentes que estos regulan.

**Artículo 1314.-** Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El deudor debe hacer todo lo que normalmente es posible para cumplir con el pago. A eso se le llama *diligencia ordinaria*. Si cumple con ella, no tiene responsabilidad por la inejecución o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Esto quiere decir que no tiene el deber de poner una *diligencia extraordinaria* para pagar según los términos establecidos para ello.

La *diligencia ordinaria* será evaluada por acreedor y deudor y, en caso de discrepancia, se discutirá en un proceso jurisdiccional en el que los jueces dirimirán la contienda. La expresión *diligencia ordinaria* es una norma *standard* que, por definición, está sometida a discusión y discrepancias. Significa «lo que normalmente se espera que un deudor haga para pagar su deuda como es debido». La resolución del problema se remite a lo que las personas normalmente considerarían por *diligencia ordinaria*.

**Artículo 1315.-** Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El *caso fortuito* o *fuerza mayor* es una situación que enfrenta el deudor, que es extraordinaria (es decir, que no se presenta normalmente), imprevisible e irresistible, todo lo cual se combina para impedir el cumplimiento total, parcial o bien realizado del pago.

Veamos un ejemplo. Yo vivo en Lima y prometo dictar mañana una charla mediante teleconferencia a un grupo lejano de personas. Sin embargo, la noche anterior a ella se desata una tormenta eléctrica sobre la ciudad, que produce daños en los sistemas eléctricos y electrónicos de diversos lugares de manera que no hay conexiones informáticas. Consecuentemente, no puedo cumplir con mi deuda de dictar tal charla. Así, parece que se han producido todos los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor:

- En Lima no hay tormentas eléctricas. Que se produzca una es realmente extraordinario. No lo sería por ejemplo en Huancayo o en muchísimas otras ciudades peruanas.
- Es imprevisible porque, a menos que el Senamhi vaticine la probabilidad de tal tormenta, no hay forma de preverla.
- Es irresistible porque impide la comunicación informática a distancia.

Indudablemente, en cada caso habrá que hacer la evaluación de las circunstancias y saber si se ha producido el caso fortuito o fuerza mayor que afecta el cumplimiento de la obligación. Esto se hallará sujeto a discusión y, por eso mismo, resultará esencial tener una buena información sobre los hechos, y expresarla razonada y motivadamente.

Antes, en el derecho, se distinguió el concepto de *caso fortuito* y el de *fuerza mayor*. Aún existía un tercer concepto eximente de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones: el denominado *hecho del príncipe*.

El caso fortuito era, por ejemplo, una tormenta eléctrica, terremoto, huayco que interrumpe el camino, etc.

La fuerza mayor era una fuerza irresistible al ser humano. Hasta el siglo XVIII, la raza humana solo contaba con su fuerza y con la de los animales

que domesticaba, como el caballo o el buey. Entonces se descubrió la fuerza del vapor y, desde entonces, muchas otras fuerzas con las que se han construido máquinas que las usan con mucha eficiencia. Por lo tanto, ya no es tanto así que la fuerza mayor impida siempre el cumplimiento de las obligaciones. Por ejemplo, un constructor que tiene un derrumbe dentro de la obra, podrá arreglarla, dependiendo de su magnitud, con maquinaria pesada. Entonces, la existencia de una fuerza irresistible al ser humano depende hoy de las circunstancias y de lo que se le puede exigir, ordinariamente, al deudor que debe pagar.

Por otro lado, el *acto del príncipe* era, por ejemplo, una ley que prohibiera salir del domicilio: si hay que ir a entregar y no se puede salir, el príncipe lo ha impedido con su norma y el deudor no puede cumplir, lo que lo hace irresponsable de la demora del pago.

Hoy en día, sin embargo, el acto del príncipe ha quedado en desuso y la fuerza mayor y el caso fortuito siempre se mencionan juntas. Por lo tanto, todo ello recae ahora dentro de la expresión compuesta de *caso fortuito o fuerza mayor*, como la utiliza el artículo 1315 del Código Civil.

El artículo 1316 del Código Civil establece lo siguiente en concordancia con los dos artículos previos a los que nos hemos referido:

**Artículo 1316.-** La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Es decir, si la obligación se debió cumplir hasta cierto momento o circunstancia y, por causa no imputable al deudor contemplada en los artículos 1314 y 1315, la obligación ya no se puede cumplir, esta desaparece, se extingue y no habrá responsabilidades entre las partes. Nuevamente, definir si la obligación se extingue, o permanece y debe ser cumplida, dependerá del razonamiento y de la fundamentación que se dé porque la aplicación del artículo 1316, sin duda, puede estar sujeta a discusión.

Además del incumplimiento de la obligación sin responsabilidad del deudor, pueden sobrevenir daños al acreedor. Por ejemplo, en el caso de la conferencia a distancia que no se realiza, el acreedor de mi obligación de hacer puede haber cobrado a quienes la iban a escuchar y tendrá que devolver el dinero; habrá gastado en propaganda y no recuperará esos gastos; etc. Sin embargo, el artículo 1317 del Código Civil dice que el deudor, en tales

circunstancias, tampoco responde por esos daños y perjuicios salvo que haya norma legal o contractual que diga lo contrario:

**Artículo 1317.-** El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

A la inversa, cuando el deudor tiene responsabilidad en el incumplimiento, entonces deberá responder ante el acreedor por el incumplimiento, o por el cumplimiento tardío, parcial o defectuoso.

De esto tratan los artículos 1318-1322 del Código Civil.

**Artículo 1318.-** Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

El *dolo* es el incumplimiento de la obligación, consciente y querido por el deudor. Es el incumplimiento hecho a propósito. El dolo es un incumplimiento de suma gravedad, porque es la negación del deber jurídico de cumplir la obligación por propia y libre decisión.

**Artículo 1319.-** Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

La *negligencia grave* es un descuido que demuestra muy poco cuidado en el cumplimiento de la obligación. El deudor no ha sido mínimamente precavido, no ha tomado en cuenta las circunstancias que lo harían incumplir total o parcialmente la obligación. En pocas palabras, no se ha preocupado de ser mínimamente cuidadoso para tener un cumplimiento jurídicamente correcto en su pago.

Es el caso, por ejemplo, de un conferencista que debe hacer una exposición esta noche y toma más licor que el que debía en el almuerzo, de manera que no puede asistir a la conferencia, y ni siquiera excusarse, porque no está en sus cabales para hacerlo.

**Artículo 1320.-** Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

La *culpa leve* es la de quien no toma las precauciones razonables para cumplir debidamente. Manteniendo el ejemplo y graduando las diferencias de actuación, un conferencista, que espera siempre a la última hora para preparar su exposición, un día tiene un contratiempo súbito que le impide elaborarla y, luego, hace un pésimo trabajo ante su auditorio.

Todas estas responsabilidades por incumplimiento, sean por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, producen el efecto de que el deudor respectivo deba indemnizar a su acreedor. Lo establece el artículo 1321 del Código Civil:

**Artículo 1321.-** Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

El primer párrafo del artículo 1321 es suficientemente claro en función de lo que ya hemos analizado.

El segundo párrafo establece que el resarcimiento que deberá realizar el deudor que incumplió cubre tanto el daño emergente como el lucro cesante.

El *daño emergente* es el daño que efectivamente se produce al acreedor. Si se trata de nuestro ejemplo de la conferencia que no se hizo o que salió muy mal por falta de preparación del conferencista, el daño emergente son los gastos de organización de la conferencia, las remuneraciones pagadas al personal de apoyo, seguridad, etc., los gastos de la recepción para todos los asistentes, etc. El daño emergente es el que efectivamente ha sufrido ya el acreedor que no ha recibido la prestación que se le debía pagar.

El *lucro cesante* es lo que dejó de obtener el acreedor como beneficios económicos por el incumplimiento de su deudor. En nuestro ejemplo, serían las ganancias que esperaba tener el organizador por la realización de la conferencia. También puede ocurrir que, como consecuencia de ese fracaso, haya tenido que suspender por un tiempo la organización de las conferencias porque la gente ha corrido la voz de que es un incumplido. El lucro cesante

son los menores ingresos que tendrá el acreedor porque su deudor no cumplió, o no lo hizo debidamente.

El párrafo final del artículo 1321 es más benevolente con quien incurre en culpa leve que con los demás y sólo incluye en la indemnización «el daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída». En otros términos, en el caso de la culpa leve no se le hará al deudor incumplido una liquidación detallada de todo el daño emergente y el lucro cesante, sino solamente de la parte que de todo ello pudo preverse cuando el acreedor y deudor acordaron aceptar la relación obligacional que existió. Esta indemnización tenderá usualmente a ser menor que la que se liquide con posterioridad y, desde luego, estará sujeta a discusión y, nuevamente, a razonamiento y motivación de especial calidad.



### **Módulo de trabajo 15**

(<https://forms.gle/JThNLnrwxbMqLhrC9>)

## CAPÍTULO XI LOS CONTRATOS

En este capítulo trabajaremos sobre una noción jurídica general de los contratos y haremos una referencia especial al contrato de compraventa, que es probablemente el más conocido porque todos hemos comprado muchas veces en la vida.

### 1. El concepto de *contrato*

El contrato está definido en el artículo 1351 del Código Civil:

**Artículo 1351.-** El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

El *contrato* es un acuerdo de por lo menos dos voluntades. Pueden ser tres o muchísimas más, pero por razones prácticas trabajemos con solo dos.

En un contrato de dos personas entran en juego dos expresiones de voluntad y, en cada una de ellas, puede haber nulidades o anulabilidades. La vinculación con el acto jurídico es estrecha.

El contrato existe para establecer reglas sobre una relación jurídica patrimonial, sea crearla, regularla, modificarla o extinguirla. El contrato que no tenga como finalidad regular de estas formas una relación jurídica patrimonial no será contrato. Podrá ser llamado, por ejemplo, *pacto* que es un concepto genérico que incluye contratos patrimoniales y otros acuerdos de voluntades. También podrá tener el nombre de *convenio*, entre otros.

El derecho a contratar es de naturaleza constitucional. Dos artículos de nuestra Constitución se refieren a él:

**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: // [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

**Artículo 62.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

El Tribunal Constitucional ha establecido que estos dos artículos regulan conjuntamente la *libertad de contratar*<sup>151</sup> y que siempre deben ser aplicados simultáneamente. En consecuencia, si un contrato se hizo con un contenido lícito en el momento de su suscripción pero después una ley de orden público lo convierte en ilícito, este contrato es afectado por tal ley y debe quedar sin efecto pues el beneficio de la ultraactividad que establece el artículo 62 no puede impedir que nuevas normas de orden público, de las señaladas en el artículo 2, inciso 14, entren en vigencia efectiva<sup>152</sup>.

Esto queda ratificado en el artículo 1354:

**Artículo 1354.-** Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

---

151 «[S]i bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público» (STC 2670-2002-AA, 30 de enero del 2004, § 3).

152 «El mandato del artículo 62° que consagra la inmodificabilidad de los contratos no es absoluto. // Tal y como ha sido analizado de modo previo, en el caso de los contratos de concesión, el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo. // No obstante, tales poderes sólo podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional» (STC 2488-2004-AA, 10 de octubre de 2006, § 9).

En este artículo y, en general, en toda la parte de contratos del Código Civil, la expresión *norma imperativa* es sinónima de la expresión *norma de orden público*.

Este dispositivo es concordante con el artículo 1356 del Código Civil que establece lo siguiente:

**Artículo 1356.**- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

Es decir, la regla general es que las normas sobre contratos deben entenderse como supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sea evidente que son imperativas. Esto, desde luego, en multitud de ocasiones, puede ser asunto de divergencias e interpretaciones.

El artículo 1355 del Código Civil establece lo siguiente:

**Artículo 1355.**- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

La norma es clara en lo que manda. Sin embargo, se ha discutido si una ley podría establecer limitaciones o imponer reglas a los contratos por interés social, público o ético. La discusión aparece porque en el texto de la Constitución de 1933 vigente (dictada después que el Código Civil) no hay menciones a tales intereses. Sin embargo, el artículo mantiene vigencia.

En principio, como regla general, pueden celebrar contratos las personas que tienen plena capacidad de ejercicio. Sin embargo, el artículo 1358 del Código Civil permite ciertos contratos a las personas con capacidad de ejercicio restringida:

**Artículo 1358.**- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Estos contratos se relacionarán con sus actividades esenciales: por ejemplo, comprar bienes que sirvan a su vida cotidiana (alimentación; vestimenta; pasajes al colegio, instituto o universidad; pago de servicios; etc.). De manera que, para la contratación, no siempre se requiere plena capacidad de ejercicio.

El artículo 1352 se refiere a la forma de los contratos como norma general, la cual admitirá excepciones:

**Artículo 1352.-** Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

La *perfección del contrato* consiste en su aprobación definitiva. De este modo, concordadas las voluntades, el contrato existe y es obligatorio. Según esta regla general del artículo 1352, para la *perfección* del contrato, basta el consentimiento de las partes y puede ser sólo verbal. El contrato no tiene que ser escrito.

Sin embargo, la ley o las partes, pueden acordar por escrito un requisito indispensable para la validez del contrato bajo sanción de nulidad. En tal caso, ese requisito deberá ser cumplido para que aquel se perfeccione y tenga la validez correspondiente (artículo 1411). También la ley y el convenio pueden establecer el requisito de escritura pública u otra forma solemne bajo sanción de nulidad (artículo 1412 del Código Civil). En todos estos casos, el *perfeccionamiento del contrato* ocurre cuando todos los requisitos han sido satisfechos, aunque sean básicamente formales. No hay que olvidar que uno de los requisitos de validez de los actos jurídicos es la «[o]bservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad» (artículo 140, inciso 4, del Código Civil).

En síntesis, podemos decir que un *contrato* es un acuerdo de voluntades entre personas de capacidad plena de ejercicio (o de capacidad restringida de ejercicio cuando ello es autorizado por la ley), que puede ser perfeccionado con el solo acuerdo verbal de voluntades o, según el caso, cumpliendo las formalidades que hayan establecido la ley o las partes. Tiene como objeto el crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La Constitución establece la libertad de contratación con aplicación ultraactiva de las normas vigentes al perfeccionamiento del mismo, pero sin afectar las normas de orden público que primarán sobre la voluntad común de las partes.

## **2. La negociación, celebración y ejecución de los contratos**

El artículo 1362 del Código Civil establece lo siguiente:

**Artículo 1362.-** Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Las etapas de la relación contractual que considera el Código Civil en este artículo son tres:

- La *negociación*. Es el período, corto o largo de tiempo, en el que las partes tratan de elaborar un contrato según sus propios intereses y las posibles coincidencias que encuentren. Hay contratos en los que la celebración contractual es prácticamente instantánea, como cuando una persona compra un bien sujeto a precio establecido, o inicia una relación con un proveedor de servicios públicos que tiene áreas de servicio y precios regulados por tarifas (por ejemplo, el agua potable, la electricidad o la telefonía celular). En otros casos, la negociación puede durar más, puede haber discusión sobre el precio o la calidad de la cosa. En otras ocasiones, las negociaciones durarán mucho tiempo en función de la dificultad de lograr un acuerdo.

El artículo 1359 del Código Civil dice lo siguiente al respecto:

**Artículo 1359.-** No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

El contrato se negocia íntegro y, mientras no se haya concluido la negociación, no hay contrato por más acuerdos parciales que se hayan adoptado. Esto es importante porque, durante la negociación, nadie ha adquirido ninguna obligación y, por lo tanto, nadie debe nada.

- La *celebración*. Es el momento en el que se logra el acuerdo y se cumplen todos los requisitos de forma que permiten perfeccionar el contrato. El efecto de haberse realizado la celebración es que el contrato queda perfeccionado y adquiere obligatoriedad entre las partes.

Sobre el efecto inmediato de la celebración y perfeccionamiento del contrato, el artículo 1361 del Código Civil señala lo siguiente:

**Artículo 1361.-** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Hay un dicho usual en el derecho: «El contrato es ley entre las partes». Es una metáfora que hay que tomar como tal, porque el contrato no es ni puede ser ley. Pero el significado de que el contrato es jurídicamente obligatorio, y que las partes están en el deber de cumplir en sus términos, es absolutamente cierto. Si no cumplieran, habrá mecanismos jurídicos para forzarlas a hacerlo; y, si ello no es posible y tienen responsabilidad en el incumplimiento, habrá, cuando menos, indemnizaciones, tal como ya comprobamos al estudiar las obligaciones.

- La *ejecución*. Es la etapa de cumplimiento de sus cláusulas, tal y como fueron establecidas las obligaciones respectivas. Puede ser una etapa de duración indefinida o determinada en el tiempo. También puede pactarse que dure lo que ambas partes deseen, hasta que una, o ambas, decidan que es tiempo de dar término a sus efectos.

Según el mismo artículo 1362, estas tres etapas están regidas por dos reglas que son principios generales aplicables a los contratos: la *buena fe* y la *común intención de las partes*.

Nosotros estudiamos la buena fe dentro de los conceptos fundamentales del derecho civil. En este artículo, esa buena fe no es *subjetiva*, sino *objetiva*. Esto quiere decir que, al actuar en cada una de las etapas, las partes deben cumplir con los criterios sociales generales y especiales aplicables a las actividades de las que trate el contrato. La buena fe será exigida en función de la manera en que la sociedad entiende la lealtad hacia el otro contratante. No importa que una o las dos partes hayan querido actuar de buena fe. Importa que se hayan guiado por las reglas sociales existentes al respecto.

El principio de la *común intención de las partes* pertenece al ámbito contractual y sostiene que las partes, durante la negociación, tenían cada una sus intereses y declaraban de acuerdo a ellos, mientras trataban simultáneamente de lograr acuerdos. Normalmente, la común intención de las partes no recoge en el texto del contrato todo lo que las partes querían que allí apareciera. Por el contrario: ellas negocian y, finalmente, cada una cede un poco en sus

intereses para lograr el acuerdo, que es la voluntad común y que tiene la ventaja de aunar fuerzas en el logro de los fines del contrato. Usualmente, las partes habrían querido que la voluntad común fuera un poco más cercana a sus propios intereses individuales. Pero, al final, acordaron que ganaban más una y otra poniéndose de acuerdo y transigiendo diferencias. La *común intención*, una vez perfeccionado el contrato, tiene que ser horada por las partes en beneficio mutuo y, confluentemente, en beneficio de cada una de ellas.

Un aspecto muy importante de la *común intención* de las partes es que ella puede ser elaborada y perfeccionada a lo largo de toda la ejecución contractual, dialogando y solucionando los problemas imprevistos en el acuerdo. La idea central que toda abogada(o) debe tener es que el diálogo creativo que se tuvo en la negociación debe continuar a lo largo de la ejecución para que la relación contractual obtenga sus mejores frutos. Si no lo hicieran así, tendría que haber negociaciones nuevas y, eventualmente, juicios.

### 3. La oferta y aceptación

En todo contrato hay oferta y aceptación, no importando cuánto dure la negociación ni que compleja sea. A veces, oferta y aceptación ocurren casi inmediatamente una después de la otra; a veces, una y otra están alejadas en el tiempo. A veces, los posibles contratantes están a miles de kilómetros de distancia y negocian sus contratos a través de diversos medios de comunicación y el tiempo entre oferta y aceptación se dilata.

El artículo 1373 del Código Civil establece lo siguiente

**Artículo 1373.-** El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

El artículo 1373 se pone en el caso de que hubo una oferta de un oferente y la persona que recibió la oferta emitió una aceptación que vino de vuelta a manos del oferente. En el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, queda perfeccionado el contrato.

El artículo 1376 se pone en el caso de quien debía aceptar la oferta no haga exactamente eso y proponga alguna modificación a los términos originales de la oferta. También se pone en el caso de que la aceptación tardía de la oferta pueda interesar al ofertante:

**Artículo 1376.-** La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.

Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

Si la aceptación llega tardíamente a manos del oferente, este puede hacer tres cosas según prefiera:

- Considerar que no cumplió con el plazo y desestimarla.
- Darla por recibida, anunciar tal recepción al aceptante y, con ello, perfeccionar el contrato.
- Considerarla como una contraoferta y aceptarla o no (o proponer otra contraoferta).

Si la aceptación llega a manos del oferente con ciertas modificaciones respecto a la oferta que él hizo, y la considera aceptable, entonces avisará que acepta los nuevos términos a quien se la envió y, con ello, queda perfeccionado el contrato.

Estas normas tienen por finalidad dar apoyo a la libertad de contratación, permitiendo que las partes negocien para lograr un acuerdo que las satisfaga. Después de todo, la iniciativa la toman ellas y el derecho debe facilitar y no entorpecer el arribo a la voluntad común.

El artículo 1374 trae reglas para la contratación entre ausentes:

**Artículo 1374.-** La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Los dos párrafos son suficientemente claros y no necesitan mayor comentario. En cada una de las posibilidades de conocimiento de la oferta y aceptación por cada una de las partes, puede haber muchos problemas que requieran estudio y que puedan generar diferencias de opinión. Las reglas, sin embargo, son simples y deben ser aplicadas con el mayor criterio de equidad posible.

El oferente puede plantear formalidades para la expresión de la aceptación: fijar una dirección, indicar un medio informático para recibirla, poner un plazo, etc. Todo es posible de aplicar y el aceptante tendrá que cumplir esas reglas para que su contestación perfeccione el contrato. Lo dice el artículo 1378:

**Artículo 1378.**- No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente.

#### 4. Un ejemplo de contrato: la compraventa

Tomaremos como ejemplo de contrato a la compraventa y analizaremos sus rasgos centrales. Su descripción está en el artículo 1529:

**Artículo 1529.**- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

La compraventa es un contrato clásico y antiguo. Se la describe con una frase conocida en el derecho: «la compraventa es un contrato de cosa y precio»<sup>153</sup>. En efecto, este contrato trata, en su versión más simplificada, de dos partes y dos obligaciones:

1. Las partes son el comprador y el vendedor.
2. Las obligaciones son las siguientes:
  - a. La primera en la que el comprador es el acreedor y el vendedor el deudor de la cosa comprada.
  - b. La segunda en la que el comprador es el deudor y el vendedor el acreedor del precio.

---

<sup>153</sup>Esto diferencia a la compraventa de la permuta. Sobre esta última señala lo siguiente el artículo 1602 del Código Civil: «Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes». La permuta no es de cosa y precio sino de dos cosas intercambiadas entre sí. La permuta se originó antes de la aparición de la moneda (que es el bien de intercambio universal). Sin embargo, permuta y compraventa tienen muchas similitudes. Por ello, el artículo 1603 del Código Civil señala que la «permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables».

Los artículos 1602 y 1603 transcritos en esta nota de pie de página son todas las reglas que el Código Civil contiene sobre la permuta.

Además, estas obligaciones tienen la particularidad de contar con prestaciones recíprocas. Son *prestaciones recíprocas* aquellas cuyo pago está vinculado entre sí: el comprador da el precio porque recibe el bien que compra; y el vendedor da la cosa porque recibe el precio que cobra.

Sobre ellas, en la sección del Código Civil llamada *Contratos en general*, el artículo 1426 dice lo siguiente:

**Artículo 1426.-** En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

La compraventa es un caso típico de prestaciones recíprocas y, por lo tanto, el intercambio de cosa y precio debe ser hecho simultáneamente, salvo, naturalmente, decisión diferente de las partes, o que se cumpla con los requisitos establecidos en la parte final del artículo 1426.

El Código Civil establece qué es lo que puede ser vendido:

**Artículo 1532.-** Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley.

Los *bienes existentes* no requieren explicación, pero sí es necesario precisar que los *bienes que puedan existir* deben ser posibles real y jurídicamente. No hay que confundir *posibilidad real* con corporeidad. El bien que se venda puede ser una obra intelectual como, por ejemplo, un lema comercial de éxito, o una fórmula de fabricación de un producto. Ninguno de los dos es *corpóreo*, pero es tan real como una silla o un aparato de música. Que el bien sea jurídicamente posible consiste, evidentemente, en que no tenga restricción o prohibición legal de ser vendido.

Esto nos lleva a dos criterios de posibilidad en el plano más general de descripción de los bienes:

- Bienes que se producen o que se produjeron y que ahora no están disponibles. Son los bienes *agotados*. Sobre su posibilidad real y jurídica no hay discusión mayor.
- Bienes que no existieron ni existen y que deben ser creados, pero de manera tal que su existencia no sea imposible en las condiciones

actuales: un boleto de viaje al sol es imposible, pero no uno de viaje espacial fuera de la atmósfera (de hecho, en ciertos países que tienen capacidad de enviar naves al espacio, estos boletos de viaje ya se están vendiendo). También sería posible vender como bien futuro una vacuna aún no existente contra un cierto virus. Sobre bienes futuros vendidos, el artículo 1534 dice lo siguiente:

**Artículo 1534.-** En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

El contrato es un acto jurídico que puede estar sujeto a las modalidades de este. Por tanto, la ley asume que, mientras el bien no exista, la venta no puede realizarse jurídicamente, aunque la voluntad común de hacer compraventa sobre él exista en las partes contractuales y se haya perfeccionado un contrato. Por eso, lo somete a condición suspensiva de que el bien futuro llegue a existir.

Estas precisiones sobre el bien materia de la compraventa son importantes porque hay que recordar que el inciso 2 del artículo 140 del Código Civil exige para la validez del acto jurídico un «[o]bjeto física y jurídicamente posible».

Los artículos 1550 y 1553 dictan normas sobre la entrega del bien objeto de la compraventa:

**Artículo 1550.-** El bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios.

Salvo pacto en contrario, que siempre es posible, el vendedor debe entregarlo como el comprador lo conoció al celebrarse el contrato. No puede alterarlo ni aumentándolo ni disminuyéndolo. En esto es preciso recordar el mandato del artículo 1132 en la parte de obligaciones de dar del Código Civil: «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor». Una recta interpretación de este dispositivo es que el comprador (que es acreedor del bien comprado) no puede recibir otro bien que el que compró, ni de menor, igual o mayor valor.

La referencia de la parte final del artículo 1550 a la inclusión de los accesorios, también nos debe llevar al artículo 889 del Código Civil que señala lo siguiente: «Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen

la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación».

Por su parte, el artículo 1553 establece lo siguiente:

**Artículo 1553.**- A falta de estipulación, el bien debe ser entregado en el lugar en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato. Si el bien fuera incierto, la entrega se hará en el domicilio del vendedor, una vez que se realice su determinación.

La primera parte del artículo se refiere a la circunstancia de que el bien esté en presencia de los contratantes en el momento de la perfección del contrato. Tal es el caso en el que el comprador elige un bien de entre los que están mostrados en una tienda: lo paga y se lo lleva. El bien es entregado en el momento de celebrarse el contrato, como dice el artículo 1553 del Código Civil.

La segunda parte del artículo que comentamos se refiere a la entrega del *bien incierto* y establece que esta se hace en el domicilio del vendedor una vez que hayan sido determinados.

A los bienes inciertos se refiere el Código Civil en su artículo 1142, que se halla en el título de *Obligaciones de dar*:

**Artículo 1142.**- Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

Vamos a suponer que una institución de enseñanza pide lo siguiente a una tienda de útiles de escritorio: «Para dentro de cuarenta y ocho horas, mil cuadernos de 80 hojas, de cualquier marca disponible, pero con papel bond de 70 gramos y con renglones a raya simple». La cantidad y especie se han señalado. Posiblemente, en la negociación del contrato, el vendedor ha dicho al comprador lo siguiente: «Mil cuadernos son muchos. De repente tengo que enviarle de más de una marca debido al corto plazo de entrega». No se sabe la marca, pero sí la especie y cantidad. Es una compra de bienes inciertos.

Los bienes inciertos tendrán que ser elegidos antes de que se pague la prestación. El artículo 1143 del Código Civil establece reglas al respecto:

**Artículo 1143.-** En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media.

La elección de bienes inciertos tiene importancia en el contrato de compraventa porque podrían elegirse los mejores o peores. Para dar la mayor equidad posible a esta elección, el artículo 1143 establece las siguientes normas:

- A falta de decisión contractual, la elección de los bienes corresponde al deudor de los mismos, pero se podrá pactar la elección por el comprador o por una tercera persona.
- Si elige el deudor no puede elegir los de menor calidad, sino de la calidad media hacia la mejor.
- Si elige el acreedor no puede elegir los de mejor calidad, sino de la calidad media hacia la menor.
- Si elige un tercero, deberá elegir la calidad media.

Desde luego, es también materia a determinar cuál es la *calidad media* según la cual se hace la elección. Sería bueno que los criterios para establecerla estén pactados en el contrato de compraventa. Si la calidad media no está determinada lo mejor posible, los problemas de cumplimiento contractual pueden ser grandes en razón directa a la variedad y valor de las diversas calidades disponibles.

En cuanto al pago que debe realizar el comprador, el artículo 1558 dicta la norma general:

**Artículo 1558.-** El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados.

A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador.

La norma está construida bajo el principio de que se trata de un contrato con prestaciones recíprocas que deben ser entregadas simultáneamente como ya hemos visto antes.

El primer párrafo del artículo somete el momento del pago a lo que se haya pactado en materia de tiempo y lugar, respetando la libertad de contratación.

Si no hubiera pacto, entonces la entrega recíproca de las prestaciones se hará en el lugar de la entrega del bien y, si esto por alguna razón no es posible, el comprador pagará en su domicilio.

Con la información que tenemos sobre los contratos, y su ejemplificación y detalle en la compraventa, podemos trabajar en los vínculos sistemáticos que existen entre ellos y otros aspectos del derecho privado incorporado en el Código Civil.

Como los contratos son actos jurídicos, y a su vez contienen otros actos jurídicos en su interior como las dos declaraciones de voluntad que convergen en la voluntad común, la relación entre estas dos partes del derecho privado es muy importante. Tendremos que identificar, en un contrato, qué de su problemática pertenece a una u otra parte del derecho y, naturalmente, del Código. Para eso, la determinación más precisa de los problemas jurídicos que hemos trabajado en el método jurídico es de una gran ayuda. En general, la misma declaración de voluntad y sus componentes serán materia del acto jurídico; y el contenido contractual, del contrato. Pero, por ejemplo, puede haber modalidades dentro del contrato que también son parte del acto jurídico y se rigen por sus normas: nos referimos a la condición, plazo y modo.

Desde que el contrato es una de las fuentes más importantes de las obligaciones, el vínculo entre aquel y estas también es esencial. Los problemas propios del contrato (lo acordado por las partes) y de las obligaciones (las relaciones entre acreedor y deudor con todas sus complejidades) son materias que también tienen que discriminarse en función de una adecuada formulación de los problemas a fin de identificar las instituciones que participan en ellos y encontrar las normas respectivas.

Este curso tiene la finalidad de que veamos todo el derecho privado en su integridad y sus relaciones. Lo más importante no es saber las normas de cada parte sino, antes bien, conocer todo el «mapa» del derecho privado contenido en el Código Civil y, con la ayuda del método, identificar los

hechos y, en base a ellos, determinar a qué parte del derecho pertenece cada problema y solucionarlo con las normas respectivas.

Serán mejores abogadas(os) quienes logren comprender bien en qué consiste cada parte del Código Civil y cuáles son sus vinculaciones con otras partes. Podrá encontrar respuestas a los problemas que se presenten de mucho mejor manera que quien tiene una visión lineal de los diversos temas del Código Civil, pero no ve la sistemática de sus interrelaciones. A esto último es a lo que apunta nuestro curso y es como hay que estudiarlo. Los contratos son un campo fértil para identificar estas relaciones sistemáticas.



### **Módulo de trabajo 16**

(<https://forms.gle/2JTpPyEERYoWBCFh6>)



## BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (1975). *Derecho civil I. Introducción y parte general* (cuarta ed.). Barcelona: Bosch.
- Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (segunda ed., vol. I). Buenos Aires: Ediar.
- Areco, J. S. (1948). *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires: Guillermo Kraft.
- Arias Schreiber Pezet, M. (1988). Exposición de motivos y comentarios. Contratos en general. En D. Revoredo de Debakey (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (tercera ed., págs. 1-196). Lima.
- Bergoglio, M., y Bertoldi, M. V. (1983). *Trasplantes de órganos. Entre personas. Con órganos de cadáveres*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bernales B., E. (1984). *El Parlamento por dentro*. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo.
- Bernales B., E. (1990). *Parlamento y democracia*. Lima: Constitución y Sociedad.
- Congreso de la República del Perú. (18 de abril del 2022). *Diario de los Debates*. Segunda legislatura ordinaria del 2001. Décima sesión (matinal).
- Dabin, J. (1955). *El derecho subjetivo* (trad. de F. J. Osset). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- David, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar.
- De Trazegnies Granda, F. (1986). Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil. En *Para leer el Código Civil* (sexta ed., vol. II, págs. 214-241). Fondo Editorial PUCP.

- Delgado-Guembes, C. (1992). *Qué parlamento queremos*. Lima: Cultural Cuzco.
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (1980). *Sistema de derecho civil* (segunda ed., vol. II). Madrid: Tecnos.
- Du Pasquier, C. (1983). *Introducción al derecho* (tercera ed.). Lima: Ediciones Justo Valenzuela.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de las personas* (t. I). Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos (a propósito de la Constitución española de 1978)*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Fernández Sessarego, C. (1986). *Derecho de las personas* (segunda ed.). Lima: Librería Studium.
- Fernández Sessarego, C. (1988). Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano. Derecho de las personas. En D. Revoredo de Debakey (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (vol. IV, págs. 32-268). Lima.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Abuso de derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984: historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*. Lima: Motivensa.
- Guzmán Brito, A. (1985). Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano. *Pro Jure. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (9), 43-52.
- Josserand, L. (1950). *Derecho civil* (vol. I, t. II). Buenos Aires: EJEABosch.
- Kelsen, H. (1982 [1960]). *Teoría pura del derecho* (trad. de R. J. Vernengo). México: UNAM.
- León Barandiarán, J. (1980). *Curso elemental de derecho civil peruano*. Lima: Gráfica Morsom.
- León Barandiarán, J. (1988). Exposición de motivos y comentarios al títulos preliminar. En D. Revoredo de Debakey (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (tercera ed., vol. IV, págs. 21-33).

- León Barandiarán, J. (1988). Exposición de motivos y comentarios. Responsabilidad extracontractual. En D. Revoredo de Debaquey (comp.), *Código Civil* (tercera ed., vol. VI, págs. 797-808). Lima.
- Luna Victoria León, C. (1988). Código civil de 1852: lo nacional y lo importado. *Derecho PUCP*, (42), 73-100. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.198801.003>
- Martín Bernal, J. M. (1982). *El abuso del derecho*. Madrid: Montecorvo.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Mazeaud, J. (1965). *Lecciones de derecho civil* (vol. II, t. II). Buenos Aires: EJEA.
- Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial* (vol. I). Buenos Aires: EJEA.
- Osterling Parodi, F. (1988). Exposición de motivos y comentarios al libro VI del Código Civil. Las obligaciones. En D. Revoredo de Debaquey (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (tercera ed., vol. V, págs. 287-469). Lima.
- Puig Butrau, J. (1981). *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Bosch.
- Rey de Castro, A. (1972). *La responsabilidad civil extracontractual. Estudio teórico y práctico del derecho nacional y comparado*. Lima: UNMSM.
- Rubio Correa, M. A. (2020). *El sistema jurídico. Introducción al derecho* (duodécima ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sentís Melendo, S. (1957). *El juez y el derecho: iura novit curia*. Buenos Aires: EJEA.
- Silva Vallejo, J. A. (1985). El artículo VII del título preliminar del nuevo Código Civil: llave maestra de la teoría general del derecho. En *Libro homenaje a José León Barandiarán* (págs. 453-493). Lima: Cultural Cuzco.
- Vidal Ramírez, F. (1988). Exposición de motivos y comentarios al libro II del Código Civil. Acto jurídico. En D. Revoredo de Debaquey (comp.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (vol. IV, págs. 269-336). Lima.
- Warat, L. A. (1969). *Abuso del derecho y lagunas de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Zolezzi Ibárcena, L. (1985). Disposiciones de contenido procesal. En *Para leer el Código Civil* (segunda ed., vol. II, págs. 147-171). Lima: Fondo Editorial PUCP.

**ANEXO**



## ANEXO

### CUADRO DE SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional	Fecha	Asunto	Enlace
STC 458-2001-HC	25-09-2001	Demanda de <i>habeas corpus</i> interpuesta por Rosa Miriam Cabanillas Tapia contra los vocales de la Tercera Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Trujillo y el juez del Octavo Juzgado Penal de Trujillo por vulneración de sus derechos constitucionales a la libertad individual, debido proceso, aplicación de la ley más favorable al reo y debida motivación de las resoluciones judiciales.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00458-2001-HC.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00458-2001-HC.html</a>
STC 476-2002-AA	29-01-2003	Demanda de amparo interpuesta por Atenera Molina S. A. contra el Ministerio de Transportes, Comunicación, Vivienda y Construcción, el Ministerio de la Presidencia y la Superintendencia de Bienes Nacionales por amenaza al derecho de propiedad.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00476-2002-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00476-2002-AA.html</a>
STC 047-2004-AI	24-04-2006	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra el Congreso de la República por violación de los artículos 103 y 191 de la Constitución.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html</a>
STC 2409-2002-AA	7-11-2002	Demanda de amparo interpuesta por Diodoro Antonio Gonzales Ríos contra los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura por violación de los artículos 51 y 154, inciso 2, de la Constitución.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/02409-2002-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/02409-2002-AA.html</a>
STC 1875-2006-PA	5-06-2006	Demanda de amparo interpuesta por Víctor Ricardo Luna Mendoza y otros contra el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que cese la amenaza de violación de su derecho a la igualdad.	<a href="https://facultad-derecho-pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2024/10/stc-1875-2006-pa.pdf">https://facultad-derecho-pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2024/10/stc-1875-2006-pa.pdf</a>

STC 8628-2005-PA	6-01-2006	Demanda de amparo interpuesta por Marcos Ibazeta Marino contra el Consejo Nacional de la Magistratura por vulneración de los derechos al honor y buena reputación, debido proceso, permanencia en el cargo y presunción de inocencia.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08628-2005-AA.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08628-2005-AA.pdf</a>
STC 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados)	29-01-2004	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo contra el Decreto de Urgencia 055-2001 (norma que estableció el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado), y demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el mismo Colegio de Abogados contra la Ley 27684.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html</a>
STC 0014-2003-AI	10-12-2003	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos contra el denominado «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993».	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html</a>
STC 0001-2004-AI y 0002-2004-AI (acumulados)	27-09-2004	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Carlos Guillermo Repetto Grand y Gerardo Raúl Vizcardo Otrazo, cada uno en representación de más de 5000 ciudadanos, contra diversos artículos de la Ley 28046, la cual crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.pdf</a>
STC 2488-2004-AA	10-10-2006	Demanda de amparo interpuesta por Empresa de Transportes Sol del Perú contra la Municipalidad Provincial de Pasco, solicitando que se declare inaplicable la Ordenanza Municipal 032-2003-CCM-HMPP del 20 de octubre de 2003.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html</a>
STC 2670-2002-AA	30-01-2004	Demanda de amparo interpuesta por la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras contra el Congreso de la República y el Ministerio de Trabajo y Promoción Social por vulneración a la libertad de empresa y a los derechos de contratación e inmutabilidad de los términos contractuales.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02670-2002-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02670-2002-AA.html</a>

STC 0042-2005-AI	13-04-2005	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de 5000 ciudadanos contra el artículo 540 del Decreto Legislativo 776. Ley de Tributación Municipal, modificado por el Decreto Legislativo 952.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf</a>
STC 0569-2003-AC	5-04-2004	Demanda de cumplimiento interpuesta por don Nemesio Echevarría Gómez contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00569-2003-AC.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00569-2003-AC.html</a>
STC 0019-2005-PI	21-07-2005	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25 % del número legal de miembros del Congreso de la República contra el artículo único de la Ley 28568, que modifica el artículo 47 del Código Penal.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf</a>
STC 3330-2004-AA	11-07-2005	Demanda de amparo interpuesta por Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Dirección Municipal de Comercialización y Defensa del Consumidor, y la Dirección de Fiscalización y Control de la Municipalidad Metropolitana de Lima por vulneración de los principios de legalidad y conservación de los actos administrativos.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf</a>
STC 3283-2003-AA	15-06-2004	Demanda de amparo interpuesta por Taj Mahal Discoteque, representada por Teodoro Camayo Quinte, y El Jeque Discoteque, representada por Gloria Camayo de Ruiz, contra la Municipalidad Provincial de Huancayo por amenaza de los derechos a la libertad de conciencia, religión, trabajo y empresa.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html</a>
STC 0017-2003-AI	16-03-2004	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley 24150 (que establece normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno), modificada por el Decreto Legislativo 749.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html</a>

STC 0006-2000-AI	11-04-2002	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Guiomar Seijas Dávila y 66 Con- gresistas de la República contra la Ley 27308, Ley Forestal de la Fauna Silvestre, y el Decreto de Urgencia 085-2000.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00006-2000-AI.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00006-2000-AI.html</a>
STC 0006-2012-PI	12-01-2016	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por seis mil ochocientos cincuenta y siete ciudadanos contra diversos artículos de la Ley 29555, que implementa la incor- poración progresiva de plazas y presupuesto de los órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00006-2012-AI.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00006-2012-AI.pdf</a>
STC 008-96-I	23-04-1997	Demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas por ciudadanos firmantes contra el Decreto Legislativo 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00008-1996-AI%2000009-1996-AI%2000010-1996-AI%2000015-1996-AI%2000016-1996-AI.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00008-1996-AI%2000009-1996-AI%2000010-1996-AI%2000015-1996-AI%2000016-1996-AI.html</a>
STC 2235-2004-AA	18-02-2005	Demanda de amparo interpuesta por Grimaldo Sarudino Chong Vásquez contra el juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Sullana, Raúl Fernando Espi- noza Gordillo; y la secretaria de este Juzgado, Ana Libia Jiménez, por violación de los derechos al trabajo, libertad de contratación e igualdad ante la ley.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf</a>
STC 10575-2006- PA	14-03-2007	Recurso de agravio constitucional interpuesto por Minera Shahuindo SAC contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Su- prema de Justicia de la República por abuso de derecho.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10575-2006-AA.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10575-2006-AA.pdf</a>
STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC (acumulados)	3-06-2005	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cuzco y Callao y más de 5000 ciudadanos contra la Ley 28389, de reforma constitucional del régimen pensionario, y la Ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf</a>

STC 0340-2003-AA	25-11-2004	Demanda de amparo interpuesta por Félix Trinidad Lazo Villanueva, en representación de Pedro Pablo Fernández Atencio y otros, contra Telefónica del Perú SAA por vulneración a sus derechos al trabajo y a la no discriminación.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00340-2003-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00340-2003-AA.html</a>
STC 0410-2002-AA	15-10-2002	Demanda de amparo interpuesta por Julia Soledad Chávez Zúñiga contra el Banco Wiese Sudameris por vulneración de sus derechos de propiedad, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00410-2002-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00410-2002-AA.html</a>
STC 0858-2003-AA	24-03-2004	Demanda de amparo interpuesta por Leyler Torres del Águila contra el Organismo Supervisor de Inversiones Privadas en Telecomunicaciones por vulneración del principio de legalidad y el debido proceso.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html</a>
STC 0999-2001-AA	22-08-2002	Demanda de amparo interpuesta por Carlos Augusto Palomino contra el Banco de la Nación por la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a no ser condenado sin proceso judicial previo.	<a href="https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2024/10/stc-0999-2001-aa.pdf">https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2024/10/stc-0999-2001-aa.pdf</a>
STC 3101-2003-AA	6-01-2004	Demanda de amparo interpuesta por Óscar Ernesto Machicao Herrera contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria por vulneración del artículo 103 de la Constitución.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03101-2003-AA.html">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03101-2003-AA.html</a>
STC 3315-2004-AA	17-01-2005	Demanda de amparo interpuesta por Agua Pura Rovic SAC contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial por vulneración a sus derechos constitucionales de propiedad, contratación, trabajo, libertad personal, libertad de empresa, comercio e industria, pluralismo económico, libre competencia y debido proceso.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html</a>
STC 5396-2005-PA	6-09-2005	Demanda de amparo interpuesta por Max Henry Ramírez García contra el Jurado Nacional de Elecciones por vulneración de la autonomía del Gobierno Regional de San Martín, y a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05396-2005-AA.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05396-2005-AA.pdf</a>

STC 6712-2005-HC	17-10-2005	Demanda de <i>habeas corpus</i> interpuesta por Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana contra los miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema por vulneración de sus derechos a la libertad personal y tutela jurisdiccional efectiva.	<a href="https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf">https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf</a>
STC 0006-2020-AI	25-08-2020	Demanda de inconstitucionalidad planteada por el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contra el artículo único de la Ley 31018, <i>Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada, durante el estado de emergencia nacional, declarado a causa del brote del COVID-19.</i>	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2020-AI.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2020-AI.pdf</a>
STC 2970-2019- PHC	23-03-2021	Demanda de <i>habeas corpus</i> presentada por Marcelina Rudas Valer y Jhojana Rudas Guedes contra el jefe institucional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Jorge Yrivarren Lazo, por vulneración del derecho a la identidad, causada por la aplicación del artículo 20 del Código Civil.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02970-2019-HC.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02970-2019-HC.pdf</a>
STC 00882-2023- PA	26-09-2023	Demanda de amparo interpuesta por Ricardo Morán Vargas contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil por vulneración de los derechos al nombre, identidad, igualdad, no discriminación y debido proceso de sus menores hijos debido a negación de la solicitud de inscripción administrativa del acta de nacimiento de estos últimos.	<a href="https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf">https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf</a>



