Juan Espinoza Espinoza

LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984



Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial

Fondo Editorial de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Espinoza Espinoza

Juan Espinoza Espinoza es Abogado y Magíster en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Además, ha realizado estudios de posgrado en la Scuola de Specializzazione in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino y ha desarrollado actividades de investigación en el Instituto di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Genova, Italia.

Ejerce la docencia como profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Asimismo, es profesor de Derecho Civil y Comparado en la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Sección de Posgrado en Derecho y Ciencias Políticas de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, entre otras unidades de posgrado de distintas universidades del país.

Actualmente, es miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil y Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

(Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)

Juan Espinoza Espinoza

Pontificia Universidad Católica del Perú

Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984

Primera edición: agosto 2003

Tiraje: 500 ejemplares

©2003, Juan Espinoza Espinoza

©2003 de esta edición por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima – Perú
Telefax: 330-7405; 330-7410; 330-7411
Email: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Magaly Sánchez
Ilustración de cubierta: *Cinco carácteres grotescos*. Leonardo da Vinci. Windsor Castle: Royal Library.
Corrección de estilo: Gino Luque
Cuidado de la edición: Óscar Hidalgo

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-583-5
Hecho el Depósito Legal N.° 1501052003-3270

Impreso en Perú – Printed in Peru

A Ana María
por colorear mis días
en esta hermosa relación.
A tí va dedicado este libro
... y mi vida entera

La sperienza, interprete in fra l'artificioza natura e la umana spezie, ne'nsegna ció che essa natura in fra' mortali adopra da necessità constretta, non altrimenti oprar si possa che la ragione, suo timone, oprare le'nsegni.

LEONARDO DA VINCI.
Codice Atlántico (86 r.a.).

LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

(Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)

PRÓLOGO 21

INTRODUCCIÓN 23

CAPÍTULO I
LA CESACIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS LEGALES

Introducción 31

1. La ley y su relación con el concepto de fuente de derecho. Sentidos y perfiles 31
   1.1. Fuentes del derecho 32
   1.2. Sentidos y jerarquía de la ley 35
   1.3. Perfiles de la norma jurídica legislativa 38
2. La incompatibilidad entre las normas jurídicas 39
3. Causas de cesación de la vigencia de las normas jurídicas legales 42
   3.1. Causas internas 44
   3.2. Causas externas 45
      3.2.1. Derogación 45
         3.2.2.1. Clases de derogación 46
            a) Derogación expresa 46
            b) Derogación tácita 47
            c) Derogación indirecta de las leyes subordinadas 56
      3.2.2. Modificación 56
      3.2.3. Suspensión de la eficacia de las normas jurídicas 57
      3.2.4. Fuerza derogatoria de las resoluciones judiciales 58
            a) Las sentencias del Tribunal Constitucional 58
            b) Las sentencias que amparan la acción popular 60
      3.2.5. El caso de los decretos de urgencia o decretos con fuerza de ley 60
      3.2.6. Efectos derogatorios indirectos del referéndum 62

3.2.7. Derogación de la norma derogatoria o modificatoria 62
3.2.8. Precisiones que hace la jurisprudencia nacional 65
a) ¿Cabe aplicar el artículo I del Título Preliminar del Código Civil a los actos jurídicos? 65
b) ¿Tiene naturaleza procesal el artículo I del Título Preliminar del Código Civil? 67
c) ¿Cabe una derogación tácita genérica? 68

CAPÍTULO II
HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DENOMINADO ABUSO DE DERECHO FRENTE A LA CRISIS DE LA TIPICIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO

1. El concepto de derecho subjetivo a la luz de la noción de la situación jurídica subjetiva 73
2. Estructura y límites del derecho subjetivo 76
3. El abuso de derecho como fenómeno histórico 79
4. La respuesta de los ordenamientos jurídicos europeos y del *common law* frente al abuso de derecho 80
5. La cauta posición del ordenamiento jurídico italiano 84
6. El abuso de derecho en el sistema jurídico latinoamericano 88
7. La ideología del abuso de derecho y la crisis de la tipicidad de los derechos 92
8. La aplicación del principio del abuso de derecho en la experiencia jurisprudencial nacional 96
8.1. El abuso de derecho-ineficacia (o pretensión procesal abusiva) en materia de derechos surgidos de la sociedad de gananciales 96
8.2. La omisión abusiva de un derecho por inactividad de conversión (por parte del denominado cónyuge inocente) de la separación de cuerpos en divorcio (ante la imposibilidad de reconciliación) 110
8.3. El abuso de derecho en el derecho concursal y en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales 125
9. Nota conclusiva 128

CAPÍTULO III
DERECHO TRANSITORIO

1. Generalidades: regímenes de aplicación de la ley 133
2. El principio de la irretroactividad y las teorías de aplicación de la ley 136
3. Excepciones al principio de irretroactividad de las leyes: la retroactividad tácita 141
4. Dos modelos a tenerse en cuenta: el Código Civil argentino y la Ley de Introducción del Código Civil brasileño 150
5. El problema interpretativo en materia de aplicación de las leyes en las relaciones jurídicas contractuales 153
6. Interpretación lógico-sistemática del artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano 156
7. El derecho transitorio en la jurisprudencia nacional 157

CAPÍTULO IV
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU CAPACIDAD DE RESPUESTA

1. Sobre el problema de la existencia de las lagunas de derecho y la manera de colmarlas 165
   1.1. Positivismo ingenuo o dogmático 165
   1.2. Jusnaturalismo irracional o anárquico 167
   1.3. Empirismo 169
   1.4. Logicismo 169
   1.5. Eclecticismo 171
2. Distinción entre lagunas normativas y lagunas de aplicación normativa 173
   2.1. Lagunas de conocimiento 173
   2.2. Lagunas de reconocimiento 174
3. La pretendida dicotomía entre interpretación e integración del derecho 174
4. Precisiones conceptuales en torno de la analogía 176
   4.1. Etimología 176
   4.2. Definición 177
      4.2.1. Analogía *legis* 178
      4.2.2. Analogía *iuris* 178

4.3. Teorías acerca de si es procedente (o no) la aplicación de la analogía en el Derecho 179
4.3.1. Ingenua o exclusivista 179
4.3.2. Negativistas 179
4.4. Teorías respecto al fundamento de la aplicación de la analogía en el Derecho 180
4.4.1. Fundamento jurídico 180
4.4.2. Fundamento político 181
4.4.3. Fundamento lógico 181
4.5. Límites a la aplicación de la analogía 182
4.6. La interpretación analógica y la analogía *in bonan partem* en el Derecho Penal 186
4.7. Alcances del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil 189
5. La analogía y otros tipos de argumentación jurídica 190
5.1. Argumento *a contrario* (*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*) 190
5.2. Argumento *a simili* o analógico (*lex minus dixit quam voluit*) 192
5.3. Argumento *a fortiori* 192
5.4. Argumento de la completitud de la disciplina jurídica 194
5.5. Argumento de la coherencia de la disciplina jurídica 195
5.6. Argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto) 196
5.7. Argumento histórico (o presunción de continuidad o hipótesis del legislador conservador) 197
5.8. Argumento *abductivo* (o *apagógico*, o *ab absurdo*, o *reductio ad absurdum* o hipótesis del legislador razonable) 198
5.9. Argumento teleológico (o hipótesis del legislador provisto de fines) 199
5.10. Argumento económico (hipótesis del legislador no redundante) 200
5.11. Argumento *autoritativo* (o *ab exemplo*) 202
5.12. Argumento sistemático (o hipótesis del derecho ordenado) 204
5.12.1. Argumento topográfico (o de la *sedes materiae*) 205
5.12.2. Argumento de la constancia terminológica 205
5.12.3. Argumento sistemático-conceptualista o dogmático 205

5.13. El argumento naturalista (o de la naturaleza de las cosas o hipótesis del legislador impotente) 206
5.14. Argumento equitativo 209
5.15. Argumento a partir de los principios generales (o *analogía iuris*) 209
6. La aplicación de la analogía por la jurisprudencia nacional 211
6.1. ¿Puede aplicarse el artículo IV del Título Preliminar para interpretar las cláusulas de un estatuto? 212
6.2. Si cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas para la interpretación de los estatutos 218
6.3. Si la interpretación al artículo estatutario fue correcta 219
6.4. ¿Qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable utilizar? 220

CAPÍTULO V
LA AUTONOMÍA PRIVADA: SUS LIMITACIONES FRENTE A LAS LEYES IMPERATIVAS Y AL ORDEN PÚBLICO

1. La autonomía privada como fuente de relaciones jurídicas y su (pretendido) deslinde conceptual con la libertad jurídica 225
2. Esbozo para una introducción a la teoría del negocio jurídico 230
2.1. Historicidad 230
2.2. Abstracción 231
2.3. Instrumentalidad 232
3. Hecho, acto y negocio jurídico 233
3.1. Hecho jurídico 233
3.2. Clasificación de los hechos jurídicos 234
3.2.1. Hechos jurídicos naturales 234
3.2.2. Hechos jurídicos legales 235
3.2.3. Hechos jurídicos humanos 235
3.2.3.1. Hechos jurídicos humanos involuntarios 235
3.2.3.2. Hechos jurídicos humanos voluntarios 235
a) Hechos jurídicos voluntarios ilícitos 236
b) Hechos jurídicos voluntarios lícitos 237
3.3. *Fattispecie* o supuesto de hecho 239
3.4. Acto jurídico 240
3.5. Negocio jurídico 243
4. El orden público

5. Sobre la aplicación en la experiencia jurídica nacional del principio del orden público dinámico 254
6. Buenas costumbres: ¿es necesaria su distinción con el orden público? 269
7. Sobre la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad 272
8. La nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público (y a las buenas costumbres) en la jurisprudencia nacional 278

CAPÍTULO VI
NATURALEZA JURÍDICA DEL LEGÍTIMO INTERÉS: HACIA EL RESCATE DE SU AUTONOMÍA CONCEPTUAL

Introducción 285

1. El legítimo interés para la doctrina civilista nacional: ¿interés procesal, legitimidad para obrar o situación jurídica material? 286
2. El legítimo interés en el Código Civil peruano (y la urgente necesidad de unificar criterios) 290
3. Alguna precisión respecto al carácter de abstracción del derecho de acción 292
4. La lesión del legítimo interés: la responsabilidad administrativa y civil 293
5. El legítimo interés en la jurisprudencia nacional 298

Conclusiones 300

CAPÍTULO VII
SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y EL ESPEJISMO DE LA CLARIDAD

Premisa 307

PRIMERA PARTE
GENERALIDADES

1. Tipos de interpretación 310

2. La interpretación: ¿descubre normas o propone el significado de las normas? 313
3. La argumentación como base del razonamiento jurídico 314
4. La jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial 318
5. El aforismo *iura novit curia* y su aplicación en la jurisprudencia peruana 320

SEGUNDA PARTE
SOBRE LA TRAICIÓN DE LOS EXÉGETAS A LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR
(y sobre la traición de algunos jueces a su función de administrar justicia)

1. Necesaria aclaración 329
2. El caso 336
3. Las cuestiones 337
3.1. Sobre la formalidad en el otorgamiento de los poderes 337
3.2. La representación voluntaria de la persona jurídica frente a la teoría del órgano 342
3.3. El nuevo *ius corrigendi* de los vocales superiores (o su derecho a interpretar sus propias resoluciones) 345
3.4. *Post data*: lo saludable que puede resultar asumir una posición exegética frente a un inconsciente *revirement* de la escuela del derecho libre 347

TERCERA PARTE
LA ROMÁNTICA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO Y SU INFLUENCIA EN UN ESTADO PLURICULTURAL

1. Premisa 349
2. El planteamiento de la escuela histórica del derecho 350
3. El método de interpretación de la escuela histórica del derecho 352
4. Sobre la validez actual del planteamiento de la escuela histórica en un país pluricultural (o del salto desde «los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo» a los «que por su cultura o costumbres comete(n) un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su(s) acto(s)»). 354

CUARTA PARTE
VON IHERING Y EL VIAJE AL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS
(con un aterrizaje forzoso en la sociología jurídica)

1. Premisa: el sueño imaginario de von Ihering 362
2. El planteamiento del método de la jurisprudencia de los conceptos 363
3. El otro von Ihering: arrepentido conceptualista que se convierte en sociólogo del derecho 367
4. El caso 370
5. Las cuestiones 371
   5.1. Sobre la interpretación innovadora de los modelos jurídicos 371
   5.2. Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales 373

QUINTA PARTE
EL SINCRETISMO DE CARNELUTTI
(o la reencarnación de los conceptos jurídicos)

1. Premisa 378
2. ¿Hasta dónde llega la responsabilidad administrativa de los proveedores por la idoneidad y calidad de los servicios y productos que ponen en circulación en el mercado? 382

A manera de colofón: volviendo a la práctica sabiduría del buen Sancho Panza 385

CAPÍTULO VIII
ALGO MÁS SOBRE LOS DENOMINADOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. Definición de *principio* 391
2. Sobre la pretendida generalidad de los principios (generales) del derecho y su origen 392

2.1. Positivistas 394
2.1.1. Positivistas del derecho patrio 395
2.1.2. Positivistas del derecho comparado 395
2.1.3. Positivistas históricos 395
2.2. Iusnaturalistas 397
2.3. Cientificistas 399
2.4. Eclécticos 400
2.5. Culturalistas 402
2.6. Integralistas 403
3. Naturaleza jurídica 403
4. Los principios del derecho y los brocardos jurídicos 409
5. Principios generales del derecho, fines y valores jurídicos 410
6. Los principios del derecho en la legislación nacional 415
7. Cómo los operadores jurídicos utilizan (¿o manipulan?) los principios jurídicos 421

CAPÍTULO IX
LA CENTRALIDAD DEL DERECHO CIVIL EN EL DERECHO PRIVADO
(a propósito del principio de supletoriedad)

1. Generalidades 441
2. Derecho común, derecho especial, derecho singular y el principio de supletoriedad 445
3. El artículo IX del Titulo Preliminar del Código Civil como punto de partida para una búsqueda de las fuentes del derecho y otros mecanismos de administración de justicia para el operador jurídico 447

CAPÍTULO X
DACIÓN DE CUENTAS AL CONGRESO

1. Premisa 457
2. Antecedentes históricos y comparativos 457
3. Alcances del artículo X del Título Preliminar del Código Civil 461
4. Viabilidad del artículo X del Título Preliminar del Código Civil 464

REFLEXIONES FINALES
(A propósito de la propuesta de reforma del Título Preliminar planteada por la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil) 467

BIBLIOGRAFÍA 477

Prólogo

Este estudio de Juan Alejandro Espinoza Espinoza sobre los principios del Título Preliminar del Código Civil peruano se presenta con un carácter de sobresaliente novedad. Ya el subtítulo, «Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial», advierte que no se trata de una obra de mera disertación conceptual sino de una obra dirigida a penetrar en la realidad del ordenamiento jurídico, en la complejidad de sus aspectos operativos y en su efectividad.

El estudio dedica amplia atención a la jurisprudencia constitucional, civil y administrativa, divisando en esta el momento vital y evolutivo del Derecho; pero también aquí se observa una importante nota de novedad, en cuanto el autor no se limita a reproducir el texto de las decisiones. Cuando considera necesario entender el íntegro significado del *dictum*, el autor va mas allá del enunciado de la sentencia y reconstruye la experiencia procesal a través del examen de la actuación de las partes.

La investigación doctrinaria es conducida a todo nivel y tiene en cuenta las contribuciones de los autores clásicos y de los que pertenecen a la literatura actual, sin límites nacionales. El conocimiento y el análisis del pensamiento jurídico de las áreas americana y europea permite al autor trazar un cuadro expositivo que eleva la elaboración de los principios del Título Preliminar del Código peruano a una reflexión sobre los principios generales del Derecho en el mundo contemporáneo.

Solo por señalar algunos de los temas dignos de atención, pongo de relieve cómo el abuso del derecho es un significativo banco de prueba de la metodología del autor, que toma la noción madurada en la experiencia jurisprudencial peruana en términos de reacción a la dogmatización del derecho subjetivo, valorizado en la concreción de su ejercicio, en el cual puede manifestarse el exceso que comporta una desarmonía social.

Sin embargo, la aplicación de la ley no se deja al arbitrio del intérprete. Rechazando la hipótesis de la escuela del derecho libre, el autor pone en evidencia la creatividad de la interpretación en la obra de armonización de la norma en el sistema de todo ordenamiento, en cuya base están los principios constitucionales. Los principios constitucionales, advierte el autor desde la

página inicial, son los puntos de referencia necesarios que garantizan la coherencia y la credibilidad del ordenamiento jurídico.

La difícil tarea del operador jurídico, advierte Espinoza Espinoza, es la de conciliar los valores de la justicia y de la certeza del Derecho. Esta finalidad está siempre presente en el tratamiento que el autor da a los grandes temas en los que se divide la obra, uno de los cuales es el tema de la analogía, en el que es imperativo evitar una malentendida contraposición entre regla general y excepción, teniendo en cuenta, más bien —como en el caso de la responsabilidad civil—, los modelos jurídicos adecuados al caso concreto.

Entre los grandes temas, sobresale el de la autonomía privada, expresión de libertad y de voluntad, que es fuente creadora de relaciones jurídicas; pero —releva el autor— no es fuente de normas jurídicas, es decir, no es fuente de derecho. Límites de la autonomía privada son las buenas costumbres y el orden público. Las buenas costumbres, que no deben confundirse con la costumbre jurídica, están incluidas en último análisis dentro del concepto general del orden público en una relación de género-especie.

Particularmente problemática es la figura del legítimo interés, que el autor considera propiamente una categoría de Derecho sustancial y que se individualiza como una posición de ventaja inactiva, correlativa a una posición de derecho subjetivo y ejercicio discrecional. La lesión del legítimo interés por el abusivo ejercicio del poder discrecional da lugar a un derecho de acción y puede ser fuente de responsabilidad civil.

En la última parte, el autor afronta un problema de fondo que, no obstante su viva actualidad, puede aún remontarse al antiguo debate entre Savigny y Thibaut.

Con prueba de notable sensibilidad y madurez jurídica, Espinoza Espinoza toma conciencia de la realidad pluricultural de su país y de la necesaria aceptación de la concepción de un pluralismo jurídico que haga preservar, en la unidad del ordenamiento, la identidad de los diversos grupos culturales.

De esta manera, motivos de seria reflexión se ofrecen también al jurista europeo en un tiempo en el cual Europa aspira a la unificación política y jurídica mientras está llamada a integrarse con colectividades de otras tradiciones y otras civilizaciones.

Massimo Bianca
Profesor ordinario de Derecho Civil en la
Universidad «La Sapienza» de Roma

Introducción

Quise ser fiel al texto italiano de Leonardo; porque, a veces, en la traducción, se pierde la energía de la versión original. En un mal intento de transformar al castellano actual esta redacción toscana del 1500, lo que el genio de todos los tiempos dijo era lo siguiente:

> La experiencia, intérprete entre la artificiosa naturaleza y la humana especie, nos enseña lo que de esa naturaleza es usado por los mortales por necesidad impuesta; no se puede obrar de otra forma, más lo que la razón, su timón, al obrar enseñe.

El Título Preliminar del Código Civil contiene una serie de principios que todo operador jurídico necesita conocer para poder interpretar los modelos jurídicos circulantes no solo en el Código Civil sino en la generalidad de todo ordenamiento jurídico. El propósito de esta investigación es desarrollar dichos principios no solo desde un punto de vista doctrinario, en el cual ya han habido valiosas publicaciones en nuestro medio, sino, también, desde la perspectiva de otras legislaciones y de la jurisprudencia. Para tal efecto, este trabajo ha sido dividido en diez capítulos, cada uno de los cuales se refiere a un artículo del Título Preliminar del Código Civil. Finalmente, esta obra pretende, con algunas reflexiones, proponer una nueva normativa del mismo.

En el primer capítulo, referido a la cesación de los efectos jurídicos de las normas legales, se propone un nuevo concepto de fuentes de derecho y se analiza sistemáticamente el artículo I; en el segundo capítulo, relativo al principio del abuso de derecho, se hace una distinción entre derecho-responsabilidad civil y abuso de derecho-ineficacia; en el tercer capítulo, atinente al derecho transitorio, merecen particular atención las excepciones al principio de la irretroactividad de las leyes, vale decir, los supuestos de retroactividad tácita; en el cuarto capítulo, dedicado al ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta, al lado del argumento analógico, se desarrollan

otros catorce tipos de argumentación jurídica; en el quinto capítulo, sobre autonomía privada, se propone la supresión del concepto de buenas costumbres, por cuanto queda incluido en el orden público; en el sexto capítulo, concerniente al legítimo interés, se pretende aclarar la confusión de categorías procesales y materiales, y delinear la propia autonomía conceptual de esta situación jurídica; en el capítulo sétimo, titulado «Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad», se hace un recorrido por los postulados de las escuelas exegética, histórica, de la jurisprudencia de los conceptos y sincrética, para ser validados con la jurisprudencia nacional; en el capítulo octavo, referido a los principios del derecho, se observa cómo los operadores jurídicos utilizan y manipulan los mismos; en el capítulo noveno, relativo al principio de supletoriedad del Código Civil, se hace un recorrido por las vicisitudes históricas por las cuales ha pasado el Derecho Civil hasta llegar a su situación actual; y, en el capítulo décimo, sobre dación de cuentas al Congreso, se distingue esta obligación del derecho de iniciativa legislativa, que, con frecuencia, se suele confundir con el primero.

Cuando uno analiza sistemáticamente esta parte del Código Civil, es ineludible constatar que el sombrero resulta muy grande para la cabeza en la cual se quiere poner. En efecto, se cuenta con principios procesales y también con principios comunes a otras disciplinas distintas del Derecho Civil. Y, si analizamos otros cuerpos legislativos, como la Constitución, comprobamos que hay una duplicidad de regulación de no pocos principios. El cuadro que se adjunta detalla con mayor precisión estas afirmaciones.

Regulación normativa del Título Preliminar en el Ordenamiento Jurídico Nacional

Código Civil	Constitución (u otras leyes)
Artículo I.- La ley se deroga 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.	**Artículo 103 (tercer párrafo).-** La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Código Civil	Constitución (u otras leyes)
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 medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	**Artículo 103 (cuarto párrafo).-** La Constitución no ampara el abuso del derecho.
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.	**Artículo 103 (segundo párrafo).-** Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. **Artículo 2121 del Código Civil.-** A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.
Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. **Artículo V.-** Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.	**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: **Inciso 9.-** El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. **Artículo 219 Código Civil.-** El acto jurídico es nulo: **Inciso 8.-** En el caso del artículo 5 del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.
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 a su familia, salvo disposición expresa de la ley.	**Artículo 6 (primer párrafo) del Código Procesal Civil.-** El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará **interés** y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Código Civil	Constitución (u otras leyes)
Artículo VII.- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda.	**Artículo 7 del Código Procesal Civil.-** El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.
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.	**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: **Inciso 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.
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.	**Artículos 2 y 5 del Código de Comercio** **Artículo 4 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Ley Orgánica de la SBS** **Artículo 116 de la Ley General de Cooperativas** **Artículo 9 de la Ley del Mercado de Valores** **Artículo VII del Título Preliminar Código del Niño y del Adolescente**
Artículo X.- La 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. Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.	**Artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** **Artículos 4 y 66, inciso 4, de la Ley Orgánica del Ministerio Público**

Este cuadro permite constatar que hay, por citar algunos, principios que se encuentran mejor regulados en otros cuerpos normativos, como el caso del Código Procesal Civil o ciertas leyes especiales; principios que encuentran reconocimiento constitucional, incluso, en algunos casos, de una manera más completa; y principios que están ya regulados, además, en el mismo texto del Código Civil.

La pregunta surge inmediatamente: ¿es necesario un Título Preliminar en el Código Civil? Si hacemos un poco de legislación comparada, observamos que el Código Civil alemán (BGB) y el brasileño no tienen un Título Preliminar; pero sí una Ley de Introducción —aunque, en verdad, en la experiencia alemana sirvió para regular la entrada en vigor del BGB (contenía, principalmente, normas de derecho transitorio) y, en la experiencia brasileña, no solo regula normas de derecho transitorio, sino que incluye principios típicos de un Título Preliminar—. Con cargo a desarrollarlo de una manera más detallada en el comentario de cada uno de los artículos del Título Preliminar del Código Civil Peruano y a precisarlo en la parte conclusiva, creo que la respuesta a la pregunta planteada es afirmativa.

Sin embargo, es importante replantear los principios contenidos en el mismo, ya que deben limitarse a regular las relaciones y situaciones jurídicas propias del Derecho Civil, sin invadir otras disciplinas. Este redimensionamiento del Título Preliminar es una consecuencia del mismo fenómeno a propósito del, también denominado, derecho común.

Este es el momento para expresar mi agradecimiento a los profesores Manuel de la Puente y Lavalle, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Marcial Rubio Correa y Roberto Mc Lean Ugarteche, quienes, con sus aportes y sugerencias, han generado un «insumo» importante en la realización de este trabajo. También quiero extender este agradecimiento a mis alumnos de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, quienes desde hace quince años, con sus preguntas e inquietudes, han hecho que «afine» conceptos y, en no pocos casos, que cambie posiciones y pareceres en el curso de «Derecho Civil I».

Lima, diciembre de 2001.

Capítulo I

La cesación de los efectos jurídicos de las normas legales

Introducción

Si bien es cierto que el nacimiento de una ley está dado con su promulgación, la extinción de la misma, a diferencia de lo que comúnmente se cree, no está dada (solo) con su derogación por otra ley, tal como lo haría suponer el primer párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil.[1] En efecto, existen otros supuestos, distintos de la derogación, que cesan (o alteran) la vigencia de las leyes. Antes de desarrollar los conceptos de abrogación, derogación, modificación y suspensión de los efectos jurídicos de las leyes, pretendo definir estas últimas y sus sentidos. Luego de desarrollar los supuestos de extinción y modificación de la vigencia y los efectos jurídicos de las leyes, haré un recorrido jurisprudencial de la interpretación y aplicación que hacen los operadores jurídicos nacionales del artículo I del Título Preliminar del Código Civil peruano.

1. La ley y su relación con el concepto de fuente de derecho. Sentidos y perfiles

Para autorizada doctrina española, la ley es «el mandato jurídico escrito y procedente de los órganos legislativos competentes»,[2] cuyas características son las siguientes:[3]

a. es una norma de carácter general formulada abstractamente;
b. es escrita;
c. ha de ser publicada; y
d. nace dentro del cumplimiento de cierta formalidad.[4]

Si bien la ley es «una norma escrita, promulgada por el Estado»,[5] la

---

[1] El cual prescribe que «la ley se deroga sólo por otra ley».

[2] GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I* (Parte General). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1979, p. 69.

[3] *Ibid.*, pp. 70-71.

[4] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar y Derecho de las personas*. Concordado con el Código Civil de 1984. Lima: WG Editor, 1991, p. 3. Sobre el particular, el autor rescata el carácter de «*solennitater promulgata*» de la ley. A estas notas distintivas, un sector de la doctrina argentina (ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 103) agrega las que se detallan a continuación:

a) Obligatoriedad

Si bien la ley es «una norma escrita, promulgada por el Estado»,[5] la legislación es «la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada concientemente hacia el establecimiento de las normas jurídicas».[6]

Tradicionalmente se ha sostenido que la ley es el *ius scriptum*[7] por excelencia y con ello se ha pretendido zanjar la diferencia existente con la costumbre. Creo que es necesario replantear esta posición haciendo una diferenciación de carácter sustantivo entre las distintas normas jurídicas y, para ello, necesitamos remontarnos al concepto de fuentes de derecho.

1.1. Fuentes del derecho

Resulta forzoso, en materia de fuentes del derecho, referirse a aquella doctrina francesa (que ha devenido en clásica) que reaccionó en contra del método jurídico que exageraba el elemento legal y propuso como fuentes formales la ley escrita, la costumbre, la tradición y la autoridad.[8]

---

b) Coactividad
c) Heteronomía
d) Bilateralidad

Considero que el carácter de la obligatoriedad es consustancial a la norma jurídica legislativa; sin embargo, la coactividad no se da en todo tipo de leyes, por cuanto no todas acarrean una sanción ante su incumplimiento (baste señalar, como ejemplo, las leyes programáticas). Resulta alarmante que se considere como característica de la ley a la heteronomía, porque «se impone, como toda norma jurídica, con prescindencia de la opinión de aquellos a quienes va destinada» (*loc. cit.*). Creo que resulta importante, en la actualidad y en la medida en que ello sea posible, tener en cuenta la opinión de los sujetos a los que van dirigidas para hacer que éstas sean verdaderamente eficientes. Así, se afirma que «nosotros tendemos a pensar en las leyes como piezas intelectuales y académicas de trabajo, y no como herramientas sociales, y decimos que las leyes deberían ser simples, claras, predecibles, transparentes, igualmente aplicables a todos, accesibles y cumplidas. Y así deberían ser, porque todo esto definitivamente ayuda al propósito de nuestra tarea. Pero no es suficiente para hacer que una ley funcione y sea socialmente eficiente» (MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. «La eficiencia social de las leyes como elemento del desarrollo político y económico». *Ius et Veritas*, año IX, n.º 17, 1998, p. 11).

Estoy de acuerdo con la característica de la bilateralidad, fundada en que «al igual que todas las normas jurídicas, impone deberes a unos y otorga facultades a otros, quienes pueden exigir de los obligados un comportamiento acorde con sus posibilidades de conducta» (ABELENDA, *loc.cit.*).

[5] LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, p. 2.

[6] *Ibid.*

[7] *Ibid.*, p. 3.

[8] GENY, François. *Methode d'interpretation et sources en droit privé positif.* París: Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs, 1899, p. 207.

de hechos que revela un sentimiento jurídico»,[9] se concreta en una sucesión de actos repetidos que devienen en una práctica constante referida a una relación de la vida social. La costumbre requiere de un elemento material y de otro psicológico: el primero es un elemento fáctico, por cuanto es un *substratum* necesario; y el segundo es un elemento subjetivo, dado que la costumbre, como fuente de derecho, necesita un carácter de obligatoriedad (*opinio juris seu necessitatis*), de modo que pueda imponer una sanción a quien la incumpla[10]. Dentro de esta corriente, se sostiene que las legislaciones escritas consagran «las costumbres buenas y loables y repudian formalmente aquellas seriamente contrarias a la razón o a la moral».[11]

La costumbre, frente a la ley, puede ser complementaria (*praeter legem*), vale decir, colma las lagunas en los casos no previstos por el texto legal o precisa sus sentidos, o contraria a lo establecido por ley (*contra legem*);[12] pero, partiendo de la preeminencia del derecho escrito (*rectius*: ley) sobre el derecho consuetudinario, se admite el primer tipo de costumbre, mas no el segundo.[13]

Dentro de la denominación genérica de *autoridad*, se considera tanto la doctrina como la jurisprudencia.[14] Cuando la autoridad es antigua y de prestigio, recibe la categoría de *tradición*.[15] Se afirma que las autoridades doctrinarias, cuando estudian un aspecto determinado del derecho (*communis opinio doctorum*),[16] así como los precedentes judiciales —sobre todo si se forman en un sentido determinado en una serie constante de decisiones uniformes— adquieren, dentro del espíritu del legislador, una autoridad considerable.[17] La jurisprudencia, por su parte, se configura en una suerte de «costumbre sui géneris»[18] que contribuye a la formación de elementos productores de nuevas reglas jurídicas.[19]

Sobre esta base cultural, tradicionalmente se ha entendido y clasificado las fuentes del derecho como fuentes materiales, entendidas como «todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el

---

[9] *Ibid.*, p. 278.
[10] *Ibid.*, *loc. cit.*
[11] *Ibid.*, p. 324.
[12] *Ibid.*, p. 342.
[13] *Ibid.*, p. 364.
[14] *Ibid.*, p. 392.
[15] *Ibid.*, *loc. cit.*
[16] *Ibid.*, p. 438.
[17] *Ibid.*, p. 435.
[18] *Ibid.*, p. 436.
[19] *Ibid.*, p. 438.

los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas»[20] y como fuentes formales, vale decir, «la manifestación exterior de una voluntad dispuesta a crear el derecho, a dar el nacimiento a una nueva forma jurídica».[21] Se dice, además, que por medio de las fuentes formales o de cognición «se conoce»[22] el derecho.

Una importante doctrina iusfilosófica brasileña ha observado que «la vetusta distinción entre *fuente formal* y *fuente material* del derecho ha sido origen de grandes equívocos en el ámbito de la Ciencia Jurídica».[23] Las fuentes del derecho son definidas como «los procesos o medios en virtud de los cuales las normas jurídicas se *positivizan* con fuerza legítima obligatoria, esto es, con vigencia y eficacia».[24] Pero, «[...] para que se pueda hablar de fuente de derecho, de fuente de normas obligatorias dotadas de vigencia y eficacia, es preciso un *poder* capaz de especificar el contenido de lo debido y exigir su cumplimiento sin que sea indispensable la aplicación de la sanción penal. Así, pues, toda fuente de derecho implica una *estructura de poder*, pues la génesis de cualquier regla de derecho (nomogénesis jurídica) solo ocurre en virtud de la interferencia de un *centro de poder* que, ante un complejo de hechos y valores, opta por la *solución normativa*».[25]

El problema de las fuentes del derecho se confunde con el de las formas de producción de las normas de derecho genéricas o no, pero vigentes y eficaces. Así, una doctrina española sostiene que son fuentes del derecho las «formas de producción o creación de las normas jurídicas».[26]

Dentro de esta concepción, que me permito llamar *realeana*, se proponen cuatro fuentes del derecho:[27]

a) legales: expresión del Poder Legislativo;
b) jurisdiccionales: provenientes del Poder Judicial;
c) consuetudinarias: generadas por el poder social o «poder decisorio anónimo del pueblo»;[28] y

---

[20] MOUCHET, Carlos y Ricardo ZORRAQUÍN BECU. *Introducción al Derecho*. 11ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 172.

[21] *Ibid.*, p. 173.

[22] ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho Privado*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981, p. 51.

[23] REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Trad., BRUFAU PRATS. 6ª ed. Madrid: Pirámide, 1984, p. 111.

[24] *Ibid.*, p. 112.

[25] *Ibid.*

[26] GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 62.

[27] REALE, *loc. cit.*

[28] *Ibid.*, *loc. cit.*

d) negociales: que surgen del poder negocial o de la autonomía de la voluntad.[29]

Al ser entendidas las fuentes del derecho como formas de producción de las normas jurídicas, la distinción entre ley y costumbre se hace más nítida. En efecto, mientras la ley proviene, en línea de principio, del Poder Legislativo; la costumbre surge del poder social. La ley tiene una fecha cierta de inicio, término y extinción; la costumbre, no. La ley tiene un carácter formal que se da con la promulgación y la derogación, situación que no se presenta con la costumbre. «En la vida de la norma legal, la vigencia es el *prius* y la eficacia es *posterius*; en la regla consuetudinaria sucede lo contrario, puesto que su vigencia fluye de su eficacia»,[30] entre otras diferenciaciones.

1.2. Sentidos y jerarquía de la ley

Clásicamente se ha sostenido que «los autores hablan de dos clases de leyes por razón de su contenido: las leyes *materiales*, que establecen normas jurídicas, y las leyes *formales*, que no crean derecho objetivo y solo contienen actos concretos de administración».[31]

Sin embargo, es importante tener en cuenta que «la importancia práctica de la distinción entre la ley material y la ley formal consiste principalmente en que la ley formal, en cuanto es un acto administrativo, no puede lesionar un derecho privado. Pero es de notar que prácticamente no pueden distinguirse mediante una línea precisa las dos especies de leyes. El mismo acto del Poder Legislativo, que en ciertos aspectos es acto administrativo y, por lo tanto, tiene la eficacia de ley formal, en otros aspectos puede contener normas jurídicas y ser ley material».[32]

---

[29] Sobre mis dudas al incluir al negocio jurídico como fuente de derecho, me pronunciaré al comentar el artículo V del Título Preliminar.

[30] REALE, *loc. cit.*, p. 124.

[31] CASTÁN, José. *Derecho Civil I*. 2ª ed. Madrid: Reus, 1932, p. 57. Dentro de esta línea, se distingue entre la ley en sentido formal y la ley en sentido material de la siguiente manera: «en el último [sentido material], ley es toda norma jurídica o, por lo menos, es requisito esencial de la ley el ser norma jurídica. En el primero [sentido formal], es ley la disposición elaborada, en la forma exigida, por el Poder Legislativo, aunque no sea norma jurídica. Ley equivale, así, a acto legislativo» (DE BUEN, Demófilo. *Introducción al estudio del Derecho Civil*. 2ª ed. México D.F.: Porrúa, 1977, p. 260).

[32] COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*. México D. F.: UTEHA, 1938, p. 43.

Bajo otra perspectiva, se afirma que «[...] desde un punto de vista *material* o *sustancial*, ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente, no solo son leyes las que dicta el Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales.

Desde un punto de vista *formal*, se llama ley a toda disposición sancionada por el Poder Legislativo, de acuerdo por el mecanismo constitucional».[33]

Sistematizando estas clasificaciones, entonces, se debe distinguir:[34]

a) Atendiendo a la finalidad de las disposiciones legales:
   - ley material: aquellos preceptos imperativos y de carácter general; y
   - ley formal: normas que dictan un acto particular o gestión administrativa.

b) Según los requisitos externos de su elaboración:
   - ley material: emanada por un órgano estatal; y
   - ley formal: aquella norma que se ajuste a una solemnidad especial.

Como lo ha sostenido cierto sector de la doctrina nacional, la pirámide jurídica nacional se divide en dos conceptos: categorías y grados. Las primeras «expresan un género normativo que reúne una condición prelativa de la que gozan determinados preceptos. Estos se ligan por características comunes o afines»[35] y los grados «exponen un escalón, graduación o rango existente entre las normas al interior de una categoría».[36] Así, se propone el siguiente esquema:[37]

I. Categoría	Normas constitucionales y las normas con fuerza constitucional
1er. grado	- Constitución
2do. grado	- Leyes constitucionales
3er. grado	- Tratados con habilitación legislativa

---

[33] BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil* (Parte General). 13ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 38. En este mismo sentido, LLAMBIAS, Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I*. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 53.

[34] RUIZ SERRAMALERA. Ricardo. *Derecho Civil* (Parte General). Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, p. 199.

[35] GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del derecho. El sistema jurídico nacional*. Lima: CONCYTEC, 1988, p. 163.

[36] *Ibid.*, *loc. cit.*

[37] GARCÍA TOMA, Víctor. *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2001, pp. 217 y ss.

II . Categoría	Leyes y normas con fuerza o condición de ley
1er. grado	- Leyes Orgánicas
2do. grado	- Leyes Ordinarias
3er. grado	- Leyes de Bases
4to. grado	- Leyes Generales
5to. grado	- Leyes de desarrollo constitucional
6to. grado	- Normas con fuerza de ley
	Tratados
	Decretos Legislativos
	Resoluciones Legislativas
	Reglamento del Congreso
	Sentencias del Tribunal Constitucional
	Decretos de Urgencia
	Normas regionales de carácter regional
	Ordenanzas municipales
7mo. grado	- Normas con condición de ley
III. Categoría	Decretos
1er. grado	- Convenios internacionales ejecutivos
2do. grado	- Decretos Supremos
3er. grado	- Edictos municipales
4to. grado	- Decretos de Alcaldía
IV. Categoría	Resoluciones
1er. grado	- Resoluciones Supremas
2do. grado	- Resoluciones Ministeriales
3er. grado	- Resoluciones de órganos autónomos no descentralizados
4to. grado	- Resoluciones Vice Ministeriales o sus equivalentes en el sector público
5to. grado	- Resoluciones expedidas por los responsables de los organismos públicos descentralizados
6to. grado	- Acuerdos municipales
7mo. Grado	- Resoluciones municipales
8vo. grado	- Resoluciones de alcaldía
9no. grado	- Resoluciones directoriales
V. Categoría	Normas con interés de parte
1er. grado	- Ejecutorias supremas

2do. grado	- Resoluciones del Tribunal Constitucional
3er. grado	- Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones
4to. grado	- Resoluciones de los órganos de justicia administrativa
5to. grado	- Acuerdos de sala plena de los órganos jurisdiccionales
6to. grado	- Los convenios colectivos de trabajo
7mo. grado	- Los contratos
8vo. Grado	- Los testamentos

Mueve a comentario la inclusión de las denominadas normas con interés de parte, entendidas como aquellas «decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares o actos de estos sin intervención estatal, que generan derechos y deberes de carácter personal».[38] Desde mi punto de vista, no constituyen normas jurídicas (mucho menos, leyes) ni los actos jurídicos ni las resoluciones individualmente consideradas. Ello, por carecer del requisito de la eficacia social: no se debe olvidar que sus efectos son solo *inter partes*.

1.3. Perfiles de la norma jurídica legislativa

Cuando se habla de la ley, generalmente se tienen en cuenta los efectos jurídicos de la misma, sin percibir que la misma, al ser un objeto de la realidad jurídica, tiene naturaleza tridimensional.[39] En efecto, al lado de su perfil formal-normativo, según el cual esta tiene vigencia, es decir, ha cumplido con todos los requisitos formales y no contraviene otras leyes de rango superior, lo que la hace estar en vigor se encuentra en su perfil fáctico, que se manifiesta a través de su carácter de eficacia, o sea, en el

[38] *Ibid.*, p. 238.

[39] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, en su tesis para optar el grado de bachiller en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho* (1950), sostiene que «la ciencia jurídica o ciencia del derecho —o simplemente Derecho— se constituye por la integración de tres elementos: norma —pensamiento—, conducta humana —objeto— y valor —finalidad—. Tres elementos que pertenecen al ámbito del derecho, que se exigen mutuamente y que al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica» (posteriormente, en *El derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*. Lima: Studium, 1987, p. 68). Para un perfil comparativo de la posición *tridimensionalista* de REALE y FERNÁNDEZ SESSAREGO, ver ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Teoría tridimensional del derecho: bosquejo para una determinación ontológica frente a la posición *realeana*». *Scribas*, año II, n.º 3, 1997, pp. 43-46.

hecho de que la misma es acatada por los miembros de la colectividad. Junto con estos perfiles, se encuentra el axiológico-valorativo, que se manifiesta con el fundamento de la ley, vale decir, con su carácter de justa. Dicho en otras palabras: vigencia, eficacia y fundamento son los soportes formal, fáctico y valorativo que toda norma jurídica legislativa debe tener.

2. La incompatibilidad entre las normas jurídicas

La incompatibilidad es solo una de las tres situaciones de la problemática de la pluralidad de los enunciados legislativos. Al lado de ella, se encuentra la presuposición y la redundancia. La *presuposición* surge cuando los enunciados normativos se encuentran bajo la forma de reenvío. En este caso, «el intérprete no puede evitar el atribuir preliminarmente un significado al enunciado objeto del reenvío: la interpretación del primer enunciado presupone la interpretación del segundo enunciado».[40] Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 93 del Código Civil, que establece que la responsabilidad de los miembros del consejo directivo de la asociación se regula bajo las reglas de la representación.

El reenvío puede ser explícito o implícito, a un enunciado inexistente o a una institución no actuada. En el reenvío a enunciado legislativo inexistente, «[...] el enunciado interpretando es habitualmente interpretado [...] como si este no contuviese ningún reenvío a condición de que, sin considerar el reenvío, al enunciado se le pueda dar un sentido completo. Si el enunciado no puede tener sentido completo en ausencia del otro enunciado objeto del reenvío, entonces es considerado por los órganos de la aplicación como inexistente. Sin embargo, no se trata de una interpretación abrogante, sino solo de una suspensión (que puede ser larguísima) de la aplicación».[41]

Es el caso del delito de usura, tipificado en el artículo 214 del Código Penal, que precisa que:

> El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la

[40] TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 137.
[41] *Ibid.*, p. 140.

> ley será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa. Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años. (el subrayado es mío)

El límite fijado por ley lo establece el artículo 1243 del Código Civil, que prescribe que:

> La tasa de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.
> Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación del capital a voluntad del deudor.

De allí, tenemos que remitirnos «al Decreto Ley N.º 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, publicado el 30 de diciembre de 1992, para luego arribar a su Estatuto. Finalmente, terminamos en la aplicación de una fórmula que nos señala cuál es la tasa máxima, la misma que es publicada mensualmente con mención expresa de la tasa máxima del mes anterior.[42]

---

[42] YON RUESTA, Roger. «¿Usura en el Perú?». *Ius et Veritas*, año XI, n.º 22, 2001, p. 231. El autor sostiene que «después de toda esta secuencia tortuosa y remisoria, debería, finalmente, llegarse a completar la norma; sin embargo, ocurre que no se llega a determinar el injusto, toda vez que la fijación de los topes máximos de interés se expresan en fórmulas que incluyen variables (TAMN y TAMEX) que determinan dichos máximos solo para el pasado haciendo imposible su previsión o que el comportamiento se torne evitable» (*op. cit.*, p. 232). En efecto, la doctrina penal admite la prohibición de segundo reenvío al establecer que «la disposición complementaria no puede delegar a su vez en otra norma la función de rellenar el blanco» (CURY, Enrique. *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988, p. 96). Entre nosotros, partiendo de un análisis económico, se afirma que «el Código Penal comete un gravísimo error de concepto al tipificar como delito de usura el conceder un crédito a interés superior al límite fijado por la ley, porque ocurre que en el Perú los intereses son libres» (GHERSI, Enrique. «¡Abajo el Código Penal!». *Thémis*, segunda época, n.º 32, 1995, p. 114). Esta observación es totalmente pertinente en lo que a instituciones financieras se refiere. En efecto, el primer párrafo del artículo 9 de la Ley N.º 26702, Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prescribe que: «Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés, deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición

En el reenvío a institución no actuada, se observa que, si se trata de «atribución a sujetos de *posiciones jurídicas favorables* (derechos, beneficios, exclusión de delito o de pena), la posición jurídica es considerada como atribuida o atribuible como si el instituto hubiera sido actuado».[43] En cambio, si se trata de la «atribución de *posiciones jurídicas desfavorables* (configuración de delitos, configuración de deberes de comportamiento), la posición jurídica es considerada como no atribuible».[44] Un ejemplo lo tenemos en la Ley N.º 24973 de indemnización por errores judiciales en los procesos penales y detenciones arbitraria del 28 de diciembre de 1988,[45] que reconoce el derecho de indemnización de las personas que puedan verse dañadas por estas situaciones. Sin embargo, al no activarse (hasta la fecha) la creación del Fondo Nacional Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, que tiene como función encargarse del pago de este tipo de indemnizaciones (artículo 8), se produce una inaplicación de esta normativa.

La *incompatibilidad* entre normas (*rectius*: entre interpretaciones de enunciados legislativos) se da «cuando los efectos jurídicos que las dos normas imputan al mismo supuesto de hecho son incompatibles».[46] La doctrina ha elaborado tres criterios para superar el problema de la incompatibilidad,[47] a saber:

a. el criterio de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*), regulado en el artículo 51 de la Constitución;[48]
b. el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi anteriori*), regulado por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; y
c. el criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

---

contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera».

[43] TARELLO, *op. cit.*, p. 142.

[44] *Ibid.*, *loc. cit.*

[45] Esta ley fue hecha al amparo de la Constitución de 1979. El inciso 7 del artículo 139 de la actual Constitución regula, entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, «la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar».

[46] *Ibid.*, p. 143.

[47] *Ibid.*, p. 144.

[48] El cual establece que «la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Se sostiene que los modos en los cuales el operador jurídico puede decidir la

La *redundancia* se da cuando dos enunciados se formulan de tal manera que pueden ser interpretados como que atribuyen, a un mismo supuesto de hecho, una misma consecuencia o efecto jurídico.[49]

3. Causas de cesación de la vigencia de las normas jurídicas legales

La Constitución Política del Perú indica que, por regla general, el inicio de la vigencia de las leyes es «desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial».[50] Siempre dentro del perfil formal-normativo de la ley, se presenta (al lado de la eficacia fáctica que, como había adelantado, se encuentra en otro nivel) la eficacia jurídica como consecuencia formal de su vigencia. La eficacia puede reflejar tanto los efectos jurídicos de la ley vigente como los efectos fácticos de la misma (que se reducen al acatamiento de la ley por parte del grupo humano). Esta distinción resulta importante, porque se puede decir, como alguna doctrina lo ha hecho, que «la cesación de vigencia de una norma puede derivar además [...] por desuso, esto es, por su falta de aplicación o por su general inobservancia».[51] En este caso, se están

---

configuración de la prevalencia de la norma constitucional sobre la norma infraconstitucional consisten en:

a) «Configurar la norma constitucional como un mero *límite* a la norma infraconstitucional» (TARELLO, *op. cit.*, p. 335);

b) «Configurar la norma constitucional como expresión de *principios generales* del derecho que hacen valer, en sede de atribución de significado, los enunciados normativos infraconstitucionales» (TARELLO, *op. cit.*, p. 336);

c) «Configurar la norma constitucional como el fundamento de la norma infraconstitucional y esta como un desarrollo, casi deductivo, o una expansión coherente de aquella» (TARELLO, *op. cit.*, p. 337).

[49] TARELLO, *op. cit.*, p. 151.

[50] El artículo 109 establece que «la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

[51] ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. 2ª ed. Turín: UTET, 1997, p. 87. En este sentido, también, cierto sector de la doctrina argentina habla de *caducidad de la ley* en los siguientes términos: «independientemente de su derogación por la sanción de una nueva ley, puede extinguirse la fuerza jurídica de una ley, ya por la constitución de una costumbre contraria a ella, ya por haberse operado un cambio tan substancial de las circunstancias tenidas en cuenta por el legislador que resulte absurda su aplicación» (LLAMBIAS, *op. cit.*, p. 63). Un sector de la doctrina nacional afirma que «en cuanto al conflicto entre ley y costumbre, si bien es indiscutible

confundiendo los escenarios en los cuales tiene vida la norma legislativa: el desuso o costumbre derogatoria incide en la eficacia fáctica (y no jurídica) de la ley (por ello, comparto plenamente la posición de quien sostiene que, más allá de una cuestión de derecho, se trata de una cuestión de física social[52]), pero mucho menos en su vigencia que, desde el plano formal en el que se desenvuelve, solo podrá cesar por ciertas causas (que veremos a continuación).[53] Sobre el particular, resultan ilustrativos el artículo 7 del Código Civil venezolano[54] y el artículo 10 del Código Civil mejicano.[55]

La cesación de la vigencia de las leyes obedece a causas que autorizada doctrina italiana ha clasificado en intrínsecas y extrínsecas. En este sentido, «la ley, como todo hecho humano, tiene con respecto al tiempo un principio y un fin: el principio es su entrada en vigor; el fin, la cesación de su eficacia obligatoria. Tal cesación puede tener dos especies de causas: puede ser causada por una fuerza extrínseca y puede depender de causas intrínsecas a la misma ley».[56]

Por su parte, un sector de la doctrina española las ha clasificado en externas e internas. Así, «el término de vigencia de la ley procede de causas externas, es decir, su derogación por otras leyes cuando su promulgación se hizo por tiempo indefinido. Pero se habla también de *causas internas de cesación de la ley*, que son las que tienen lugar cuando en la misma ley se señala su término de vigencia, ya de forma expresa (por tiempo determinado) o implícita (leyes dadas para cierta situación de emergencia)».[57] Asimismo, esta doctrina incluye, dentro de «la técnica de derogación de las normas», la suspensión de vigencia, la modificación y la continuación de vigencia de

---

reconocer la primacía de la primera, no por ello se puede dejar de comprobar que existen casos concretos de derogación consuetudinaria de la ley tanto en el ámbito constitucional como civil» (CÁRDENAS KRENZ, Ronald. *Derecho y realidad social: la costumbre como fuente del derecho Civil*. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE, 1998, p. 271).

[52] GENY, *op. cit.*, p. 358.

[53] BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*, t.I, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 72.

[54] Que, a la letra, dice: «las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean».

[55] Que precisa que «contra la inobservancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario».

[56] COVIELLO, *op. cit.*, p. 104.

[57] SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y Práctica I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 143.

leyes «implícitamente derogadas pero con carácter reglamentario de la nueva».[58]

En doctrina nacional,[59] se ha sistematizado las causas de cesación de vigencia de la siguiente manera:

- Causas Intrínsecas
- Causas Extrínsecas
  - Derogación
  - Modificación

3.1. Causas internas

Son aquellas en las cuales una norma legal pierde vigencia «en ra-zón de una circunstancia inherente a ella misma».[60] Es el caso de una ley que establece un término de vigencia, sea en forma expresa o tácita. Por ello, reciben la denominación de «normas temporales».[61]

Es expresa «cuando la ley nació con un plazo predeterminado de vigencia y dicho plazo ha transcurrido. La expiración del término produce el fin de la vigencia de la ley»,[62] como en el caso de las leyes presupuestales anuales. Es tácita «cuando la ley se dictó en atención y en contemplación de una determinada situación que posteriormente ha desaparecido (por ejemplo: guerra, calamidad pública, etc.). La desaparición de la situación que constituía la razón de ser de la ley hace que la ley pierda su eficacia».[63]

Un sector de la doctrina italiana establece los siguientes supuestos en los que se da la cesación de la vigencia de las normas legales por causas intrínsecas de la siguiente manera: «1) el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley, ya sea que ese tiempo aparezca determinado o resulte del objeto mismo de la ley, como sucede con las leyes transitorias; 2) la consecución del fin que la ley propuso alcanzar; 3) la desaparición de una

---

[58] *Ibid., loc. cit.*

[59] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia*. En: AA. VV. *Tratado de Derecho Civil*, Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 19; *Modificación y derogación de las normas legales*. Lima: ARA, 1999, p. 32.

[60] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Modificación y derogación de las normas legales*. Lima: ARA, 1999, p. 102.

[61] *Ibid., loc. cit.*

[62] DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982, p. 131.

[63] *Ibid., loc. cit.*

institución jurídica o la imposibilidad de un hecho que era el presupuesto necesario de la ley».[64]

En este último supuesto, se citan los artículos del Código Penal que dejaron de tener vigencia por la abolición de la pena de muerte en Italia. En este caso, se está confundiendo las causas intrínsecas de cesación de vigencia de las leyes con la derogación tácita indirecta, que se desarrollará más adelante.

3.2. Causas externas

Son exteriores a la propia norma.[65] Entre ellas se encuentran:

3.2.1. Derogación

En la doctrina italiana, siguiendo la distinción que se hacía en el antiguo derecho romano, se prefiere utilizar el término *abrogación* «como principal forma de extinción de la norma jurídica».[66] Esta forma de extinción puede ser «total, cuando comprende toda la norma, o parcial, cuando comprende una parte de esta».[67]

En cambio, «derogar significa, o bien introducir *excepciones* a una norma, o bien crear normas que *se apartan*, por su contenido, *de otras normas preexistentes* –y de este modo- *las abroga parcialmente*. En efecto, derogación es *abrogación parcial*».[68] Asimismo, el término *abrogación* puede ser usado para designar tanto el acto de abrogar como el efecto abrogativo, vale decir, el resultado de un acto de abrogación.[69]

Dentro de la doctrina jurídica española y latinoamericana, se prescinde del término *abrogación* y se prefiere utilizar el de *derogación*, que puede ser total o parcial. Así, se sostiene enfáticamente que «la palabra *derogación* es sinónima de *abrogación*, de origen romano».[70]

---

[64] COVIELLO, *op. cit.*, pp. 106-107.

[65] CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 32.

[66] BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 1*. Milán: Giuffrè, 1990, p. 110.

[67] *Ibid., loc. cit.* Se afirma que «cuando se votaban las leyes en los comicios, la proposición de una ley se denominaba «rogatio»; su abolición, «abrogatio»» (PESCIO VARGAS, Victorio. *Manual de Derecho Civil*, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 295).

[68] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 88.

[69] GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turín: Giappichelli, 1990, p. 239.

[70] PESCIO VARGAS, *loc. cit.*

La derogación, se entiende, se produce por una norma legal posterior de igual o mayor rango que la anterior.[71] Así, «el principio de extinción de la norma por una norma sucesiva es un principio general que encuentra aplicación también y, sobre todo, cuando a la ley ordinaria le siga una ley constitucional incompatible con la primera».[72] En el caso de las leyes orgánicas, se aplica el principio de que la ley ordinaria no podría derogarlas ni modificarlas.[73]

3.2.1.1. Clases de derogación

a) Derogación expresa

Se da «cuando el propio legislador establece explícitamente que tal o cual ley pierda su vigor obligatorio».[74] Ello se observa del siguiente tenor de la norma: «Derógase la Ley de [...] de tal fecha».

La doctrina no es pacífica en admitir como derogación expresa al mandato legal que contiene el tan socorrido tenor de: «quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley». En efecto, hay autores que se pronuncian en sentido afirmativo[75] y otros, en opinión que comparto, en sentido negativo.[76] Como se verá seguidamente, lo que distingue la

---

[71] BIANCA, *op. cit.*, p. 111.

[72] *Ibid.*, p. 113.

[73] El artículo 106 de la Constitución establece lo siguiente: «Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en el Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley.

Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso».

En doctrina, se sostiene que «una ley ordinaria que pretendiera modificar o derogar aquella (una ley orgánica) tendría necesariamente que ser calificada como inconstitucional» (CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 91).

[74] ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil 1*, vol. 1, 14ª ed. Barcelona: Bosch, 1996, p. 196.

[75] Se sostiene que «la derogación continúa siendo expresa, por cuanto la voluntad declaratoria ha sido expresamente manifiesta. Sin embargo, la indeterminación relativa de las disposiciones que se entienden derogadas [...] plantea un delicado problema de interpretación que tendrá que ser en cada caso resuelto por el intérprete (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 130).

[76] Así, se sostiene que «sin formular esa declaración, la derogación se produce de todos modos por la incompatibilidad de la nueva ley con la antigua, incompatibilidad que constituye el fundamento de la derogación tácita» (PESCIO VARGAS, *op. cit.*, p. 297).

derogación tácita de la expresa es que la primera se basa en el criterio de la incompatibilidad o la absorción; mientras que, en la derogación expresa, lo relevante es la manifestación de voluntad concreta y expresa de cesar los efectos jurídicos de una ley o, como lo sostiene cierto sector de la doctrina italiana, cuando la nueva ley «tenga por objeto inmediato y exclusivo» derogar la ley anterior.[77]

b) Derogación tácita

Resulta de la incompatibilidad, contradicción o absorción entre las disposiciones de la ley nueva y las de la antigua. Este principio se deriva del aforismo romano *lex posterior derogat priori*. Así, «la incompatibilidad entre dos normas resulta de la imposibilidad de su aplicación concurrente. La incompatibilidad debe ser verificada respecto a las disposiciones individualmente consideradas. Mientras haya disposiciones de la ley precedente compatibles con las disposiciones de la sucesiva, estas permanecen vigentes aunque la nueva ley modifique notablemente la disciplina anterior».[78] Sin embargo, cierto sector de la doctrina italiana sostiene que no se debe ser tan estricto al entender el concepto de incompatibilidad entre la norma antigua y la nueva.[79] A efectos de que se pueda decir que la ley es abrogada (o derogada

---

[77] BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1955, p. 12.

[78] BIANCA, *op. cit.* p. 110. Cierto sector de la doctrina española sostiene que «la incompatibilidad entre leyes puede proceder: A) De que establezcan regulación *contradictoria*; B) De que la regulación establecida en la segunda *absorba* —aun no contradiciéndola— a la de la primera (por ejemplo, una ley nueva más amplia recoge el contenido de disposiciones sueltas, que antes regulaban ciertos puntos de la materia que ella trata)» (ALBALADEJO, *op. cit.*). Si bien estoy de acuerdo con el supuesto sub A), resulta dudoso forzar el caso de absorción de la norma antigua por la nueva como un tipo de incompatibilidad: se trata de un supuesto autónomo que forma parte de la derogación tácita.

[79] Así, criticando la Resolución de Casación N.° 1423, del 7 de junio de 1979, cuando se refiere a «una contradicción tal que haga imposible su aplicación simultánea, en cuanto la aplicación de las unas conduciría a la no aplicación de las otras», se afirma que «esta parece ser una explicación bastante rígida de la incompatibilidad prevista, justificada si se piensa en las consecuencias (vacíos normativos) a que podría dar lugar la adopción de un criterio de valoración excesivamente elástico. Sin embargo, la demasiada rigidez no puede menos que suscitar perplejidad si se tiene en cuenta que se trata de un criterio que debería servir, de una parte, para salvaguardar la coherencia del íntegro del sistema y, de la otra, para permitir la evolución del sistema mismo, eliminando el peligro de freno para la actuación plena de reglas y principios nuevos y más adecuados a la sustancia

totalmente), es necesario «que la nueva ley dé una disciplina *completa*, de manera tal de excluir una integración congruente con las viejas disposiciones. La nueva completa disciplina debe referirse a toda la materia. Por materia se entiende aquí un sector de la vida socio-económica o también una institución o relación típica».[80]

Autorizada doctrina española establece que «para saber si existe incompatibilidad, [el intérprete] tendrá que analizar la finalidad de las leyes anteriores y de la posterior»,[81] y establece como criterios a tenerse en cuenta los siguientes:

- que exista igualdad de materias;
- que exista igualdad de destinatarios; y
- que una y otra ley sean incompatibles entre sí.[82]

Se advierte que «debe cuidarse de no considerar como derogación tácita el fenómeno que se produce cuando se dicta una ley especial que, por supuesto, no deroga las disposiciones de la ley general. En este caso, la incompatibilidad no es real: todo se reduce a que se excluye del dominio de la ley general lo que corresponde al campo de aplicación restringido a la ley especial».[83]

---

mutable de las relaciones sociales, representado en la permanencia de reglamentaciones viejas y superadas por distintos conceptos» (BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *op. cit.*, p. 70). Con ello, se está proponiendo una suerte de presunción de derogación tácita en el caso de duda de incompatibilidad entre la norma nueva y la antigua.

[80] BIANCA, *op. cit.*, p. 111. Sin embargo, se advierte lo siguiente: «Problema que surgirá en la interpretación de esta norma es qué haya de entenderse por «la misma materia». También queda para cada caso concreto determinar el alcance de la incompatibilidad de ambas leyes, lo que creará a veces considerables dificultades interpretativas» (SANTOS BRIZ, *loc. cit.*).

[81] RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.*, p. 530.

[82] Así, se afirma que «quizá sea este el más grave problema con el que se enfrenta el intérprete, pues para obtener una respuesta positiva no tiene más remedio que estudiar la finalidad de ambas leyes y deducir las consecuencias que se ajusten a la realidad jurídica que dominen» (RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.*).

[83] PESCIO VARGAS, *op. cit.*, pp. 297-298. El autor sostiene que: «La derogación tácita se funda en la regla de razón que estatuye que, cuando el legislador ha manifestado sucesivamente dos voluntades diferentes sobre una misma materia, debe prevalecer la última» (*op. cit.*, p. 298). Así, se sostiene que «no habría, pues, derogación (tácita) si la nueva ley no regula la materia entera, objeto de la anterior, sino que apenas contiene normas distintas por algún aspecto de ella, de manera de asumir, en realidad, respecto de la primera, la función de ley no igualmente general, sino especial, o sea contentiva de una reglamentación particular válida para un

Resulta pertinente precisar que: «[...] la abolición de la ley anterior tiene lugar dentro de los límites de la incompatibilidad; no más allá de estos. Por lo tanto, la máxima *lex posterior derogat priori* se entiende dentro de ciertos límites que hacen conciliable con la otra que le es opuesta *leges posteriores ad priores pertinent*. Para tal fin, es necesario distinguir cuidadosamente tres hipótesis: una norma de índole general es posterior a otra también general; una ley especial sucede a una ley general; y, finalmente, una ley general viene después de la especial. Si a una ley general sucede otra ley también general, resulta fácilmente la incompatibilidad. Pero si a una ley general sucede una de índole especial, no hay incompatibilidad si es posible la coexistencia de las excepciones con la regla; sólo que la regla absoluta anterior se convierte en regla limitada por excepciones.

En fin, en la hipótesis inversa de que una ley de índole general suceda a una ley de carácter especial, tampoco existe incompatibilidad por la misma razón, ya que la ley antigua continúa en vigor al lado de la nueva».[84]

Un caso de aplicación del principio de especialidad lo encontramos en los siguientes hechos: el 12 de enero de 1999, un consumidor presenta a la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI una denuncia en contra de Telefónica del Perú, por cuanto no habían sido atendidos sus reclamos por facturación de unos recibos telefónicos y porque afirmaba que estaba siendo condicionado su reclamo al pago de los mismos. El proveedor manifestó que se estaban atendiendo los reclamos y no había condicionamiento alguno. Posteriormente, en un escrito, el proveedor señaló que la Comisión debía declarar improcedente la presente denuncia, ya que la misma debía ser resuelta por OSIPTEL, quien resulta competente en virtud de lo dispuesto en los literales k) y l) del artículo 6 del Decreto

---

campo diferente y más específico. Lo que entonces se tendría sería una derogación simple (esto es, una diversidad de reglamentación), según el principio de que la ley especial prevalece sobre la general (*lex specialis derogat generali*), salvo la ulterior vigencia de esta en su campo, por así decirlo, natural. De otra parte, tampoco habría derogación si la nueva reglamentación estuviera contenida en una ley de carácter excepcional y transitorio, o sea, destinada a hacerle frente a una situación contingente, en cuanto eventualmente generalizada. En tal caso, se podría dar una suspensión de la eficacia de la ley anterior, que retomaría su curso normal una vez que cese la situación de excepción» (BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *op. cit.*, pp. 69-70).

[84] COVIELLO, *op. cit.*, p. 106.

Supremo N.º 62-94-PCM,[85] la Resolución N.º 007-94-CD/OSIPTEL[86] y la Resolución N.º 032-97-CD/OSIPTEL.[87]

La Comisión, mediante Resolución Final N.º 351-2000-CPC, del 5 de junio del 2000, declaró fundada en parte la denuncia del consumidor y sancionó al proveedor con una advertencia. Respecto al extremo que aquí interesa, basándose en el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la

---

[85] El inciso 1 del artículo 80 del Decreto Legislativo N.º 702, en que se aprueban las normas que regulan la promoción de inversión en telecomunicaciones, del 5 de noviembre de 1991, prescribe que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera y cuyas funciones son, entre otras, la de «expedir directivas procesales para solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios». En cumplimiento de ello, el Decreto Supremo N.º 62-94-PCM, del 5 de agosto de 1994, que aprueba el Reglamento del OSIPTEL, reitera, como competencia exclusiva, en el artículo 6, inciso k), esta prescripción y, en el inciso l), incorpora la función de «expedir normas de carácter general para la atención, por parte de OSIPTEL, de los reclamos de los usuarios cuya atención haya sido denegada por las empresas operadoras». El artículo 33 de este Decreto Supremo precisa lo siguiente: «OSIPTEL tiene competencia para conocer las siguientes controversias entre usuarios y empresas operadoras:

a) Las relacionadas con la calidad del servicio;
b) Las relacionadas con la facturación y cobro del servicio;
c) Las relacionadas con la instalación del servicio;
d) Otras que señale expresamente su Consejo Directivo.

Es requisito para la admisión del reclamo haber agotado la vía previa ante la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley de Telecomunicaciones».

[86] La Resolución del Consejo Directivo N.º 007-94-CD/OSIPTEL, del 3 de noviembre de 1994, que aprueba la Directiva y que define el marco para el establecimiento de procedimientos referidos a los reclamos de usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, en su punto 3, denominado *El objeto del reclamo*, reitera lo anteriormente prescrito y regula que: «Para los fines de la presente Directiva, se entenderá que afectan la calidad del servicio las fallas que generan insatisfacción del usuario, tales como, la comunicación imperceptible, el ruido en la línea y el servicio intermitente».

[87] La Resolución del Consejo Directivo N.º 032-97-CD/OSIPTEL, del 30 de diciembre de 1997, que aprueba el Reglamento para la solución de reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones ante el OSIPTEL, en el artículo 10, denominado *Competencia en razón de la materia*, establece que el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios es competente para resolver, en última instancia administrativa, los reclamos interpuestos por los usuarios contra las empresas operadoras, relacionados con los puntos a), b), c) y d) del decreto y de la resolución antes citados.

Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución No. 277-1999/TDC.INDECOPI,[88] afirmó que sí tenía competencia para conocer esta denuncia. Sin embargo, la Resolución Final N.º 352-2000-CPC contó con un voto discordante, que se basó en los siguientes fundamentos:

> 1. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) tiene como función, entre otras, la de solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios.
> Sin embargo, del universo de los reclamos de los usuarios, solo tiene competencia para conocer las siguientes controversias:
> a) Las relacionadas con la calidad del servicio (entendiendo por reclamos por falta —o deficiencia— de calidad de servicio, las fallas que generan insatisfacción del usuario, tales como, la comunicación imperceptible, el ruido en la línea y el servicio intermitente);
> b) Las relacionadas con la facturación y cobro del servicio;
> c) Las relacionadas con la instalación del servicio;
> d) Otras que señale expresamente su Consejo Directivo.
>
> 2. Una interpretación sistemática del artículo 46 del Decreto Legislativo N.º 716 – Ley de Protección al Consumidor y la normatividad del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) permite concluir que la Comisión de Protección al Consumidor es competente para conocer las denuncias que surgen por incumplimientos

[88] Tenemos que remontarnos a la Resolución N.º 092-99-CPC, de fecha 24 de marzo de 1999, emitida en el procedimiento seguido por Shirley Sánchez Cama contra José Cantuarias Pacheco y Corporación José R. Lindley S.A., en la cual se interpretó el (entonces vigente) artículo 46 de la Ley de Protección al Consumidor, fijando como precedente de observancia obligatoria, entre otros aspectos, que: «Por excepción establecida en «norma expresa de rango legal», únicamente pueden entenderse aquellas disposiciones contenidas en las leyes, u otras normas de igual jerarquía, que señalen que una entidad administrativa, distinta a la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, será competente para sancionar presuntas infracciones al Decreto Legislativo N.º 716 que puedan cometerse en las relaciones de consumo que se presenten en un sector específico».

La resolución citada fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI mediante la Resolución N.º 0277-1999/TDC-INDECOPI, publicada en el diario oficial El Peruano, el día 2 de setiembre de 1999.

derivados de una relación de consumo entre un **consumidor** y un **proveedor** de servicios de telecomunicaciones, salvo en el caso de los reclamos que se originen por las controversias indicadas en el punto anterior, los cuales son de competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) a través del procedimiento correspondiente.

3. Es opinión de quien suscribe el presente voto discordante que el sentido del precedente de observancia obligatoria establecido por la Comisión de Protección al Consumidor no debe ser entendido literalmente, por cuanto si por una «norma de rango legal» se le está dando competencia a otro organismo para que solucione específicos conflictos, producto del incumplimiento en una relación de consumo, resulta forzoso llegar a la conclusión de que (en ese caso), por absorción de la materia, la Comisión no es competente, debiéndose superar el «requisito literal» de la indicación expresa del Decreto Legislativo N.º 716 – Ley de Protección al Consumidor.

4. Con esta interpretación, se insiste, no se pretende desconocer la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor en todos los casos de conflicto entre consumidores y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sino solo en los supuestos indicados anteriormente.

Mediante Resolución N.º 008-2001/TDC-INDECOPI, del 5 de enero de 2001, la Sala de la Competencia revocó parcialmente la Resolución, fundándose, entre otros aspectos, en el siguiente:

Ello, porque la Sala considera que el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N.º 0277-1999/TDC-INDECOPI, así como el artículo 46 de la Ley de Protección al Consumidor, debe ser entendido de modo tal que, en aquellos casos en que mediante norma de rango legal se asigne a un organismo distinto de la Comisión, no será competente para conocerlos, incluso cuando dichos conflictos se hayan generado en el marco de un incumplimiento producido en una relación de consumo.

Y agregó que:

> Ello, por el principio jurídico según el cual la norma especial prima sobre la norma general. El Decreto Legislativo N.º 716 es la norma general que cede en su aplicación, en cuanto a competencia del INDECOPI, cuando una norma legal especial referida a un sector específico asigna el tema a otra entidad.

Este es el sentido que se le debió dar al artículo 46 del Decreto Legislativo N.º 716 - Ley de Protección al Consumidor y ahora al artículo 39 (de la misma ley), reformado por la Ley N.º 27311, del 17 de julio del 2000.[89] Otro caso en el cual se aplicó el principio de especialidad se presentó cuando una asociación de consumidores denunció a unas empresas tabacaleras por infracción al artículo 9[90] de la Ley de Protección al Consumidor por no advertir a los consumidores de la variedad, seriedad y real incidencia de los riesgos para la salud que conlleva el consumo de los cigarrillos. La Comisión de Protección al Consumidor, con Resolución Final N.º 008-2002-CPC,

---

[89] En la actualidad, el artículo 58 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), aprobado por Decreto Supremo N.º 008-2001-PCM, del 1 de febrero de 2001, precisa la competencia de este órgano supervisor al establecer lo siguiente: «OSIPTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra EMPRESAS OPERADORAS, en segunda instancia, que versen sobre las siguientes materias:

a) Facturación o cobro del servicio, lo que incluye expresamente las controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo N.º 716;

b) Instalación o activación del servicio;

c) Traslado del servicio;

d) Suspensión o corte del servicio;

e) Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información brindada al usuario;

f) Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo solicitada por el usuario;

g) Incumplimiento de la empresa operadora en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados por el usuario.

Es requisito para la admisión del reclamo haber agotado la vía previa ante la EMPRESA OPERADORA».

[90] El cual establece que «los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. En caso de que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio».

del 9 de enero de 2002, declaró infundada dicha denuncia en atención a los siguientes argumentos:

1. La Ley N.º 25357, publicada el 27 de noviembre de 1991, que prohibió fumar en espacios cerrados de uso público, estableció lo siguiente en su artículo 7:

> En la parte exterior de las cajetillas de cigarrillos, cigarros, bolsas de tabaco o de cualquier empaque o envoltura que los contenga, se consigne en lugar visible y en caracteres claramente legibles la frase: FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD. ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS.

2. Esta ley fue reglamentada por el Decreto Supremo N.º 083-93-PCM, publicado el 26 de noviembre de 1993, el cual establece en su artículo 7 lo siguiente:

> Las cajetillas, paquetes o bolsas de productos de tabaco deberán llevar de manera ampliamente legible, ocupando no menos de la quinta parte del área total del empaque, la frase FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD. ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PÚBLICOS, SEGÚN LA LEY N° 25357.

3. El Decreto Supremo N.º 083-93-PCM fue modificado por el Decreto Supremo N.º 095-93-PCM, publicado el 22 de diciembre de 1993. Esta norma modificó el artículo 7 del Decreto Supremo antes mencionando señalando que:

> Las cajetillas, paquetes o bolsas de productos de tabaco deberán llevar de manera ampliamente legible, ocupando no menos de la décima parte del área total del empaque, la frase FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD. ESTÁ PROHIBIDO FUMAR EN LUGRES PÚBLICOS, SEGÚN LA LEY 25357.

4. La Ley N.º 26849, publicada el 30 de julio de 1997, modificó el artículo 7 de la Ley N° 25357 y estableció la adición del siguiente párrafo:

> En igual forma y en espacio diferente, se consignará la cantidad de alquitrán y nicotina que contiene el tabaco presente en cada unidad del producto.
> Los productos cuyos empaques o envolturas que los contengan no cumplan con lo dispuesto en el presente artículo serán decomisados por la autoridad competente y destruidos bajo responsabilidad.

Para la Comisión:

> [...] lo que tenemos ante nosotros no son dos normas contradictorias o alternativas; sino que se trata de una norma general de aplicación en el caso de todos los productos y servicios riesgosos existentes en el mercado y las otras son normas aplicables solo a un tipo de producto riesgoso. Por lo tanto, la Comisión considera que lo que existe aquí no es una contraposición de normas; sino, por el contrario, un desarrollo legislativo. Así, lo que ha querido hacer el Estado a través de la dación de estas normas especiales en materia de cigarrillos es regular la obligación de los proveedores de informar de determinada manera sobre los riesgos que causa el consumo de cigarrillos mediante una única y suficiente advertencia a través de la cual se informe a los consumidores sobre la peligrosidad del consumo de dicho producto.
> Por lo tanto, en el presente caso, la Comisión considera que, en tanto existan normas especiales que han desarrollado la forma en la cual los proveedores de cigarrillos deben cumplir con informar a los consumidores sobre los riesgos del consumo de este producto, no cabe ordenar a dichos proveedores que en cumplimiento del artículo 9 de la Ley de Protección al Consumidor brinden información adicional en el mercado; pues, en todo caso, ello es una opción legislativa que solo puede ser modificada por el organismo competente del Estado.
> (el subrayado es mío)

Un sector de la doctrina argentina afirma que «desde luego, no se duda de que la ley especial deroga tácitamente a la ley general en cuanto a la materia comprendida en el nuevo régimen».[91] No comparto esta posición,

[91] LLAMBIAS, *op. cit.*, p. 63.

por cuanto se están confundiendo dos principios distintos, como son los de derogación (de la ley antigua por la nueva) y el de especialidad. Si se deroga una ley, esta no vuelve a tener validez, salvo que se dicte otra norma en tal sentido. En el principio de especialidad, cada norma tiene un ámbito de aplicación determinado. El concepto de derogación es totalmente ajeno al de especialidad. En el ámbito legislativo, se regula el principio de especialidad en la 8ª Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Patrimonial, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N.º 014-99-ITINCI, del 30 de octubre de 1999.[92]

c) Derogación indirecta de las leyes subordinadas

Es un tipo de derogación tácita que consiste en «quitar eficacia a las normas de ley (o equiparadas) que *dependen* de institutos expresa o tácitamente abrogados y cuya supervivencia no solo carecería de fundamento, sino que estaría en pugna con las innovaciones legislativas introducidas».[93]

En este mismo sentido, se afirma que «derogada una ley, quedan derogadas también las disposiciones de rango inferior dictadas para aplicarla, salvo que en esta no se establezca desarrollo de los preceptos legales, sino que se limite a sentar excepciones o a restarle ámbito de vigencia en cuestiones dudosas».[94]

3.2.2. Modificación

Se produce cuando la nueva norma no se limita a suprimir la anterior, sino que además se formula una nueva que sustituya a esta, también en forma total o parcial. Hablamos de modificación total o parcial de las normas jurídicas.

---

[92] Que precisa lo siguiente: «[...] en atención a los criterios contenidos en el artículo 2 de la presente Ley, cuando se trate de empresas y patrimonios sometidos a los procedimientos aquí regulados, las disposiciones contenidas en este cuerpo legal serán de aplicación preferente a las normas del Código Civil, del Código Procesal Civil, del Código Tributario, de la Ley General de Sociedades, de la Ley de Títulos y Valores, del Código de Comercio y de todas las demás normas que, en situaciones normales, rigen y regulan las actividades de los agentes del mercado».

[93] MESSINEO, *op. cit.*, p. 87. En este mismo sentido, se afirma que «derogada una ley, también quedan derogadas las disposiciones de rango inferior dictadas para su aplicación» (RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil* (Parte General I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 114.

[94] SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 142.

En este caso, la modificación tiene carácter *sustitutivo*. También puede ser de tipo *aditivo*, vale decir, cuando se incorporan nuevos textos;[95] y de tipo *reductivo*, cuando se hace lo contrario.

¿En qué puede diferenciarse la modificación de la derogación? En que esta última solo extingue los efectos jurídicos de la ley anterior. La modificación, aparte de esto, incorpora una nueva regulación o adiciona (o reduce) el texto de la antigua.

Debe tenerse sumo cuidado con la utilización de las fe de erratas legislativas que, como ha sido advertido en doctrina, suelen modificar subrepticiamente las normas corregidas y «si la rectificación no guarda armonía con el texto efectivamente aprobado, carece de todo valor legal».[96]

3.2.3. Suspensión de la eficacia de las normas jurídicas

Dentro del plano formal de las leyes, dado este supuesto, nos encontramos frente a una ley que está vigente, pero que no surte efectos (jurídicos) por voluntad propia del legislador. Resulta importante precisar el límite temporal de la suspensión; caso contrario, podría entenderse como un caso de derogación.[97] He aquí algunos ejemplos:

a) Desde el 29 de abril de 1992, por Ley N.° 26299, se ha dejado en suspenso el Decreto Legislativo N.°638 (27.04.91), Código Procesal Penal. En efecto, originalmente se estableció que este cuerpo de leyes entraba en vigencia el 1 de mayo de 1992, salvo lo referente a los artículos 2, 135, 136, 138, 143 a 145 y 182 a 188 (que entraron en vigencia a partir del día siguiente de su publicación). Por Decreto Legislativo N.° 25461 (29.04.92), rectificado por Fe de Erratas del 30 de abril de 1992, se amplió el plazo hasta el 1 de enero de 1994. Y, finalmente, por Ley N.° 26299 (30.04.94), se suspendió la vigencia del Código Procesal Penal hasta que el Congreso apruebe las propuestas de la Comisión Especial Revisora. Cabe señalar que, posteriormente, se han puesto en vigencia otros artículos del Código Procesal Penal.[98]

---

[95] CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 39.

[96] *Ibid.*, p. 124.

[97] MESSINEO, *op. cit.*, p. 87.

[98] Es el caso de los artículos 239 al 245 (puestos en vigencia por el Decreto Legislativo N.° 25825, del 9 de noviembre de 1992).

b) Mediante la única disposición transitoria de la Ley N.° 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional (19.06.99), se suspenden (indeterminada y) temporalmente las disposiciones de la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que se le opongan. Sin embargo, su segunda disposición final le daba vigencia de un año calendario a partir del día siguiente de la publicación del Decreto Supremo que establecerá las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para la correcta aplicación de esta ley. Mediante la Ley N.° 27633, del 16 de enero de 2002, se modificó esta disposición, estableciendo que el plazo de esta norma sería hasta el 30 de julio de 2005.

c) La Ley N.° 27388 modifica la Octava Disposición Transitoria de la Ley General de Sociedades, estableciendo que quedan en suspenso, por última vez, hasta el 31 de diciembre de 2001, los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 176, en el artículo 220 y en el inciso 4 del artículo 407 de esta Ley. Mediante el artículo único de la Ley N.° 27610, del 28 de diciembre de 2001, se ha vuelto a prorrogar el plazo de suspensión hasta el 31 de diciembre de 2003.

3.2.4. Fuerza derogatoria de las resoluciones judiciales

a) Las sentencias del Tribunal Constitucional

Se afirma que «las normas legales pueden dejar de tener eficacia también cuando es declarada su ilegitimidad constitucional —o sea, en definitiva su no conformidad con la Constitución y, por lo mismo, su incompatibilidad con ella».[99] Evidentemente, la declaración de inconstitucionalidad se produciría respecto a las normas posteriores a la Constitución, por cuanto respecto a las anteriores se produciría la derogación tácita.[100]

Según la doctrina nacional que estoy siguiendo, «[...] el artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1984 no contempló como causa de derogación de una ley la situación prevista por la Constitución de 1979 en el caso de que el Tribunal de Garantías Constitucionales declarara la inconstitucionalidad de una norma. Con la vigencia de la Constitución de 1993, atendiendo a lo establecido en el tercer párrafo de su artículo 103,

[99] BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *op. cit.*, p. 71.
[100] *Ibid., loc. cit.*

que establece que la ley también queda «sin efecto» —debió decir derogada— por sentencia que declara su inconstitucionalidad, el artículo 1 mencionado ha quedado tácitamente modificado en lo que concierne a su párrafo primero y, por lo tanto, ampliados sus alcances».[101]

En efecto, de una interpretación sistemática de los artículos 200.4,[102] 204[103] y 103, tercer párrafo,[104] se llega a esta conclusión.[105] La reticencia a utilizar la expresión «derogación» también se da en el artículo 36[106] de la Ley N.° 26453, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, del 6 de enero de 1995. Es importante tener en cuenta que el artículo 38 de esta ley establece que:

> Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de un dispositivo de la norma impugnada, declara igualmente la de aquellos otros preceptos de la misma norma a los que debe extenderse por conexión o consecuencia y que hayan sido materia de la causa.
> El Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier norma constitucional, aunque no haya sido invocada en el curso del proceso.

---

[101] CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 60.

[102] Artículo 200 de la Constitución: «Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

[103] Artículo 204 de la Constitución: «La sentencia del Tribunal [Constitucional] que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal».

[104] Artículo 103, parte 3, de la Constitución: «La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

[105] Por ello, otro sector de la doctrina nacional sostiene que «la derogación por sentencia del Tribunal Constitucional viene a ser lo que en la doctrina se ha venido a llamar el control concentrado de la constitucionalidad, que es la función inherente al órgano jurisdiccional al que la Constitución Política le da por función específica declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando contra ella se promueve la respectiva acción de inconstitucionalidad» (VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 228).

[106] Cuyo primer párrafo precisa que «las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, en todo o en parte, de una norma la dejan sin efecto desde el día siguiente al de su publicación» (el subrayado es mío)

Nótese que el segundo párrafo de este artículo contempla la posibilidad de que los magistrados del Tribunal Constitucional declaren de oficio la inconstitucionalidad de las leyes que contravengan la normatividad constitucional, en el caso concreto.

b) Las sentencias que amparan la acción popular

Otro supuesto da eficacia derogatoria de las resoluciones judiciales lo encontramos en las sentencias que amparan la denominada acción popular. Así, al establecer la Ley Procesal de la Acción Popular, como consecuencia de estas sentencias, «la inaplicación total o parcial» (artículo 22[107]) de los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general (de acuerdo al artículo 200.5[108] de la Constitución), «en el fondo, importa una derogación, en la medida en que la norma cuya inconstitucionalidad o ilegalidad ha sido declarada pierde completamente toda vigencia efectiva».[109]

3.2.5. El caso de los decretos de urgencia o decretos con fuerza de ley

¿Puede el Presidente de la República, mediante un decreto de urgencia, derogar una ley dada por el Congreso? La respuesta la encontramos en el artículo 118.19[110] de la Constitución. Sí lo puede hacer siempre y cuando se cumpla con lo siguiente:

---

[107] Artículo 200 de la Constitución: «Son garantías constitucionales: [...] 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen».

[108] Artículo 22 de la Ley Procesal de la Acción Popular, N.º 24968: «la sentencia que ampara la acción popular, a partir de la fecha que quedó consentida o ejecutoriada, determina la inaplicación total o parcial, según corresponda, y con efectos generales, de la norma materia del proceso cuya inconstitucionalidad o ilegalidad se haya declarado. La sentencia tiene valor desde el día siguiente de su publicación».

[109] CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 80. El autor, en opinión que comparto, sostiene que ello se ve confirmado por el artículo 26, parte 2, de la Ley N.º 24968, que establece que: «Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida».

[110] Artículo 118 de la Constitución: «Corresponde al Presidente de la

a) se trata de medidas extraordinarias;
b) la materia es económica y financiera;
c) debe ser de interés nacional; y
d) se debe dar cuenta al Congreso.

La última parte de este artículo valida esta interpretación, por cuanto el Congreso solo podrá «modificar o derogar los referidos decretos de urgencia». Evidentemente, esta situación sólo puede presentarse si es que estos, efectivamente, están en vigor.[111] El procedimiento que tiene que seguir el Parlamento está delimitado por el artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República, que establece que, después de la dación de cuentas hecha por el Presidente de la República, el Presidente del Congreso enviará el decreto de urgencia a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, que lo calificará en un plazo de quince días útiles. Esta Comisión solo emitirá un dictamen si el decreto de urgencia no se ajusta al mandato constitucional, recomendando su derogación y, si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley.[112]

República: [...] 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

[111] Así, se sostiene que «no se aprecia razón alguna que justifique negar la posibilidad de que resulte necesario derogar una ley mediante un decreto de urgencia» (CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 77).

[112] El texto completo establece que: «El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente según el caso, adjuntando copia del referido decreto.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.

c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Solo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican

3.2.6. Efectos derogatorios indirectos del referéndum

Según nuestra Constitución, «los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum» (artículo 31), pudiendo ser sometido a este tipo de participación ciudadana «la aprobación de normas con rango de ley» (artículo 32.2). Por consiguiente, mediante un referéndum se puede aprobar una ley que derogue a otra. Sin embargo, no todo tipo de leyes puede estar sometido a referéndum. Así, el último párrafo del artículo 32 de la Constitución establece que: «No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor».

3.2.7. Derogación de la norma derogatoria o modificatoria

La última parte del artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente: «Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado».

Este precepto admite la excepción de que «se imponga expresamente lo contrario».[113] En este sentido, se afirma, con razón, que: «[...] del hecho de ser abrogada una ley que, a su vez, abrogaba otra, no puede inferirse que esta última recobre sin más su vigencia con respecto de las relaciones jurídicas disciplinadas por leyes anteriores, relaciones que no fueron afectadas por la nueva ley o sí lo fueron. En el primer caso, la institución jurídica correspondiente queda asimismo abolida, o gobernada solo por los principios generales; en el segundo, esas disposiciones son válidas, aunque sean idénticas a las abolidas por la ley abrogada en último lugar. Es necesario, por lo tanto, que se declare en la nueva ley la voluntad expresa de restituir su vigor a una ley ya derogada; pero la simple abolición de la ley derogadora no puede por sí dar vida a lo que ya no es».[114]

Sobre el particular, resulta interesante relatar un episodio que se presentó cuando treinta parlamentarios, en fecha 6 de diciembre de 1996,

---

o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación.

d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley».

[113] RIVERA, *op. cit.*, p. 115.

[114] COVIELLO, *op. cit.*, p. 108.

solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Los hechos son los siguientes: el artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población, Decreto Legislativo N.º 346, del 5 de julio de 1985, excluía como métodos de planificación familiar al aborto y a la esterilización.[115] La Ley N.º 26530, del 10 de setiembre de 1995, modificó dicho artículo y suprimió la mención a la esterilización, dejando vigente la exclusión del aborto como método de planificación familiar.[116] Los fundamentos de los parlamentarios, dentro de los cuales —dicho sea de paso— cuatro habían aprobado la Ley que estaban pidiendo declarar inconstitucional, se basaban, principalmente, en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución (que tutela el derecho a la vida, la identidad, la integridad y el libre desarrollo y bienestar de la persona) y en «el derecho a perpetuarse de la especie humana», porque ellos interpretaban que se estaba incorporando tácitamente a la esterilización como método de planificación familiar. El Apoderado del Congreso de la República ante el Tribunal Constitucional, absolviendo el traslado, subrayó, entre otros aspectos, «que el hombre es un ser libre en esencia y que puede conformarse con su capacidad o rebelarse frente a ella, así como elegir un proyecto de vida dentro del bien común, ya sea por causas de orden sanitario (enfermedades congénitas) o de orden personal (planificación familiar)». El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia de fecha 27 de abril de 1997, con un voto en discordia parcial con los fundamentos de la Sentencia y concordante con la parte resolutiva, y otro voto singular, declaró improcedente la demanda, en atención al siguiente *dictum*:

> La ley impugnada en estos autos, aunque, de un lado, modifica otra que prohibía, como método de planificación familiar, el aborto y la esterilización, y lo hace suprimiendo la prohibición de la esterilización; de otro, al modificar el texto de la norma precedente, no incluye, expresamente, como método de planificación familiar permitido, la esterilización. Se declara —dentro de la interpretación precedente que no considera la «esterilización reversible» como método de

[115] El cual establecía que: «La Política Nacional de Población excluye al aborto y la esterilización como métodos de planificación familiar».

[116] Cuyo artículo único modificó el artículo 6 en los siguientes términos: «La Política Nacional de Población excluye el aborto como método de Planificación Familiar. En todo caso, la adopción de los métodos se basa en el libre ejercicio de la voluntad personal, sin que medien estímulos o recompensas materiales».

> planificación familiar, ni, por tanto, autorizado por la ley impugnada— improcedente la demanda, por pretenderse en ella la derogación de un precepto legal que, a juicio de este Tribunal, no existe.

Las preguntas que surgen son las siguientes: ¿Cuál fue la estrategia procesal de los parlamentarios? ¿Qué hubiera pasado si el Tribunal Constitucional amparase su pretensión? Si se hubiera declarado fundada la demanda, se derogaba la Ley N.º 26530; pero no quedaba restituida la versión original del artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 346. ¿Previeron esta situación los demandantes? En este caso, hubiera sido totalmente aplicable el último párrafo del artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[117] y del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, aunque la norma derogada no derogaba (sino modificaba) la anterior.[118]

Por ello, coincido plenamente con quienes afirman que «hubiera sido preferible que la regla del tercer párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil se expresase en positivo, señalándose que la ley derogada (yo agregaría también modificada: el ejemplo que acabamos de ver es emblemático[119]) solo recobra vigencia por declaración expresa de otra ley».[120] Hago extensiva esta apreciación respecto del artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ya citado. Ello habría sido más fácil de entender. Por ello, es totalmente pertinente citar el artículo 37 del Código Civil panameño, el cual establece que:

> Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó.

---

[117] El cual precisa que «por la declaración de inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

[118] Sin embargo, al nivel de derecho comparado, cuando se declara la inconstitucionalidad (ex artículo 136 de la Constitución italiana) de una norma que deroga, a su vez, otra norma, esta última sí recobra vigor. Así lo declaró la Corte Constitucional, con Resolución 107, de fecha 23 de abril de 1974 (citado por BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *op. cit.*, p. 69).

[119] En este sentido, también Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 115 sostiene que «el planteamiento es coherente [...] en el sentido de que una modificación importa también y en forma previa la derogación de una norma, además de su sustitución».

[120] Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. «Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942» En: *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 103.

> Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, o en el caso de que la ley posterior a la derogatoria establezca de modo expreso que recobra su vigencia.
> En este último caso, será indispensable que se promulgue la ley que recobra su vigencia junto con la que la pone en vigor.

Un caso de correcta aplicación del tercer párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil lo encontramos en los artículos 2030 al 2035 del Código Civil, vigentes desde el 14 de noviembre de 1984, correspondientes al Registro Personal, y que fueron derogados por la sétima disposición final de la Ley N.º 26497, del 12 de setiembre de 1995; pero fueron posteriormente reincorporados por el artículo 1 de la Ley N.º 26589, del 18 de abril de 1996, que reprodujo literalmente el tenor de dichos artículos. Por ello, es importante tener presente que, a efectos de que una ley vuelva a tener vigencia, se requiere de las llamadas leyes restablecedoras o restauradoras, como la Ley N.º 26589. Las leyes restablecedoras o restauradoras, en su tenor, pueden mencionar la ley a la cual le reactivan los efectos jurídicos o reproducir su texto.

En el ámbito jurisprudencial, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, con fecha 27 de noviembre de 1998, mediante Resolución de Casación N.º 1700-98, resolvió el caso en el que se discutía la aplicación de un decreto supremo. El Decreto Supremo N.º 033-88-TC, del 20 de setiembre de 1988, fue derogado tácitamente por el Decreto Supremo N.º 022-90-MIPRE, del 2 de marzo de 1990; pero este, a su vez, fue derogado expresamente por el Decreto Supremo N.º 042-91-TC, del 21 de noviembre de 1991. Al respecto se falló en este sentido: «Que, al derogarse el Decreto Supremo número cero veintidós-noventa-MIPRE por el Decreto Supremo número cero cuarenta y dos - noventa y uno no recobró vigencia el Decreto Supremo número cero treinta y tres – ochenta y ocho - TC en aplicación del tercer párrafo del artículo primero del Título Preliminar del Código Civil».

3.2.8. Precisiones que hace la jurisprudencia nacional[121]

a. ¿Cabe aplicar el artículo I de Título Preliminar del Código Civil a los actos jurídicos?

---

[121] Las resoluciones han sido tomadas de ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, ts. II y III. Lima: Ediciones Legales, 2000.

Para la Sala de Casación de la Corte Suprema, no. En esta instancia, se discutía la «derogación» (sic) de un acuerdo tomado en una Asamblea General de una Asociación. Sorprende sobremanera la utilización inadecuada del término, por cuanto este acto jurídico recibe el *nomen* de *revocación* de acuerdos. Los hechos son los siguientes: el actor (la Asociación) se queja de la inaplicación (por parte de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima) del artículo I de Título Preliminar del Código Civil, por cuanto se sostiene que, por acuerdo de la Asamblea del 13 de febrero de 1994, se «derogó» el acuerdo de censurar al Presidente del Consejo de Administración, tomado en la Asamblea General del 19 de diciembre de 1993. La Sala de Casación resuelve lo siguiente:

> Que como consta del acta de la asamblea general de socios (sic) de trece de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, [...] no constituyó objeto de dicha Junta y de la materia a tratar en la misma la derogatoria del acuerdo de censura, por lo que no habiendo sido objeto de la asamblea, no puede admitirse que se haya derogado el acuerdo, por lo que el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil resulta inaplicable al caso de autos, mas aún cuando está referida a la derogatoria de leyes (el subrayado es mío).

Cabe resaltar que esta es la posición que asume el Código Civil. Para ello, baste leer el artículo 800 que, a la letra, dice: «Si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria».

La doctrina nacional, sobre el particular, se encuentra dividida. Hay un sector que sostiene que «es un error del legislador reactualizar, mediante el silencio, una voluntad testamentaria revocada»,[122] y otro que observa que «la revocación (expresión de que ya no se quiere lo que se quiso) *siempre* puede ser revocable, por el sencillo motivo de que puede volver a quererse lo que (en la revocación) se dijo que ya no se quería».[123]

---

[122] FERRERO COSTA, Augusto. *El derecho de sucesiones en el nuevo Código Civil peruano*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987, p. 235. En este mismo sentido, CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, p. 109.

[123] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de sucesiones*, vol. XVII, t. II, Segunda parte. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad

En mi opinión, los actos jurídicos (como una acta de sesión de asamblea general o un testamento), al tener una naturaleza distinta de las normas jurídicas legales, no necesariamente deben estar regidos por los mismos principios. Sin embargo, no me parece conveniente que la revocación de una revocación *per se* haga revivir el primer testamento. Revocar una revocación no implica, forzosamente, que se quiera hacer revivir el primer testamento. Resultaría más conveniente, en aras de la seguridad jurídica dinámica, que ello se decida mediante una declaración indubitable y no se presuma.

b. ¿Tiene naturaleza procesal el artículo I de Título Preliminar del Código Civil ?

Según Resolución Casatoria N.º 1599-98, del 14 de setiembre de 1998, sí, expresándose que: «las normas indicadas (en las cuales está el artículo I de Título Preliminar del Código Civil) [...] son de naturaleza procesal y no pueden ser examinadas en el marco de la causal invocada, que se refiere a normas de derecho material».

Debemos recordar que: «[...] la norma procesal, como especie de la norma jurídica, se caracteriza por ser instrumental, formal y dinámica. Es *instrumental* en tanto asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación y cumplimiento. [...] Es *formal* porque su actuación no afecta la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin; solo asegura que los requisitos extrínsecos referidos al procesamiento del conflicto se cumplan, asegurando y precisando las facultades y deberes de todos los participantes en la actividad procesal [...]. Finalmente, y este es el rasgo más determinante, la norma procesal es *dinámica*, esto es, su aplicación importa la existencia de una relación jurídica en constante y permanente cambio, hasta con intereses contradictorios pese a que la actividad en su conjunto esté dirigida hacia una meta común».[124]

Católica del Perú, 1998, p. 436. El autor agrega que: «La presunción del artículo 800 obedece a razones de política legislativa que apuntan a conservar en lo posible la voluntad testamentaria sin imponer al testador que vuelva a repetir lo que quería. Esa es la razón: el *favor testamentis* para que valga en lo posible la voluntas testamentaria» (*loc. cit.*).

[124] MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, t. I. Bogotá: Temis, 1996, p. 156.

Es evidente que el artículo I de Título Preliminar del Código Civil es una norma de derecho material: el objeto de su regulación es la causa externa de cesación de vigencia de una norma. La derogación de las leyes es una materia que forma parte del derecho material, que no solo regula hechos que reflejen (de manera directa) la conducta humana. Baste pensar en las normas que regulan la forma del acto jurídico o de los contratos. ¿Se puede llegar a decir que se trata de normas de derecho procesal? El hecho de que se trate de una regulación de carácter técnico (o abstracto) no descalifica *a priori* (como lamentablemente han hecho los vocales) a una norma de derecho material.

c. ¿Cabe una derogación tácita genérica?

A partir de la lectura de la Resolución Casatoria N.º 393-98, de fecha 10 de diciembre de 1999, temo que podría interpretarse que sí. En efecto:

> Que, si bien el literal e) del artículo cincuenta y ocho de la Ley de Notariado, dado el siete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, prescribía que no era exigible la minuta en los casos de instrumentos públicos protocolares cuando el acto era sobre adopción de mayores de edad, admitiendo de esta manera que el notario podía ejercer función notarial en adopciones de la naturaleza indicada, debe tenerse en cuenta que dicha norma fue derogada tácitamente por dos vías claramente establecidas por el nuevo Código Procesal Civil. La primera de ellas, por la regulación específica de la materia, esto es, por haber regulado que la adopción de personas mayores de edad debe seguir el trámite previsto para el proceso no contencioso sin que de las normas que regulan dicho trámite se aprecie la admisión de una excepción como la notarial u otra vía extrajudicial; y la segunda de ellas, que entra a modo de reiterar la primera, pero esta vez en forma más genérica, cuando se precisa en el numeral trece de la primera disposición derogatoria del citado Código adjetivo que quedan derogadas todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley, que en el caso que nos ocupa, sería la norma citada de la Ley Notarial.

Queda claro que bastaba afirmar que la norma fue derogada tácitamente por el Código Procesal Civil (concretamente por el artículo 781) por incompatibilidad y no era necesario recurrir a la denominada «derogación tácita genérica» que, dicho sea de paso, ha sido invocada de una manera poco feliz, por cuanto, a lo sumo, se trataría de una (discutible) derogación expresa genérica.

Capítulo II

Hacia una nueva concepción sobre el denominado abuso de derecho frente a la crisis de la tipicidad del derecho subjetivo

> La doctrina del abuso de derecho es la historia de los intentos —cumplidos con alterna fortuna por la jurisprudencia— de reaccionar y de superar esta que podría llamarse la progresiva «deshumanización» de la relación jurídica, anunciada ya por la definición del derecho como libertad de actuar con efectos sobre la esfera jurídica ajena y de la relación jurídica como medida abstracta de poder y de deber.
> [...] En sus límites y en su vocación, la doctrina del abuso termina, entonces, por testimoniar la antigua miseria del derecho y la pena del jurista que trata de rescatarla.
>
> Pietro RESCIGNO. *L'abuso del diritto*.

1. El concepto de derecho subjetivo a la luz de la noción de la situación jurídica subjetiva

Mal haríamos en estudiar el denominado abuso de derecho sin antes referirnos al contenido y alcances de aquello de lo que se está abusando, vale decir, al derecho subjetivo. El sujeto de derecho, protagonista central de la realidad jurídica, se encuentra en *copresencia* con los objetos de derecho. Los hechos jurídicos pueden presentarse con o sin la intervención del hombre. De la posición que asume el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico, surgen las situaciones jurídicas; de las vinculaciones existentes entre estas últimas, se producen las relaciones jurídicas.

Prescindiendo de aquella temeraria posición doctrinaria en la cual se proponía eliminar «la concepción metafísica del derecho subjetivo» y fusionarla con la noción de función social,[1] se ha dicho —y con razón—

[1] Como sostuvo León DUGUIT al afirmar que «el hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función

que, si eliminamos la palabra *derecho* del lenguaje jurídico, sería igual de catastrófico que si suprimiéramos el verbo del lenguaje común.[2] Las diferentes teorías que han pretendido definir el derecho subjetivo lo han hecho de una manera parcial, dejando de lado los demás aspectos que el mismo comprende: Windscheid y Savigny pusieron de relieve el aspecto voluntarista del titular; Ihering resaltó el rol del ordenamiento jurídico como protector de los intereses de los sujetos; Duguit prefirió referirse a situaciones ventajosas. El concepto tradicional de derecho subjetivo responde a una visión individualista del derecho, producto de la ideología imperante en el contexto histórico en el cual fue elaborado, vale decir, después de la Revolución Francesa, en pleno apogeo de la corriente del iluminismo y de la fe absoluta en las libertades del hombre.[3]

En la actualidad, estamos pasando de una *cultura de derechos* a una *cultura de deberes*. Frente a todo derecho, inexorable y correlativamente, se presenta un deber, cuando no un legítimo interés. De este modo, la figura jurídica que mejor describe las situaciones de poder y de deber en las que se ubican los sujetos de derecho es la situación jurídica, entendida esta como la posición que asume el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico.[4]

---

que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados» (en *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Valparaíso: EDEVAL, 1987, p. 32).

[2] DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil I*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 435.

[3] Para la reconstrucción histórica del derecho subjetivo entre nosotros, consultar ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura». *Ius et Veritas*, año IX, n.° 16, 1998, pp. 280 y ss.

[4] En el ámbito nacional, cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984». En: *Para leer el Código Civil II*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 39; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El abuso del Derecho». En: *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 103; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. Lima: CIDDE-CONCYTEC, 1990, p. 99; Juan ESPINOZA ESPINOZA. «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual». *Revista del Foro*, n.° 2, julio-diciembre, 1991, p. 226 y *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. vol. 48, años 1990-1991, p. 159; ARMAZA GALDÓS, Javier. *El objeto de la relación obligatoria*. Arequipa: Hiparquia, 1993, p. 42. Para ESCOBAR ROZAS, el derecho subjetivo es «una situación jurídica subjetiva de ventaja que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión (o el peligro de lesión) de un interés», que se traduce en «una facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio» (*loc. cit.*).

El derecho subjetivo no es más que una especie del género situación jurídica.[5] En atención a ello, se afirma que el derecho subjetivo es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de tutela jurídica.[6] Dentro de este orden de ideas, se sostiene que la situación jurídica denominada derecho subjetivo tiene los siguientes perfiles:[7]

a) efectual (al cual preferimos llamar causal): cada situación encuentra su origen en un hecho natural o voluntario jurídicamente relevante;
b) estructural: concibiéndolo como un interés;
c) dinámico: entendido como poder;
d) funcional: la situación jurídica debe estar en armonía o en función con el interés de la sociedad o de la familia; y
e) normativo: como norma de conducta que atribuye al sujeto el poder de cumplir o no determinados actos o actividades.

Autorizada doctrina nacional, a partir del concepto de situación jurídica subjetiva, ha replanteado el concepto de derecho subjetivo.[8] Así, se ha llegado a afirmar que: «[...] el rico y moderno concepto de «situación jurídica subjetiva» no niega, como no podía ser de otra manera, la existencia del derecho subjetivo; sino que, como está dicho, amplía sus lindes conceptuales para que, en concordancia con la estructura tanto del ser humano como del derecho —que es su reflejo—, se considere que el derecho subjetivo no es un absoluto —como lo pretendía el individualismo exacerbado— en cuanto al lado de una facultad se halla siempre presente, en alguna medida, un deber a cargo del titular de tal derecho subjetivo».[9]

---

[5] Así, se sostiene con razón que: «[...] la garantía del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva opuesta a él, que tiene la función de permitir (i) su existencia y (ii) la realización del interés presupuesto en el mismo. El deber jurídico general que «obliga» a todo tercero a no interferir en la efectiva satisfacción de los intereses ajenos constituye una situación —jurídica subjetiva— necesaria para la existencia de cualquier derecho subjetivo. El deber jurídico particular que obliga a un sujeto a efectuar cierta conducta o que «somete» a un individuo a la voluntad de otro constituye una situación —jurídicas subjetivas— necesaria para la realización de ciertos derechos subjetivos (ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, p. 298).

[6] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *op. cit.*, p. 458.

[7] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1991, pp. 247-251.

[8] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso de derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 54 y ss.

[9] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El histórico problema de la capacidad jurídica». En: *Diez años. Código Civil peruano*, t. I. Lima: Universidad de Lima, 1995, p.

Esta posición ha sido ásperamente criticada por quien, en opinión que comparto, sostiene que «parte de la confusión que significa considerar como deberes a los límites del derecho subjetivo [...] pues es imposible que, sobre un único objeto, se tenga al mismo tiempo *facultas* y la *necesitas* de actuar».[10] En efecto, podemos encontrarnos frente a situaciones jurídicas de poder (como el derecho subjetivo) o de deber (como el deber jurídico); pero no se pueden dar ambas simultáneamente.

La descripción estática que he dado a la situación jurídica se complementa con aquella dinámica. En efecto, toda situación jurídica se encuentra vinculada a otra situación jurídica. Así, tenemos que la situación jurídica de padre se vincula con la de hijo, la de comprador con la de vendedor, y la de esposo con la de esposa, entre otras. Al vínculo existente entre las situaciones jurídicas se le llama *relación jurídica*. Dentro de esta óptica, coincido plenamente con quien, en vez de utilizar la expresión *abuso de derecho*, prefiere la de *abuso de las situaciones jurídicas*.[11] Sin embargo, a efectos de una ágil exposición, optamos por la expresión *derecho subjetivo*, sin que con ello deje de alinearme dentro de la concepción que lo entiende como un tipo de *situación jurídica*.

2. Estructura y límites del derecho subjetivo

Forman parte de la estructura del derecho subjetivo,[12] el *sujeto*, a quien se le denomina titular, y el *objeto*, que está conformado por todas aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular o ser idóneas para satisfacer intereses suyos. Entre estas últimas, encontramos:

a) la conducta o comportamiento de otras personas y
b) los bienes económicos.

---

104. En este mismo sentido, Yuri VEGA MERE cuando afirma que «la situación jurídica subjetiva de poder o de deber evoca la presencia de un sujeto que es titular de unos derechos-deberes o de unos deberes-derechos, respectivamente, de acuerdo a la prevalencia de unos sobre otros» (*Derecho Privado*, t. I. Lima: Grijley, 1996, p. 69).

[10] ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, p. 231.

[11] PÉREZ VARGAS, Víctor. «El aporte personalista del Código Civil peruano». En: *Código Civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas*. Lima: Universidad de Lima y WG Editor, 1995, p. 45.

[12] Según RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Derecho Civil* (Parte General). Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 429 y ss.

[13] Así, «en esta materia no se puede aplicar el derecho subjetivo elaborado

El esquema de sujeto-titular del derecho que ejerce un poder sobre un objeto determinado obedece a una aprehensión del derecho subjetivo dentro de la categoría del haber o del tener.[13] En efecto, cuando se desarrolla la dogmática del derecho subjetivo se tiene en cuenta el derecho de propiedad (en el cual encaja perfectamente este esquema); sin embargo, cuando analizamos la estructura del derecho subjetivo en el ámbito de los derechos de las personas, estas coordenadas resultan inaplicables. Los derechos de las personas se desenvuelven en la categoría del ser. En efecto, en el plano valorativo existe un solo fundamento de los derechos de las personas: la realización del proyecto vital de existencia de la persona, su realización como ser humano, entendido este como un valor en sí mismo.[14] Así, no se podría decir, con corrección, «yo soy titular de mi cuerpo», «de mi imagen» o «de mi vida» como si se tratasen de realidades separadas de la persona: son parte inherente de la misma. En mi opinión, cuando se trata de un derecho de la persona, no cabe aplicar el binomio sujeto-objeto por tratarse

---

sobre la categoría del tener. En la categoría del ser no existe la dualidad entre sujeto y objeto porque ambos representan el ser y la titularidad es institucional, orgánica. Donde objeto de tutela es la persona, la perspectiva debe cambiar. Se convierte en necesidad lógica reconocer, por la especial naturaleza del interés protegido, que es justo la persona a constituir al mismo tiempo un sujeto titular del derecho y el punto de referencia objetivo de la relación» (PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 323).

[14] Se sostiene, con razón, que «el objeto de protección jurídica, del cual es sujeto el ser mismo de la persona, se encuentra, en consecuencia, en la esfera o mundo personal del sujeto y no en su circunstancia exterior, en el mundo circundante en el que se alojan «las cosas», de las que también se vale el hombre para hacer su ser. En otras palabras, los derechos de la persona tienden a tutelar los instrumentos más importantes y próximos al ser de la persona a fin de que ella se realice de acuerdo con su personal proyecto vital» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Lima: Studium, 1986, pp. 35-36).

En este sentido, Julio César RIVERA, cuando sostiene que: «Pese a que reconocemos distintas especies de derechos de la personalidad [...], debe puntualizarse con toda claridad que ellos reconocen un fundamento único y que está dado por el reconocimiento de que la personas tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad» (*Instituciones de Derecho Civil. Parte General II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 25). Sin embargo, esta posición no es unánime en doctrina; pues también se afirma que el objeto de los derechos de la persona lo constituyen «manifestaciones determinadas físicas o espirituales de las personas, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos» (CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 175).

de una situación jurídica existencial en la cual el titular asume una posición de poder respecto de su propio ser. Por eso, prefiero hablar de fundamento de los derechos de la persona en lugar de objeto. Lejos de sostener una *potestas in se ipsum* (que no hace más que seguir el esquema sujeto-objeto), se propone una aprehensión que apunta hacia le realización del proyecto vital de existencia de la persona (entendida como un valor) a través de sus múltiples manifestaciones (en la cual este binomio resulta inaplicable).

Siempre formando parte de la estructura del derecho subjetivo, está el *contenido*, que es el conjunto de atribuciones y de limitaciones que las normas jurídicas reconocen al sujeto sobre el objeto, dentro de las cuales se presentan las siguientes articulaciones:

a) Atribuciones
   - actuación libre dentro del campo de lo lícito;
   - defensa del derecho para lograr su conservación y pacífico disfrute. (tal es el caso de actuar por sí mismo, al cual se refiere el artículo 920 del Código Civil);
   - reducción de su contenido, disponiendo de algunas facultades y creando situaciones jurídicas subordinadas;
   - renuncia dentro del límite del orden público y las buenas costumbres (como es el caso de la renuncia a la herencia); y
   - transmisión *inter vivos* o *mortis causa*.

b) Limitaciones

   b.1) Intrínsecas. Provienen del mismo derecho y suponen una restricción derivada de su propia naturaleza. Son:
   - irrenunciabilidad en el caso de los derechos de la persona (sin embargo, este principio no debe ser entendido de manera absoluta: piénsese en los actos de disposición del propio cuerpo);
   - abuso del derecho; y
   - buena fe.

   b.2) Extrínsecas
   - respeto a los derechos subordinados o dependientes;
   - respeto a los derechos coexistentes (copropiedad);
   - colisión con otros derechos; y
   - preferencia en caso de ejercicio (artículos 1135 y 1136 del Código Civil).

3. El abuso de derecho como fenómeno histórico

El inigualable sentido práctico de los antiguos romanos hizo posible que no se teorizara ni del derecho subjetivo ni del abuso de derecho. Existen discrepancias entre quienes sostienen que no se protegía el mal uso del derecho y aquellos que se pronuncian en sentido contrario. Dentro de estos últimos, es de estilo citar el siguiente pasaje del Digesto, «*neminen laedit qui iure suo utitur*» (nadie perjudica a otro cuando usa de su derecho), para demostrar la permisividad del ejercicio absoluto de los derechos en ese entonces.

Sin embargo, en un pasaje de Gayo se enuncia que «*male enim nostro iure uti non debemus* (no tenemos que usar mal de nuestro derecho). Asimismo, existía la *exceptio doli generalis*, que era una defensa contra aquellos que, usando de su derecho, tenían intención de dañar y, en el mismo Digesto, también encontramos la siguiente cita: «*in quo malitiis indulgendum est*» (no hay que ser indulgente con las malicias). Comparto la opinión de quienes afirman que ya desde el antiguo derecho romano se tutelaba el uso anormal de los derechos.[15]

En la Edad Media, Cino de Pistoia teoriza sobre la *aemulatio* o actos de emulación, que surgen por los conflictos de derechos que había lugar por la coexistencia en fundos vecinos. La *aemulatio* consistía en la ejecución de un acto *animus nocendi* (intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho) y era determinado, generalmente, por un ánimo de envidia, celos, malignidad, despecho. En los actos emulativos, se presume la mala fe y, por consiguiente, se prescinde de la difícil investigación sobre la buena fe del sujeto.

En Francia, Domat (en *Lois civiles*) escribía que un propietario puede incurrir en responsabilidad si verifica un cambio en su fundo con el solo objeto de dañar a otro sin beneficio para sí. De esta manera, los derechos subjetivos dejan de ser nociones abstractas y comienzan a adquirir vigencia en un contexto social. El abuso de derecho nace como tal por obra de la jurisprudencia francesa y es acogido por la doctrina, que elaboró una teoría que asumió una doble dirección:[16]

---

[15] NATOLI, Ugo. «Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XII, 1958, p. 22.

[16] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *El abuso del derecho*. Buenos Aires: EJEA, 1971, pp. 30-31.

a) limitando, por una parte, derechos con los cuales hasta ese momento no se había tenido contacto (potestad marital); y
b) comenzando, por la otra, a establecer un criterio teleológico de los derechos.

Se debe tener en cuenta que, frente a la (casi) sacralización del derecho subjetivo debido al profundo dogmatismo que lo rodeaba, surge el principio del abuso de derecho como reacción jurisprudencial frente a los excesos que implicaba el respeto desmedido de los derechos.

4. La respuesta de los ordenamientos jurídicos europeos y del *common law* frente al abuso de derecho

En el área del *common law,* la jurisprudencia inglesa tuvo, desde 1706, conocimiento de situaciones vinculadas con el abuso de derecho. Un *leading* lo encontramos en el *Decoy Case* (caso de la escopeta). Un propietario, Kleeble, dentro de su propiedad, se dedicaba a la caza de pájaros con escopeta para matarlos y venderlos. Su vecino, Hikeringill, disparaba con su propio fusil para espantar maliciosamente los pájaros. Se estableció, en la época, que no se podía usar de las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro.[17]

En los Estados Unidos, quien deliberadamente utiliza armas de fuego para hacer abortar zorras plateadas criadas por el vecino responde a título de *nuisance*, vale decir, su acto cae dentro de los principios de la responsabilidad objetiva (*Hollywood Silver Fox Farm v. Emmet*, 2 K.B., 1936, p. 46). Quien tiene conocimiento de la particular sensibilidad de los visones al rumor y, no obstante ello, causa ruidos fuertes en las proximidades de un criadero responde de los daños, sea a título de *negligence* o a título de *nuisance* (*Grandel v. Mason*, 3 D.L.R., 1953, 65).[18]

En Francia, merecen comentario dos casos, resueltos mediante la aplicación del artículo 1382 del *Code*, que regula el resarcimiento del daño por responsabilidad civil.[19] El primero data de 1855 y se vio en la Corte de Colmar. Un propietario levantó una inmensa chimenea, no para uso

---

[17] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 58.

[18] Los casos han sido tomados de GAMBARO, Antonio. «Abuso del diritto. II. Diritto comparato e straniero». En: *Enciclopedia giuridica*, t. I. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, p. 7.

[19] Artículo 1382: «Todo hecho cualquiera del hombre que cause un daño a otro (*dommage*) obliga a aquel por cuya falta se ha causado a repararlo».

personal, porque era falsa dado que no tenía tiro, sino para oscurecer la morada del vecino. Se sentenció que se «debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo».[20] El segundo caso, Clément-Bayard, fue conocido por el Tribunal de Compañía, después por la Corte de Amiens en 1913 y por la Corte de Casación. En él, un especulador compró un terreno y construyó obras formidables con enormes puntas de acero, que desgarraban las envolturas de los dirigibles que salían frecuentemente de un hangar vecino para hacer vuelos de ensayo antes de la entrega, con el propósito de vender dicho terreno a un precio prohibitivo. Se falló que el titular de un derecho no puede ejercitarlo «en vista de otro objeto que aquel para el cual ha sido reconocido por el legislador».[21]

La Corte de Apelación de París, con sentencia del 15 de febrero de 1957, consideró abusiva la conducta del padre que emancipó a su hijo con la finalidad de extinguir el derecho de visita a la madre separada.[22] En el artículo 147 de la Disposición Preliminar del Proyecto de Reforma del Código Civil francés se prevé la figura del abuso de derecho.[23] Sin embargo, el segundo párrafo del mismo excluye la aplicación de este principio en el caso de los derechos discrecionales, que son asimilables a los derechos potestativos de ordenamientos jurídicos como el italiano o el peruano. Se advierte, con razón, que si bien es cierto que los derechos potestativos (patria potestad, potestad marital, entre otros) en el pasado eran ejercidos arbitrariamente, en la actualidad también involucran una serie de obligaciones y, en caso de incumplimiento, dichos derechos pueden, inclusive, decaer. De este modo, también en el caso de derechos discrecionales (o potestativos), se debería aplicar el principio del abuso de derecho,[24] haciendo que estos se conviertan en una suerte de derechos controlados.[25]

---

[20] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 31.

[21] *Ibid.*, p. 32.

[22] Reportada por RESCIGNO, Pietro. «L'abuso del diritto». *Rivista di Diritto Civile*, año XXI, n.º I, 1965, p. 210.

[23] El cual recita lo siguiente: «Todo acto o hecho que manifiestamente exceda en la intención del autor, por el objeto o por las circunstancias en las cuales se cumple, el ejercicio normal de un derecho no está protegido por la ley y provoca eventualmente la responsabilidad de su autor.

La disposición no se aplica a los derechos que, a causa de su naturaleza o en virtud de la ley, pueden ser ejercitados de una manera discrecional».

[24] RESCIGNO, *op. cit.*, p. 247.

[25] *Ibid.*, p. 252.

A diferencia de Francia, en Alemania[26] y en Suiza,[27] la figura del abuso de derecho ha sido recogida por el Código Civil. En Alemania, el Tribunal Supremo del Reich, en 1909, tuvo que resolver el caso de un padre enemistado con su hijo que le prohibió visitar la sepultura de la madre ubicada en una finca de su propiedad. El padre había alegado como causa de prohibición que, al encontrarse con su hijo, tendría que temer un perjuicio en su salud, quebrantada. El Tribunal limitó dicha prohibición a aquellos días que no tuvieran el significado de grandes festividades religiosas, pese a que fundamentaron el artículo 226 del Código Civil alemán (BGB).[28] En el derecho moderno alemán, se hace hincapié en la función social de los derechos. También incurre en abuso de derecho el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oposición a los acuerdos de la junta general para fines egoístas. Sin embargo, se ha observado que tanto la doctrina como la jurisprudencia han preferido aplicar la norma relativa a la buena fe, contenida en el artículo 242 del BGB.[29] La desaplicación del artículo 226 del BGB también encontró inicialmente un contrapeso en el recurso a una norma de la responsabilidad civil, el artículo 826 del BGB, que obligaba al resarcimiento a quien hubiese ocasionado un daño en manera contraria a las buenas costumbres.[30]

---

[26] Artículo 226 del BGB de 1900: «El ejercicio de un derecho no es permitido cuando él no puede tener como objeto causar un daño a otro».

[27] Artículo 2 del Código Civil suizo de 1907: «Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no encuentra protección jurídica».

[28] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 45.

[29] PATTI, Salvatore. «Abuso di diritto». En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile I*. Turín: UTET, 1987, p. 3. El autor afirma que la doctrina del abuso, basada en la *excepto doli generalis* del derecho común, tiene alcances más reducidos que los del principio de la buena fe. La jurisprudencia alemana ha especificado esta figura subclasificándola de la siguiente manera:

a) ejercicio de una situación jurídica garantizada formalmente pero contrastante con los usos;

b) el principio *venire contra factum propium*: el titular no puede ejercer el derecho cuando ello resulta en contraste con el comportamiento —aunque sea lícito— en precedencia;

c) *Verwirkung*: el titular que no ejerce el derecho o no reacciona contra su violación comete un abuso haciéndolo valer después de haber determinado con su comportamiento una situación de confianza digna de tutela en la contraparte y, por tanto, decae de tal derecho; y

d) en determinadas circunstancias, es abusivo el reclamo a vicios de forma.

[30] RAINIERI, Filippo. «Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch». En: *Inchieste di diritto comparato.*

En Europa, también han codificado el abuso de derecho Rusia,[31] Portugal,[32] España, Checoslovaquia y Polonia (en 1934 y en 1964[33]). Particular atención merece España, que ha atravesado por un proceso de evolución hasta considerar como principio general al abuso de derecho y legislarlo en el Título Preliminar de su Código Civil. En el viejo Fuero de Castilla, había sanciones para los hermanos que maliciosamente «tardaban» el casamiento de la hermana «por amor a heredar lo suyo».[34]

En la jurisprudencia española se advierte la siguiente evolución:

1) se parte del principio del que quien usa su derecho no causa daño a otro;
2) el Tribunal Supremo llega a conocimiento de un caso en el cual son partes el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, que tenía una concesión exclusiva para extraer arenas de las playas del litoral de dicha ciudad, y una sociedad que poseía una central eléctrica en San Adrián de Besós, ubicada cerca a la desembocadura del río de ese nombre y frontera a una playa en la que el Consorcio comenzó la extracción de arenas en uso de su derecho. La extracción de arenas fue da tal magnitud que alteró la superficie de la playa y aniquiló las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar. Producto de ello, en el mes de marzo de 1932, los temporales produjeron importantes daños en la central y la sociedad interpuso una demanda en la cual pretendía que el consorcio la indemnizara.

Pádova: CEDAM, 1979, p. 369. El autor afirma que el problema del abuso de derecho se traduce en el «fenómeno histórico de resistencia de la conciencia social a normas ya no consideradas como equitativas» (*op. cit.*, p. 382).

[31] Artículo 1 del Código Civil ruso: «Los derechos civiles son tutelados por la ley, salvo los casos en que los mismos se ejerciten en oposición con su destino económico social».

[32] Artículo 334 del Código Civil portugués de 1967: «Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o el fin social o económico de ese derecho».

[33] El artículo 5 del Código Civil de 1964 establece que no se puede hacer del propio derecho un uso que esté en contraste con la finalidad socio-económica de ese derecho o con los principios de la convivencia social de la República Popular Polaca. «Una símil acción u omisión del titular del derecho no es considerada como ejercicio del derecho y no se beneficia de tutela» (Tomado de OHANOWICZ, Alfred. «L'abuso del diritto soggettivo nella dottrina e nella giurisprudenza della Polonia». En *Inchieste di diritto comparato*. Pádova: CEDAM, 1979, pp. 305-306). El autor afirma que la disposición del artículo 5 se aplica tanto en los derechos patrimoniales como en los extra-patrimoniales (*op. cit.*, p. 397).

[34] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 63.

La Audiencia de Barcelona admitió la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación impuesto por el Consorcio.[35] Con sentencia de fecha 14 de febrero de 1944, el Tribunal Supremo llega a enunciar los siguientes principios:

a) se trata del uso de un derecho en apariencia legal;
b) se produce un daño a un interés no protegido específica-mente;
c) se está en presencia de una inmoralidad o *antisocialidad* del daño; y
d) se incurre en la responsabilidad regulada por el artículo 1902 del Código Civil español[36] por actos u omisiones en el ejercicio abusivo de los derechos.[37]

3) con sentencia del Tribunal Supremo del 22 de setiembre de 1954, se considera al abuso del derecho como un principio general del derecho impuesto por la juridicidad.
4) con sentencia del Tribunal Supremo del 4 de octubre de 1961, se entiende al abuso de derecho como una institución de equidad para salvaguardar los intereses que no han alcanzado protección jurídica.
5) con la Reforma de 1973, se incorpora en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil español el principio del abuso de derecho.[38]

5. La cauta posición del ordenamiento jurídico italiano

El legislador italiano, no obstante que en el artículo 7 del proyecto definitivo del *Codice* la contemplase,[39] ha preferido prescindir de la figura del abuso

---

[35] Cf. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 463.

[36] Artículo 1902 del Código Civil español de 1889: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

[37] RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 67.

[38] Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil español:

«1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por una intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

[39] Artículo 7: «[...] ninguno puede ejercitar el propio derecho en contraste con la finalidad por la cual el mismo derecho le ha sido reconocido». Se explica esta actitud negativa del legislador de la siguiente manera: «[...] en los orígenes del

de derecho y la ha sacrificado en aras de una mayor certeza en el derecho. Esta posición ha sido observada por cuanto para salvaguardar la certeza también se pueden conservar situaciones jurídicas en sentido contrario a la verdad.[40] Sin embargo, en materia de propiedad, el Código Civil de 1942 regula los actos de emulación[41] y las inmisiones.[42]

La jurisprudencia ha preferido aplicar los principios de buena fe objetiva y de corrección (*correttezza*), y muy someramente se ha referido al abuso de derecho.[43] La doctrina dominante ha seguido también este camino[44]

---

prejuicio está una valorización negativa: el temor que, introduciendo un mecanismo de control del ejercicio del derecho tan implicante como la configuración de un "abuso", se confíe al juez un poder excesivo» (ALPA, Guido. «I principi generali». En: IUDICA. Giovanni y Paolo ZATTI. *Trattato di diritto privato*, Milán: Giuffrè, 1993, p. 411.

[40] RESCIGNO, *op. cit.*, p. 289.

[41] El ámbito de aplicación de la prohibición de los actos emulativos, en el ordenamiento italiano, comprende, principalmente, la propiedad mueble, la propiedad *fundiaria*, los derechos reales de goce, los derechos personales de goce, la posesión y las relaciones obligatorias (Cf. DOSSETTI, María. «Atti emulativi». En: *Enciclopedia giuridica*. Tomo III. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, pp. 1 y ss).

[42] Artículo 844 del Código Civil italiano: «Inmisiones - El propietario de un fundo no puede impedir las penetraciones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las sacudidas y similares propalaciones derivadas del fundo del vecino si no superan la tolerancia normal teniendo también en consideración la condición de los lugares.

Al aplicar esta norma la autoridad judicial debe contemporizar las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso».

[43] Cf. TRAVERSO, María Clementina. «L'abuso del diritto». En *La nuova giurisprudenza civile commentata* 5.Padova: CEDAM, 1992, p. 297. La autora afirma que «puede verificarse una parcial coincidencia y superposición entre los conceptos de buena fe objetiva y de abuso de derecho» (*op. cit.*, p. 298).

[44] En doctrina, RESCIGNO, *op. cit.*, p. 259 para el caso de los derechos de crédito. Sobre la buena fe, se hace referencia a los artículos 1337, 1366 y 1375 del Código Civil italiano, que se refieren a las tres fases de desarrollo de las relaciones contractuales: formación, interpretación y ejecución del contrato, «todas dominadas por una única exigencia: necesidad del respeto de la "buena fe"» (NATOLI, *op. cit.*, p. 27). El autor distingue la buena fe subjetiva, entendida como modo de ser del sujeto, basado sobre la convicción del propio derecho o sobre la ignorancia de la lesión de un derecho ajeno, de la buena fe objetiva, vale decir, considerada como regla de conducta, que se refiere, «en otros términos, no tanto a un comportamiento *en* buena fe, cuanto, en cambio, a un comportamiento *según* buena fe» (*op. cit.*, p. 28). En sentido contrario, se afirma la diferencia entre el principio de la buena fe objetiva y la corrección en relación con el abuso de derecho, en cuanto este último «se refiere no a la eventual imposición de reglas de conducta ulteriores respecto a aquellas puestas por las partes o por la ley; sino al control sobre las modalidades de

y sus desarrollos posteriores, a pesar de su autoridad, no han calado suficientemente en el operador jurídico. Hay un sector de la doctrina que pretende construir una interpretación del abuso del derecho a partir del artículo 833 del Código Civil (actos de emulación),[45] hecho que ha sido calificado de limitado e insuficiente, por cuanto dicho artículo se basa en el criterio de la utilidad económica del propietario.[46] Mucho más convincente es la posición que, partiendo de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico italiano, deriva el principio del abuso de derecho.[47] Autorizada doctrina considera que el abuso del derecho es un problema de «comparación de intereses que estén en conflicto en el desenvolvimiento de una particular relación o que estén en conflicto en la posición del reglamento de intereses».[48] Dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que todo derecho debe ser ejercitado en determinados modos, tiempos y formas, más o menos pre-establecidas y correspondientes a su función, y «quien actúa sin respetar aquellos tiempos, aquellos modos, aquellas modalidades, abusa en sentido amplio del propio derecho».[49]

La Corte de Apelación de Messina tomó conocimiento de un caso en el cual, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, algunas familias ocuparon precariamente apartamentos que eran de propiedad del *Istituto delle case popolari di Messina*. Dicha entidad, en vez de lanzar a los invasores, por consideraciones de carácter social, no solo permitió que permanecieran los mismos por no pocos años, sino que instaló en el patio una fuente, suministrando así el servicio de agua que faltaba. En estas

---

desenvolvimiento de la conducta mas allá de la observación formal de la "regla" establecida» (SALVI, Cesare. «Abuso del diritto. I) Diritto Civile». En: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Trecani, I, 1988, p. 3). El autor sostiene que la deducción de los principios de la buena fe objetiva y de la corrección por el del abuso de derecho es «no tanto inexacta como improductiva». Sin embargo, rescata su valor histórico en tanto «forma de control judicial del ejercicio de situaciones subjetivas de derecho privado» (*op. cit.*, 5).

[45] Se afirma que «de una interpretación más extensiva del artículo 833 del Código Civil comprensiva de actos no materiales, pero también de recursos judiciales y con mayor atención al aspecto del dolo, si es prevaleciente respecto a utilidades marginales e inconsistentes del titular del derecho, la teorización del abuso del derecho hubiera ofrecido ventajas» (VISINTINI, Giovanna. «I fatti illeciti *II*». En: GALGANO, Francesco (ed). *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*. Pádova: CEDAM, 1990, p. 282).

[46] RESCIGNO, *op. cit.*, pp. 231-232.

[47] NATOLI, *op. cit.*, p. 24.

[48] RESCIGNO, *op. cit.*, p. 232.

[49] PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 257.

circunstancias, los propietarios de los demás apartamentos interpusieron una acción en contra del Instituto, denunciando la falta de ejercicio de parte del mismo de los derechos que le correspondían como propietario y concluyendo que el no uso del derecho era una figura de abuso de derecho. En la sentencia de la Corte de Casación del 15 de noviembre de 1960, no obstante se confirma la decisión de la Corte de Apelación —que había excluido la ilicitud del comportamiento del Instituto— se concluye que «la ausencia o el negligente uso de la facultad de actuar en defensa del derecho subjetivo para remover una situación dañosa no solo para el titular del derecho mismo, sino también para terceros, constituye uso anormal del derecho subjetivo si el no uso se resuelve en la inobservancia dolosa o culposa de específicas normas de conducta puestas a tutela de los derechos ajenos».[50] Las críticas de la doctrina no se hicieron esperar.[51]

El Tribunal de Turín tuvo que decidir respecto a un conflicto existente entre dos vecinos que se quejaban entre sí de los ruidos que debían soportar uno del otro (se trataba de una sala cinematográfica y de un salón de baile) y otros problemas colaterales, uno de los cuales consistía en que uno de los vecinos había invadido parcialmente, de buena fe, una parte mínima del terreno del otro. Con Sentencia del 13 de junio de 1983 se resolvió que:

> De los principios generales del ordenamiento jurídico, se recaba la existencia de la institución general de la prohibición del abuso de derecho: por «abuso de derecho» se entiende el ejercicio o (como en el presente caso) la reivindicación judicial de un derecho que, en abstracto, corresponde efectivamente a quien lo ejercita o lo reivindica; pero que, en concreto, no importa ninguna ventaja apreciable ni digna de tutela jurídica a favor de tal sujeto e importa, en cambio, un preciso daño a cargo de otro sujeto («contra» el cual éste es ejercitado

---

[50] CORTE DE CASACIÓN. «Sección II Civil. n.º 3040. 15 de noviembre de 1960». En: *Il foro italiano*, 1961, p. 256. Con nota de SCIALOJA. «Il "non uso "è "abuso" del diritto soggettivo?».

[51] Así, SCIALOJA: «tenga o no la dogmática sus culpas, el juez debe cumplir con su deber que es aquel de hacer justicia con un lenguaje claro y accesible a todos» (*op. cit.*, p. 258). Para el autor, hubiera sido más simple invocar el artículo 1102 del Código Civil italiano, que se refiere al abuso de la cosa común. Si los actores hubiesen sido también los inquilinos del Instituto, se aplicaría el artículo 1575.3 Código Civil italiano, según el cual el locador está obligado a garantizar el pacífico disfrute del bien alquilado durante el contrato.

> o reivindicado) y que es ejercitado o reivindicado solo con el exclusivo fin de ocasionar tal daño al otro sujeto.
> La violación de la prohibición del abuso de derecho que se concretiza en una abusiva reivindicación judicial de un derecho puede ser paralizada mediante la interposición de la *exceptio doli generalis* (y la interposición de tal excepción puede resultar, aun a falta de su formal enunciación, también del complejo de las defensas desplegadas en causa por la parte interesada): el acogimiento de tal excepción importa al puro y simple rechazo de la demanda en contra de la cual la excepción misma ha sido interpuesta, pero no la modificación de la situación jurídica sobre la cual la demanda así rechazada se funda.[52]

En suma, la jurisprudencia italiana ha preferido aplicar otros conceptos menos abstractos (buena fe objetiva/corrección) en vez del principio del abuso de derecho. Los casos que más se han presentado han sido aquellos relativos al ejercicio abusivo del derecho del voto de la mayoría que lesione el interés de los socios minoritarios[53] y del receso *ad nutum* del contrato de trabajo a plazo indeterminado, regulado por el artículo 2118 Código Civil, en el que cualquiera de las partes puede resolver el contrato con un preaviso[54] principalmente.

6. El abuso de derecho en el sistema jurídico latinoamericano

Dentro del sistema jurídico latinoamericano, contamos con ordenamientos que regulan el principio del abuso de derecho tanto de una manera explícita como implícita. Dentro de los primeros, cabe resaltar el Código Civil argentino de 1869 en el artículo 1071 modificado por la Ley N.º 17.711,[55]

---

[52] TRIBUNAL DE TURÍN. «Sentencia del 13 de junio de 1983». En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milán: Giuffrè, 1983, p. 815. Con nota de Antonio GAMBARO.

[53] AP. BOLONIA. 9 de mayo de 1975. En: *Giurisprudenza italiana* 2, 1975, p. 863.

[54] CORTE DE CASACIÓN. 9 de julio de 1979, n.º 3930. En: *Foro italiano*, 1979. En este sentido, se afirma que: »el receso del empresario no puede ser considerado una causal y aislado acto de ejercicio de un poder *reconducible* a un derecho subjetivo» (TRAVERSO, *op. cit.*, p. 309).

[55] Artículo 1071: «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no

que ha sido calificado como el «código latinoamericano que con mayor energía estableció el principio».[56] Autorizada doctrina[57] sostiene que al resolver la variada casuística en la cual se configure el abuso de derecho, el magistrado deberá tener en cuenta en su resolución los siguientes datos:

a) intención de dañar;
b) ausencia de interés;
c) si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros;
d) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo;
e) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; y
f) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.

Continuando dentro de este primer grupo de códigos, encontramos el artículo 4 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil cubano de 1987;[58] el artículo 1912 del Código Civil del Distrito Federal de México;[59] la segunda parte del artículo 1185 del Código Civil de Venezuela,[60] que ha

---

ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres».

[56] SPOTA, Alberto. «El abuso del derecho en la legislación latinoamericana». En: ROTONDI, Mario. *Inchieste di diritto comparato*. Pádova: CEDAM, 1979, p. 398.

[57] BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 35. Para Marco MONROY CABRA, «podemos enumerar los siguientes elementos de la teoría del abuso del derecho: 1) Uso de un derecho objetiva y externamente legal; 2) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. De lo contrario, se presentaría un conflicto de derechos y otra figura semejante; 3) Existencia de un daño inmoral o antisocial. Esta inmoralidad o *antisocialidad* del daño se manifiesta en forma subjetiva o en forma objetiva. El abuso de derecho implica la realización de un acto conforme a ley, pero que causa daño a otro atentando contra la *juricidad*» (*Introducción al Derecho*. 7ª ed. Bogotá: Temis, 1986, p. 306).

[58] Artículo 4: «Los derechos que este Código reconoce han de ejercerse de acuerdo a su contenido social y finalidad y no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro».

[59] Artículo 1912: «Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho».

[60] Artículo 1185: «El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho».

seguido el modelo fijado por el proyecto francoitaliano de código de las obligaciones y contratos de 1927; el artículo 372 del Código Civil paraguayo de 1987;[61] el Código Civil peruano de 1936 (ya derogado); y el artículo II del Título Preliminar del actual Código Civil peruano de 1984, modificado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 768 (Código Procesal Civil) del 8 de enero de 1993.[62]

La doctrina nacional se ha preocupado por delimitar la noción del abuso de derecho[63] y por proporcionar los siguientes elementos de juicio:[64]

a) tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva;
b) se transgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad);
c) es un acto ilícito sui géneris;[65]

---

[61] Artículo 372: «Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente».

[62] Artículo 2: «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».

[63] Se afirmaba que «se incurre en abuso de derecho cuando, en el ejercicio de tal derecho, el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho» (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Studium, 1985, p. 25). Hay quien opina que el abuso de derecho es un «acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social» (RUBIO CORREA. *Título Preliminar*. [Biblioteca Para leer el Código Civil III]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 40).

[64] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El abuso del derecho». En: *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990, pp. 139 y ss. Más recientemente en «El abuso del derecho». En: *Derecho Civil*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989 organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992, pp. 93 y ss; y en *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 142 y ss.

[65] Pareciera alinearse en este sentido quien afirma lo siguiente: «[...] se ha discutido largamente acerca de si el abuso del derecho entra de lleno en el campo de lo lícito o, por el contrario, al respetar los límites del derecho objetivo, debe considerarse dentro de lo que algunos juristas vienen denominando "juridicidad aparente o normal". La cuestión en realidad tiene una mayor trascendencia teórica que práctica, puesto que las legislaciones modernas, entre las que se incluye la

d) se agravian intereses patrimoniales ajenos y no tutelados por una norma jurídica específica;
e) ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular;
f) no es necesario que se verifique el daño; y
g) su tratamiento no debe corresponder a la responsabilidad civil sino a la Teoría General del Derecho.[66]

Podemos sub-clasificar dentro de este primer grupo a un sector de códigos que no regulan el abuso de derecho de una manera general, vale decir, a efectos que sea aplicado a todo tipo de derechos, sino dentro del derecho de propiedad: es el caso del artículo 107 del Código Civil boliviano.[67]

Admiten implícitamente el principio del abuso de derecho una serie de códigos cuyas disposiciones, interpretadas a *sensu contrario*, llevan a esta necesaria conclusión, como el artículo 1321 del Código Civil uruguayo[68] y el artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño (Decreto Legislativo N.º 4.657 del 4 de setiembre de 1942).[69] Una autorizada doctrina

---

nuestra [en este caso, la española], aplican un mismo tratamiento a los actos ilícitos que a los abusivos. Sin embargo, creemos debe procederse a una cuidadosa matización por cuanto, coincidiendo con los clásicos, la ubicación del abuso del derecho debe situarse dentro del campo de lo "ilícito"» (MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982, p. 137). Desde mi punto de vista (y como se verá más adelante), hay un sector del abuso de derecho que se asimila perfectamente al ilícito civil y cuesta entender la finalidad práctica de introducir la figura de la ilicitud sui géneris frente a la ilicitud *tout court*, cuando la normatividad y los principios que se van a aplicar van a ser los mismos.

[66] En este mismo sentido, SPOTA precisa «que la doctrina del abuso del derecho ha de regirse por principios propios» (*op. cit.*, p. 397). También ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto LÓPEZ CABANA «Panorama actual de la teoría del abuso del derecho en el Derecho Comparado y su emplazamiento en el sistema Latinoamericano». En: *Derecho Civil*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989 organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992. p. 160.

[67] Artículo 107: «El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista del cual se le ha conferido el derecho».

[68] Artículo 1321: «El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable».

[69] Llama poderosamente la atención el Código Civil ecuatoriano, que pareciera no aceptar el principio del abuso de derecho, ni siquiera en materia de propiedad, cuando en el primer párrafo de su artículo 618 establece que: «El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social».

uruguaya sostiene, después de haber analizado las teorías que aceptan y las que niegan el principio del abuso de derecho, que «en la actualidad todas las posiciones reseñadas deben considerarse superadas y completadas por la concepción que afirma que, en los casos encarados por la teoría del abuso del derecho, la responsabilidad extracontractual se configura de idéntica manera que en las demás hipótesis que conoce esta zona del derecho».[70]

7. La ideología del abuso de derecho y la crisis de la tipicidad de los derechos

Una autorizada doctrina ha analizado el problema del abuso de derecho desde una óptica católica y desde una concepción laica,[71] y observa que la primera presupone una censura moral de la norma jurídica, a riesgo de terminar en el campo de la teología moral, con la inevitable consecuencia de identificar el abuso con el pecado.[72] En cambio, la posición laica se fundamenta en la reprobación de parte de la conciencia colectiva.[73]

La doctrina del abuso nace dentro de una ideología liberal, que es el producto de la concepción del derecho sujetivo imperante en ese momento histórico. El abuso de derecho ha pretendido ser explicado desde tres puntos de vista, a saber, económico, filosófico y estrictamente jurídico. No debe perderse de vista que esta concepción surge en la época en que la propiedad agrícola daba el paso a la propiedad industrial.[74] Si bien es cierto que se da un salto de calidad en el sentido de que el Estado, en vez de conceder derechos, los reconoce, estos no dejan de ceñirse al principio de la tipicidad, en virtud del cual, para que los derechos subjetivos tengan carta de ciudadanía, era necesaria la intervención del aparato normativo. Por ello, aún se siguen distinguiendo los derechos de los intereses que, no

---

[70] PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis, 1981, p. 289.

[71] RESCIGNO, *op. cit.*, p. 220.

[72] *Ibid.*, p. 222.

[73] *Ibid.*, p. 228. El autor afirma que «la diferencia reside en la mutabilidad, en la variabilidad, en razón de las nuevas necesidades y de los nuevos comportamientos de la conciencia común, donde derecho natural y *superlegalidad* son, para la doctrina católica, un cuerpo unitario e inmutable dentro del límite de la flexibilidad que se necesita por la exigencia de hacer vigente e históricamente operante el derecho natural».

[74] *Ibid.*, p. 277.

necesariamente, están protegidos formalmente. Y es justamente en el delinear los confines de la tipicidad de los derechos que nos tropezamos con el ejercicio abusivo de los derechos.[75]

Si dejáramos de ser tributarios del principio de la tipicidad de los derechos, resultaría innecesaria la distinción entre derecho subjetivo e interés no tutelado formalmente. Como consecuencia de ello se deberían redimensionar los alcances del principio del abuso de derecho, porque cualquier situación de conflicto que se presentase estaría dada entre dos derechos, *rectius:* situaciones jurídicas, de igual categoría, que se resolverían provisionalmente mediante un procedimiento cautelar (artículo 635 Código Procesal Civil) y, en caso de que se verificasen daños, una acción por responsabilidad civil. Llámese conflicto de intereses, conflicto entre un derecho subjetivo y un interés no tutelado formalmente o conflicto de derechos, el fin específico del derecho es el de prevenir la consumación de un daño o reparar el ya producido. Por ello, un importante sector de la doctrina extranjera considera al abuso de derecho como un factor de atribución del hecho ilícito.[76]

Si el concepto de justicia está haciendo tambalear la tipicidad de los derechos, deberíamos tener un concepto más elástico y flexible de los mismos.[77] Parte del problema del abuso del derecho debe ser reconducido al

---

[75] Con razón, RESCIGNO afirma que: «La tipicidad parece resolverse en el preventivo reconocimiento de la dignidad de tutela del interés, o, si se prefiere usar otra fórmula, en el consenso preventivo de la comunidad social. Cómo conciliar la tipicidad del acto con la búsqueda del interés legítimo del autor continúa siendo la dificultad más grave de la teoría del abuso cuando con la fórmula se tienda a garantizar la "socialidad" del acto privado» (*op. cit.*, 230).

[76] Así, Giovanna VISINTINI, quien a su vez hace referencia a VINEY, GOUBEAAUX y LE TOURNEAU, (*op. cit.*, pp. 282 y 286); y PONZANELLI, Giulio. «Abuso del diritto e colpa». En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milán: Giuffrè, 1977, p. 700; entre otros. Se advierte que la gran paradoja de la literatura sobre el abuso de derecho es que los problemas que han causado gran debate bajo el signo del abuso de derecho han encontrado una pacífica solución dentro de la temática de la responsabilidad civil (GAMBARO, Antonio. «Abuso del diritto. II. Diritto comparato e straniero». En: *Enciclopedia giuridica*, t. I. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, p. 4.

[77] Así, RESCIGNO: «[...] cuando una rigurosa "tipicidad" no se realice, y más allá de los confines en la cual esta puede operar, la indagación sobre el carácter "justo" o "injusto" de la resolución (y de los motivos que la han determinado) debe desarrollarse según criterios de valorización relativos a la estructura y a la conservación de la particular relación y, por consiguiente, de la comunidad o de la organización de intereses en el cual la relación se encuadra» (*op. cit.*, p. 285).

de la responsabilidad civil. No debemos olvidar que los primeros casos jurisprudenciales que se han presentado han sido resueltos dentro de estos criterios. Manifiesto mi desacuerdo con quien pretende justificar la inmunidad del ejercicio de los derechos que cause daño a terceros a través del ligamen entre la teoría del derecho subjetivo (y de su abuso) y la responsabilidad civil.[78] Es todo lo contrario, siguiendo como ejemplo el modelo jurídico diseñado por el legislador en el Código Civil peruano, cuyo artículo 1971.1 prescribe que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. A *sensu contrario*, habrá responsabilidad civil en el caso de que no se ejercite regularmente un derecho, hecho que no contradice lo dispuesto en el artículo del Título Preliminar ni en el artículo 103, párrafo 4, de la Constitución. En efecto, para prevenir el abuso del derecho se «puede solicitar las medidas cautelares apropiadas» (según la modificación del Decreto Legislativo N.º 768, Código Procesal Civil, introducida en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil) y, en el caso de que este produzca daños, se iniciará un proceso de conocimiento, en el cual se apliquen las reglas de la responsabilidad civil.[79]

Hay quien pretende explicar problema del abuso de derecho en relación con la quiebra de la programación normativa, que lleva como consecuencia normal el reconocimiento del error inicial y su corrección mediante una redistribución de las situaciones de ventaja. En efecto, una vez corregido el error de atribución, el problema del abuso desaparece. Por ello, «más precisamente se dirá que se recurre a la figura del abuso cuando la fuente que quiere efectuar la corrección no está legitimada formalmente para abrogar la adscripción erróneamente efectuada por una fuente de rango superior» (el subrayado es mío).[80] Desde este punto de vista, el

---

[78] PATTI, *op. cit.*, p. 8.

[79] Considera que el inciso 1 del artículo 1971 «no plantea una causal liberatoria de la obligación de pagar una indemnización sino una exclusión del sistema de responsabilidad» (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual I*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, pp. 191-192. El autor afirma que «ni la extralimitación (realizando actos que no son parte del derecho de que se goza) ni el abuso del propio derecho (artículo II del Título Preliminar) son ya derecho. Es por ello que discrepamos con la tesis que plantea que el abuso del derecho es un acto lícito, pero abusivo: el abuso del derecho ya no es derecho. Los derechos deben ser usados en armonía con el interés social. Por consiguiente, todo uso del derecho que no respeta el interés social es un uso "irregular" y, consiguientemente, ilícito» (*op. cit.*, p. 192).

[80] GAMBARO, «Abuso del diritto...», p. 1.

problema del abuso de derecho sería percibido como un problema de teoría de las fuentes del derecho.

Se ha observado que el abuso de derecho ha desempeñado históricamente un rol doble.[81] En un primer momento, este principio ha sido utilizado para declarar ilícitos comportamientos que formalmente se presentaban como ejercicio de derechos absolutos. Dentro de esta categoría, encontramos a los casos que se han presentado en la jurisprudencia francesa. De este modo, «estas hipótesis de abuso de derecho son fácilmente *reabsorbibles* en la teoría del ilícito civil una vez reconocido que el ejercicio del derecho no ofrece una inmunidad absoluta a su titular».[82]

Desde una segunda óptica, la teoría del abuso de derecho también ha sido utilizada para declarar ineficaces actos jurídicos que, de otra manera, hubieran obtenido el resultado jurídico querido por el agente. Siguiendo esta línea de pensamiento, la teoría del abuso de derecho no formaría parte de la responsabilidad civil, sino un capítulo del problema general de la ineficacia.[83]

Como consecuencia de ello, «cuando la teoría del abuso se destempla en el *mare magnum* de las cláusulas equitativas, esta pierde su utilidad operativa; invocarla será entonces un refuerzo retórico o una tentativa de clasificación redundante».[84] Es por ello que incluso el principio de la buena fe objetiva ha sido particularmente preferido por la jurisprudencia en vez del de abuso de derecho.[85]

---

[81] GAMBARO, «Nota». En: Tribunal de Turín, *op. cit.*, p. 824.

[82] *Ibid.*, *loc. cit.*

[83] GAMBARO, «Abuso del diritto..., p. 2. El autor afirma, en otro lugar, que «en esta segunda acepción, los principios y las reglas limítrofes al criterio del abuso serán aquellos de la buena fe, del orden público, el criterio del interés a accionar, la prohibición de ir *contra factum proprium*, la regla *in pari causa turpidunis*, etc.» y agrega que «se comprende que el muy vago criterio del abuso esté destinado a sufrir la concurrencia de estas reglas y principios que en comparación parecen ofrecer al intérprete un apoyo más sólido y preciso» (GAMBARO. «Nota». En: Tribunal de Turín, *op. cit.*, p. 824).

[84] GAMBARO. «Abuso del diritto..., p.5.

[85] En términos de Alberto SPOTA, nos estamos refiriendo a la «buena fe-lealtad» y no a la «buena fe-creencia» (*op. cit.*, p. 396).

8. La aplicación del principio del abuso de derecho en la experiencia jurisprudencial nacional

Como ya se señaló, el abuso de derecho surge como una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo. No obstante ello, este principio corre el mismo peligro cuando cierto sector de la doctrina pretende teorizarlo excesivamente (¿o de manera abusiva?) sin tener en cuenta el valioso aporte jurisprudencial que le dio la vida y sigue delineando su naturaleza. Es el propósito de esta parte del trabajo comentar algunas resoluciones en las cuales los jueces peruanos han aplicado este principio.

8.1. El abuso de derecho-ineficacia (o pretensión procesal abusiva) en materia de derechos surgidos de la sociedad de gananciales

El primer caso se refiere a una pareja que contrae matrimonio civil en 1943 y, en 1962, se separa produciéndose la denominada separación de hecho. En 1982, el esposo separado de hecho adquiere un inmueble, sin que se haya disuelto la sociedad de gananciales; el mismo esposo ya había entablado relaciones de convivencia desde 1963 con otra persona, que también había contribuido a la adquisición del mencionado inmueble. Cinco años después se decide vender el inmueble y aparece en acción la esposa separada de hecho (o sea, después de 25 años) para solicitar la nulidad de dicho contrato. El Juzgado Civil de Huarochirí, con fecha 23 de enero de 1992, declara infundada la demanda de la esposa. La Sala Civil de la Corte Superior del Callao, con Sentencia de fecha 26 de agosto de 1992, confirma dicha Sentencia, aplicando el principio del abuso de derecho, ya que «existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia». La máxima del *dictum* es la siguiente:

> La figura del abuso del derecho se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia. Si bien formalmente la demandante está casada con el demandado, lo cierto es que el demandado adquirió el inmueble veinte años después de estar separado de hecho, vendiéndolo veinticinco años después de dicha separación, cuando el mismo convivía con otra persona. Esta realidad no se condice con el pretendido ejercicio del derecho al solicitar

> la nulidad del contrato de compra-venta, por lo que en aplicación con el artículo II del Título Preliminar del Código Civil se declara infundada la misma.

Merece la pena reproducir la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior del Callao, que a la letra dice:

> VISTOS: por sus fundamentos pertinentes y CONSIDERANDO además: Que si bien se ha acreditado en autos que la demandante contrajo matrimonio civil con don XY en el año mil novecientos cuarentitrés, ambas partes están de acuerdo que en mil novecientos sesenta y dos se produjo una separación de hecho; que, en el año mil novecientos ochenta y dos el demandado XY adquiere de su anterior propietario el inmueble materia de litis, sin que haya disuelto la sociedad de gananciales; que, por ello, formalmente debió tener el conocimiento e intervención de su cónyuge en el acto de disposición del inmueble en referencia en favor de su codemandado VW; que tanto la demandante como el demandado aceptan que el segundo ha entablado relaciones convivenciales con doña XX; que el demandado sostiene que dichas relaciones datan desde mil novecientos sesenta y tres hasta la fecha, por lo que el inmueble materia de litis fue adquirido durante esta convivencia, situación de hecho que no es reconocida por nuestro ordenamiento civil en razón de encontrarse impedido don XY al no haberse divorciado de la demandante, sin embargo, es una circunstancia que no puede ser dejada de lado ya que la referida conviviente habría contribuido, también, con su esfuerzo en la adquisición del bien sub litis; que la figura del abuso del derecho se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, como en el presente caso lo tiene la demandante, existe un exceso que provoca una desarmonía social y, por ende, una situación de injusticia; que es evidente que, si bien formalmente la demandante está casada con el demandado, lo cierto es que el demandante adquirió el inmueble veinte años después de estar separado de hecho, vendiéndolo veinticinco años después de dicha separación y cuando convivía con doña XX; que esta realidad aceptada por la propia demandante no se condice con el pretendido ejercicio del derecho al solicitar la nulidad del

> contrato de compra venta; por lo que, en aplicación del artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil de mil novecientos ochenticuatro, CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas ciento dieciséis, su fecha veintitrés de enero del año en curso, que declara infundada la demanda de fojas tres y fundada la reconvención sobre declaración de legítimo propietario respecto de VW del inmueble materia de litis, con lo demás que contiene, en los seguidos por JD con XY y otros, sobre nulidad de contrato de compra venta, y los devolvieron.-
> Tello Dávila, Morales Godo y León Castañeda.

Punto de partida importante, como ya lo advirtiera al iniciar el estudio de este principio jurídico, es analizar de qué derecho (ahora en concreto) se está abusando. Así, el itinerario interpretativo forzoso que debemos recorrer es el de la separación y la unión de hecho. No es mi propósito desarrollar detalladamente estas dos figuras. Simplemente delinearé mis impresiones a propósito de la situación que está en conflicto. El esquema del divorcio-castigo ha sido ampliamente superado por el de divorcio-solución. El momento patológico de la relación conyugal o familiar no puede ser visto de una manera estática ni maniquea, buscando inocentes o culpables. Ello no corresponde a la realidad. Se ha comprobado largamente que la conducta de un cónyuge que abandona el hogar, o que es adúltero, no es gratuita, ya que la misma obedece a una causa que, generalmente, también recae sobre la persona del otro cónyuge. Buscar un culpable y un inocente en este tipo de casos resulta una solución simplista. La relación conyugal es el resultado de la presencia permanente y constante de dos personas, libres y responsables, que, como tales, asumen las consecuencias de sus actos.

La finalidad del matrimonio no es la de la procreación. Prueba de ello la pueden dar todos los hijos extra-matrimoniales que vienen al mundo. Esta se encuentra en la comunidad existencial y de intereses, tanto afectivos como materiales, que comparte la pareja. El matrimonio tiene vocación de permanencia; pero no necesariamente es eterno. El ser humano puede equivocarse y también tiene el derecho a enmendar sus errores. Independientemente de los problemas naturales que pueden surgir en la relación matrimonial, esta, en cuanto formación social, básica y fundamental, debe favorecer el desarrollo integral de quienes la conforman. Caso contrario, el mismo derecho estaría condenando *a cadena perpetua de infelicidad* a quienes tienen este tipo de problemas.

No resulta objeción válida la pretendida unidad familiar en beneficio del interés de los hijos. El más elemental estudio en psicología nos revela que son más frecuentes los trastornos emocionales de los menores que viven en hogares con problemas que los de aquellos que viven con uno de los padres separados. Es más, la creencia de que los hijos pequeños se deben quedar con la madre está en profunda revisión. Lo importante para los menores es la atención, el cuidado y el amor, independientemente del sexo de los padres.

El Código Civil español prevé la figura del «cese efectivo de la convivencia con-yugal». En efecto, el artículo 86.4 considera como causal de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años «a petición de cualquiera de los cónyuges». Si partimos de la premisa de que el hombre es un ser ontológicamente libre, no podemos atraparlo en estructuras jurídicas que corresponden a otra realidad que, en la actualidad, se convierten en una suerte de fórmula mágica inicua en vez de ser un efectivo mecanismo de solución de conflictos.

Cuando hablamos de unión de hecho, no podemos eludir el instituto del *servinakuy*, que es una especie de unión marital, denominada «matrimonio sociológico», «de derecho natural o consuetudinario»,[86] el que se presenta como acto (forma de celebración del matrimonio) y como estado (la misma relación jurídica entre los convivientes). Esta figura ha sido regulada por diversos cuerpos legislativos, como el Código Civil peruano y el Código de Familia boliviano, que dicta una disciplina particularizada.

Cuando hablamos de *servinakuy* como acto, hacemos referencia a una antigua costumbre en constante desarrollo en no pocas zonas de la sierra del Perú y que consiste en la unión entre hombre y mujer por un tiempo determinado, transcurrido el cual la pareja decidirá si continuará viviendo conjuntamente para siempre. Se podría afirmar, dentro de esta óptica, que el *servinakuy* constituye una suerte de matrimonio a prueba. En la práctica, frecuentemente, los convivientes deciden permanecer unidos.

Con la conquista de los españoles, el matrimonio deviene en la forma oficial de la unión entre hombre y mujer, no obstante que la unión de hecho subsistiese como práctica consuetudinaria, incluso entre muchos españoles

---

[86] CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 79. El autor sostiene que «el término "servinakuy" no es quechua ni castellano, sino un híbrido surgido durante la Colonia. Se forma con la abreviación castellana, servi, alusiva al servicio, y el afijo quechua nakuy, que tiene una connotación de mancomunidad, ayuda o participación. El vocablo resulta así suficientemente expresivo aunque eufemístico» (*op. cit.*, p. 75).

y peruanas. Ni el Código Civil de 1852 ni el de 1936 la reconocían. Después de una ardua lucha entre las dos realidades que se presentaban en la experiencia jurídica peruana, aquella legal y la informal, la sensibilidad del operador del derecho se hizo sentir en la interpretación del artículo 1149 del Código Civil de 1936, que se refería al enriquecimiento indebido. En el caso de abandono (o muerte) del conviviente, se reconocía a la parte dañada el derecho a una reparación sobre la base de un criterio patrimonialista, cuando se comprobase —al mismo tiempo— un disminución económica y un beneficio ilícito con la finalidad de equilibrar una situación injusta. En el ámbito legislativo, la Ley de Reforma Agraria peruana de 1970, Decreto Legislativo N.° 17716, prescribía, en el caso de muerte del campesino que no había terminado de pagar las tierras agrícolas, la condonación de su deuda en favor de su «compañera permanente».[87]

Volviendo a la unión de hecho, entendida en sentido genérico, el artículo 326 del Código Civil de 1984, siguiendo el reconocimiento que ha hecho la Constitución de 1979, artículo 9 (actualmente, en el artículo 5 de la Constitución de 1993), regula «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». Para estos efectos, siempre que dicha unión haya durado al menos dos años, se prevé el sometimiento al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable. A falta de estos requisitos, el conviviente puede iniciar una acción por enriquecimiento indebido. Es lamentable que el legislador tutele solo en el ámbito patrimonial la unión de hecho por cuanto los derechos y los deberes que surgen entre los convivientes son también (y principalmente) personales. En nuestra opinión, para colmar esta insuficiencia, se debe hacer recurso a la analogía cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 326 citado precedentemente.

El Código de Familia boliviano dedica un capítulo de quince artículos a las uniones conyugales libres o de hecho. Resulta interesante la protección que se brinda al conviviente cuando el otro desee contraer matrimonio con otra persona. Dicha situación opera como impedimento matrimonial, puesto que el interesado no podrá casarse sino después del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la unión precedente (artículo 169 Código Familiar boliviano). Debemos pensar en la protección que merece el sujeto débil en este tipo de relación, generalmente, una ama de casa o una campesina, con

[87] *Ibid.*, p. 79.

no pocos hijos, casi siempre dependiente económicamente del hombre. Se observa que estos modelos jurídicos obedecen a una concepción en la cual se pretende defender la unidad de la familia (incluso de hecho) en tanto unidad social.[88]

Partiendo del principio, recogido también por los tribunales mexicanos, según el cual «no todas las mujeres que comparten su lecho con un hombre, aunque reciban ayuda económica del mismo, son concubinas»,[89] el legislador boliviano, no obstante no haya establecido un límite temporal alguno para determinar la unión de hecho, ha sabido percibir los matices entre uno y otro término, vale decir, entre presencia o ausencia de esta relación jurídica, diferenciándola de las uniones sucesivas (diversas uniones no contemporáneas, que se suceden en el tiempo, entre una persona y diferentes convivientes) y las irregulares. No existiendo ningún impedimento entre los convivientes, se reconocen, a las primeras, efectos durante su duración. En el caso de las uniones irregulares, en presencia de impedimentos legales, no se puede reclamar ninguna protección jurídica, salvo la buena fe o los derechos de los hijos nacidos en constancia de estas uniones.

Es pertinente hacer referencia a la Constitución de Brasil de 1988, que establece en el artículo 226.3 que: «Para efectos de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre hombre y mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio». En este texto legal, no solo se reconoce la unión de hecho, sino que se sostiene que es tarea del Estado «remover los obstáculos» para acercar el *status* de los convivientes a aquel de los formalmente unidos. Observamos así a un Estado que hace accesible el matrimonio a todos. Ello debe ser interpretado con el inciso 1 del artículo que comentamos, cuando prescribe que la celebración del matrimonio civil es gratuita.

El sistema latinoamericano se aparta de los modelos jurídicos europeos como el español que, al nivel de pensiones sociales, tutela restrictivamente al conviviente *superstite*. En efecto, se reconoce protección solo cuando ambos convivientes «no hayan podido contraer matrimonio por los impedimentos previstos por la legislación vigente a la fecha (de muerte de uno de los dos) y al mismo tiempo hubiesen vivido como tales» y cuando la muerte del

---

[88] CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Totino: Giappichelli, 1990, p. 116.

[89] Tribunal Supremo del Distrito Federal, 12 de agosto de 1947. En: *Anales de jurisprudencia*, 1947, p. 6.

conviviente haya ocurrido «con anterioridad a la vigencia de esta ley (Ley 30/1981 del 7 de julio)».[90] De manera similar, el modelo italiano que, no obstante en el caso de alquiler de inmuebles urbanos tutela al conviviente *superstite*,[91] inicialmente era asaz rígido en el ámbito de resarcimiento de daños cuando se expresaba que «debe ser negado que la conviviente *more uxorio* tenga derecho al resarcimiento de daños en caso de muerte del hombre con el cual convivía, porque tal pretensión no tiene fundamento jurídico en la ley ni podría tenerlo en un acuerdo».[92] Esta posición, como veremos más adelante, ha cambiado radicalmente.

Lejos de asumir la posición de Napoleón cuando decía que «los convivientes desprecian la ley; la ley se desinteresa de ellos», nuestro sistema respeta esta opción de la pareja y, si bien es cierto que no tiene la misma tutela de un matrimonio civil, goza de cierta protección jurídica. En el caso de autos, estamos frente a una unión de hecho que, no obstante no cumple con todos los requisitos establecidos por el artículo 326, genera efectos jurídicos. Es aquí donde celebramos la lucidez del juez al no dejarse deslumbrar por los espejismos del formalismo, que implicarían que una unión de hecho sucumbiera frente a un matrimonio legalmente constituido. El operador jurídico ha privilegiado, sabiamente, un negocio jurídico realizado por los integrantes de una unión de hecho en vez de reconocer validez a las expectativas patrimoniales de una esposa que durante

---

[90] Sentencia del Tribunal Constitucional de España N.° 177/1985, del 18 de diciembre de 1985. Citada por GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel. *Uniones de hecho y pensiones de la seguridad social*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 23.

[91] El párrafo 1 del artículo 6 de la Ley N.° 392, del 27 de julio de 1978, fue declarado ilegítimo por la Corte Constitucional italiana, con sentencia N.° 404, del 7 de abril de 1988, «en la parte en la cual no prevé entre los sucesores de la titularidad del contrato de alquiler, en caso de muerte del arrendatario, al conviviente *more uxorio*». La misma suerte corrió el párrafo 3 del citado artículo «en la parte en la cual no prevé que el cónyuge separado de hecho suceda al arrendatario si entre ambos haya sido acordado así» y «en la parte en la cual no prevé la sucesión del contrato de alquiler al arrendatario que haya cesado la convivencia a favor del ex conviviente cuando haya prole natural».

[92] Casación Penal. N.° 8209. Sección IV. 21 de setiembre de 1981.. Citada por ALPA, Guido. *Giurisprudenza di diritto privato*, vol. I. Turín: Giappichelli, 1991, p. 72. El autor expresa que «por mi parte, aún reconociendo que una intervención legislativa técnica y formalmente imperfecta podría ser más dañina que útil, considero que sea necesario, hoy, en nuestro país, intervenir con una disciplina que, sin equiparar en todo los dos tipos de familia (o las "dos familias", como a alguno le gusta decir), resuelva los problemas más apremiantes a favor de un reconocimiento jurídico de la familia de hecho» (*op. cit.*, p. 77).

veinticinco años no desempeñó dicho rol o, si queremos recrearnos con la dogmática, no asumió tal situación jurídica.

El juez, en el caso de autos, ha revivido la preocupación de muchos operadores jurídicos cuando, al pretender administrar justicia, corren con la suerte de verse atrapados en el derecho formalmente válido. Desde el punto de vista de la norma *solemnitater promulgata*, nadie discute que le asiste el derecho a la esposa a participar de la sociedad de gananciales. Sin embargo, frente a una comunidad existencial, valga la redundancia, inexistente, que ahora se comparte con otra persona, el juez no puede aplicar fríamente un artículo cualquiera de un dispositivo legal. Debajo del denominado derecho positivo, existe una doctrina que lo enriquece, una jurisprudencia que lo actualiza, instrumentos adicionales como los principios generales del derecho o la analogía, que hacen que el derecho viviente (o la *law in action*, como prefieren los *common lawyers*) sea un derecho justo.

La sentencia que hemos comentado nos revela a un operador jurídico más sensible a impedir un injusto ejercicio de los derechos, y eso debe llevarnos a dos reflexiones. La primera es que no debemos hacer con el principio del abuso de derecho lo que, en su tiempo, se hizo con el derecho subjetivo: las teorías generales hacen correr el riesgo de perder el contacto con el derecho vivo. No olvidemos que el principio del abuso de derecho nació como obra jurisprudencial para enfrentar los excesos de la dogmatización del derecho subjetivo. La segunda reflexión es que, si bien es cierto que otros principios están siendo aplicados en vez del abuso de derecho, ello no debe impedirnos observar que, trátese de buena fe, corrección o abuso de derecho, todos estos principios participan de una misma esencia, que es el valor jurídico solidaridad, que no es más que una manera técnica de referirse al amor en su expresión más sublime, cual es el amor al prójimo: independientemente del principio aplicado, nos encontramos frente a una revisión justa del derecho formalmente reconocido. Todo ello implica un trabajo, nunca acabado, que genera un constante diálogo entre el jurista, el legislador y el operador del derecho.

a) Los precedentes en materia de abuso de derecho[93]

Bajo el amparo del Código Civil de 1852, que no contemplaba la figura del abuso de derecho, se da un caso en el cual Lorenzo Mossone y los

[93] Sobre el elenco de máximas extraídas de la jurisprudencia nacional antes del vigente código civil, GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*, t. I. Lima: Cultural Cuzco, 1982, p. 22).

esposos Perotti, dando cumplimiento a un mandato judicial que los autorizó a retirar unos cuartos de baño en la laguna de Huacachina, de propiedad de Natalio Binda, se «excedieron deliberadamente» en la ejecución del mismo. En primera instancia, con Sentencia de fecha 14 de noviembre de 1929, se declara fundada la demanda en la cual se solicita la reparación por los daños causados. Con Resolución Superior del 2 de julio de 1931, se revoca la Sentencia, aplicando el artículo 2207 del Código Civil de 1852 (relativo al término de prescripción de tres años para interponer la acción por obligaciones que nacen de delitos o cuasidelitos), por cuanto la acción (*rectius*, la pretensión procesal) ya había prescrito. El Dictamen Fiscal del 13 de julio de 1932 establece que «Mossone ejecutó un derecho que el juez le reconocía y, si en la ejecución de ese mandato hizo daño, había que demostrar si se *excedió deliberadamente*; pero, para juzgar la procedencia de la prescripción, basta lo expuesto para saber que no se trata de responsabilidad contractual ni delictuosa, y es, por tanto, de aplicación el artículo 2207 del Código Civil que fundamenta el recurrido». La Resolución Suprema de fecha 23 de marzo de 1933, de conformidad con el Dictamen Fiscal, confirma la Resolución Superior. Como podemos apreciar, no se niega la presencia del principio del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico nacional, sino que, desde un punto de vista procesal, se declaró prescrita la pretensión del agente dañado.[94]

Con Sentencia de primera instancia en Callao, de fecha 11 de mayo de 1933, se resolvió un caso en el cual un arrendador notificó a su arrendatario el alza de la merced conductiva de S/. 120.00 a S/.150.00, monto que no fue aceptado por el arrendatario. No habiendo prosperado el aviso de despedida interpuesto, se demandó en vía ejecutiva el pago de los meses transcurridos con posterioridad al plazo de vencimiento del aviso de despedida (febrero de 1931) a razón de S/. 150.00. Se falla que se debe abonar el arriendo pactado de S/.150.00. La Sentencia de segunda instancia del 13 de diciembre de 1933 revoca esta decisión, estableciendo que se debe abonar el arriendo de S/.120.00 y el pago de la multa, que corresponde al arrendador de acuerdo al artículo 678 del Código Procesal Civil (por solicitar más de lo que corresponde). En el Dictamen Fiscal de fecha 12 de abril de 1934, se confirmó el arriendo indemnizatorio de menor cuantía y se opina que «no hay motivo legal para la sanción establecida contra el ejecutante que, *abusando de la facultad* que se le concede para exigir en vía ejecutiva el

[94] *Revista de los tribunales*, año III, n.º 78, marzo, 1933, pp. 33-35.

pago de los arriendos, cobra lo que no se le debe». Este criterio fue convalidado por la Resolución Suprema del 24 de octubre de 1934 con una opinión en contra del juez Quiroga, que estaba de acuerdo con la imposición de la multa ex artículo 678 Código Procesal Civil.[95]

Ya bajo el amparo del Código Civil de 1936 y del reconocimiento (expreso, pero escueto) que hace el artículo II del Título Preliminar, en un juicio verbal seguido por Juan Lercari a Humberto Gibelli sobre pago y desocupación, el primero embargó e hizo depositar un automóvil de propiedad de Eduardo Arciniega y que manejaba Gibelli como arrendatario del carro, hecho que originó que el propietario interpusiera una tercería excluyente, en la cual solicitaba, además, el pago de una indemnización por lucro cesante. Lercari, al enterarse de los hechos, levantó la medida. Arciniega demandó a Lercari por concepto de indemnización por lucro cesante y se desistió de la tercería. En el proceso de indemnización, en primera instancia, se emitió una sentencia declarando fundada la demanda de Arciniega. Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior confirmó la sentencia apelada. Arciniega interpuso recurso de nulidad. En el Dictamen Fiscal de fecha 20 de setiembre de 1945, se observa que «no está tan clara la *buena fe* de Lercari en el procedimiento que observó; y, todo lo contrario, este hace suponer que la medida obedeció al deseo de presionar al propietario del carro para que pagara la deuda del *chaufer* (sic) que lo manejaba como arrendatario del mismo y que con el vehículo trabajaba», agregando que «el que practica un acto se somete a sus consecuencias y, por tanto, el demandado tiene que sufrir las de su acto, o sea, el embargo indebido de lo que no era de su deudor; más aún, si conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, Lercari ha cometido un *abuso del derecho*, que la ley no ampara, sino, al contrario, condena». En dicho dictamen, solo se propone que se declare la nulidad de la resolución de vista confirmatoria en lo que se refiere al *quantum*, reajustándolo. La Resolución Suprema del 28 de setiembre de 1945 falla «de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen».[96]

Siempre con arreglo al Código Civil de 1936, se resuelve un caso en el cual la firma Fiat Perú S.A. vendió un camión en S/. 267,000.00, recibiendo una cuota inicial de S/. 92,820.00 y el saldo del precio con intereses, en doce letras de cambio escalonadas. Como consecuencia de que el comprador no pagara las primeras letras, Fiat Perú cobró, mediante el procedimiento

[95] *Revista de los tribunales*, n.º 150, diciembre, 1934, pp. 393-397.

[96] *Revista del foro*, año XXXIII, n.os 1-3, enero-marzo, 1945, pp. 190-192.

administrativo del Registro Fiscal de Ventas a Plazos, obteniendo que en el tercer remate se le adjudique el «camión de la discordia» por la suma de S/. 60,000.00. Fiat Perú interpone una acción en contra del ex-comprador por una cantidad de S/. 127,039.51, que correspondería al pretendido pago del saldo de su crédito. En primera instancia, con Sentencia del 4 de junio de 1975, se acoge la pretensión del demandante. En apelación, con Sentencia de fecha 13 de octubre de 1975, se revoca dicha decisión. Con Resolución Suprema de fecha 11 de diciembre de 1975, se afirma que «dicha demanda constituye un *abuso de derecho* si, después de recuperar la cosa vendida y aprovechar la crecida cuota inicial, se trata de cobrar un supuesto saldo de precio», confirmándose el último fallo.[97]

Agregamos a este repertorio jurisprudencial, el siguiente caso. A se comprometió a vender a B un inmueble por el precio y las condiciones convenidas contractualmente, habiendo B entregado arras a A. Entre las condiciones pactadas, se convino que las partes podían retractarse expresamente, perdiendo las arras el comprador o devolviéndolas dobladas el vendedor. Asimismo, se estipuló que el solo vencimiento del plazo sin que el comprador hubiera pagado el saldo del precio se tendría como manifestación de retractación de la compra con pérdida de las arras. La Corte Suprema, con Resolución de fecha 3 de julio de 1973, consideró que:

> [...] esta segunda condición configura una segunda cláusula penal para el caso de mora, en el que, conforme al artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil (de 1936), solo cabe exigirse la satisfacción de la pena conjuntamente con el cumplimiento de la obligación principal y no solamente la primera; que si se pactó el derecho de retractación convirtiendo las arras en penitenciales, no cabría imponer la misma pena mediante otra cláusula que resulta implicante, por derivar la una de la manifestación expresa de la voluntad e interpretar la otra como manifestación tácita, configurando esta forma de convenio un *abuso de derecho* que rechaza el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil.[98]

En consecuencia, ordenó al vendedor-demandante (quien había pretendido retener las arras y retractarse del contrato) que proceda a otorgar

---

[97] *Revista de jurisprudencia peruana*, año XXXV, n.º 387, abril, 1976, p. 406.
[98] *Revista de jurisprudencia peruana*, julio-diciembre, 1973, pp. 854-856.

la escritura pública de compra-venta en favor del comprador-demandado (quien había reconvenido en ese sentido).[99]

También contamos con otro caso resuelto mediante Resolución de la Corte Suprema de fecha 31 de julio de 1973.[100] Los hechos son los siguientes. En un contrato de compra-venta de un inmueble cuyo precio se convino pagar a plazos, el vendedor demandó la rescisión del contrato, así como la restitución del bien y la apropiación de la parte del precio pagado, fundándose en que el comprador no pagó tres cuotas consecutivas. En efecto, ello se acordó en la cláusula tres del contrato suscrito. El artículo 1425 del Código Civil de 1936 establecía que «no tiene el vendedor derecho a pedir la rescisión, sino solo a cobrar el saldo, los intereses y los gastos si se le ha pagado ya más de la mitad del precio, *salvo pacto en contrario*» (el comprador había ya pagado más del sesenta por ciento del precio). Los vocales del Supremo Colegio consideraron que lo pretendido por el demandante es contrario «al espíritu de la ley y constituye un *abuso de derecho* que aquella no ampara (artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil)», así como lo contenido en la cláusula tres de este contrato «no constituye el "pacto en contrario" a que se refiere el artículo mil cuatrocientos veinticinco del Código acotado, porque este debe constar expresamente». Esta decisión contó con un fundamento adicional de Llosa Ricketts, quien advirtió que la expresión *pacto en contrario* contenida en el artículo 1425 del Código Civil «tiene que referirse a la forma de cobrar el saldo, porque la rotundidad del principio consignado en tal norma no acepta pactos opuestos a él que signifiquen la rescisión del contrato».[101]

En fecha más reciente, la Corte Suprema, con fecha 19 de marzo de 1984, declaró infundada una demanda porque «constituye principio general de derecho que nadie puede beneficiarse por su propio dolo y, dados los antecedentes que dieron origen a la litis, amparar la demanda sería consagrar el *abuso de derecho* con desconocimiento de la norma contenida en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Civil».[102] Estas decisiones se alinean en la corriente que asimila parte de los supuestos del abuso de derecho a la teoría de la ineficacia.

---

[99] *Revista de jurisprudencia peruana*, julio-diciembre, 1973, pp. 854-856.

[100] Las siguientes citas jurisprudenciales nacionales en materia de abuso de derecho han sido tomadas de ANDIA CHÁVEZ, Juan. *Repertorio de jurisprudencia civil*. Lima: Rodhas, 1994, pp. 16-17.

[101] *Revista de jurisprudencia peruana*, julio-diciembre, 1973, pp. 856-857.

[102] *Normas Legales*, año XLIII, t. 126, marzo-abril, 1984, p. 458.

b) Los precedentes en materia de unión de hecho[103]

Sobre la unión de hecho y bajo el amparo del Código Civil de 1936, la aplicación del artículo 1149, que regulaba el enriquecimiento indebido para proteger al conviviente *superstite* o separado (*rectius*, abandonado), ha sido casi unánime en nuestra jurisprudencia. Un hombre y una mujer convivieron durante 15 años, al término de los cuales se separaron, no obstante ambos habían adquirido pequeños bienes y hecho negocios. La ex-conviviente demandó al ex-conviviente para que le entregue la suma de S/.1,099.25, que equivalía a la mitad del valor de los bienes muebles e inmuebles adquiridos durante la convivencia. El Juzgado de Primera Instancia de Otuzco declaró fundada la demanda. La sentencia fue confirmada por la Corte Superior de La Libertad, no obstante la presencia de votos discordantes que afirmaban que «esas relaciones ilícitas no pueden ser fuente de derechos y obligaciones recíprocas, de manera que no existe vínculo legal», con fecha 9 de abril de 1947. El Dictamen Fiscal, con fecha 27 de octubre de 1947, manifiesta que «es de justicia ordenar el reintegro a esta (ex-conviviente) de la parte que le corresponde, sin que ello importe equiparar la sociedad legal proveniente del matrimonio a las relaciones ilícitas que califican el concubinato». La Resolución Suprema del 4 de noviembre de 1947 confirma «lo dictaminado por el Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen».[104]

Una pareja convivió durante muchos años y contrajo matrimonio en artículo de muerte. El esposo dejó como único bien la libreta de ahorros con un saldo de S/. 7,431.46, cuyo 50% fue reclamado por la viuda que, según el ordenamiento vigente en ese entonces, carecía de derechos hereditarios por haberse celebrado el matrimonio en estas circunstancias y no haber durado un año. El Juzgado de Primera Instancia declaró fundada la demanda de la viuda, y esta decisión fue confirmada por la Corte Superior de La Libertad. El Dictamen Fiscal de fecha 25 de junio de 1951 expone que «se trata de una sociedad de hecho, que si bien no puede equipararse a la sociedad conyugal, no lo es menos que su duración, con el trabajo no solo del conviviente, sino también de la actora que se dedicaba a la enseñanza y a criar y vender aves de corral, que ha podido lograr la formación de un pequeño capital, cuyo 50% corresponde a la demandante, en aplicación del

---

[103] Sobre el elenco de máximas extraídas de la jurisprudencia nacional antes del vigente Código Civil, GUZMÁN FERRER, *op. cit.*, t. II, pp. 1337-1138).

[104] *Revista de jurisprudencia peruana*, año XI, n.º 109, febrero, 1953, pp. 232-234.

artículo 1149 del Código Civil, porque lo contrario significaría un enriquecimiento indebido de los herederos de su conviviente». La Resolución Suprema de fecha 14 de julio de 1951 confirma este dictamen.[105]

Otra pareja hizo vida marital durante muchos años, procreando en esa unión varios hijos, habiendo nacido el último en 1943. Dentro de esta unión, que según la demandante duró hasta 1946 y según el demandado hasta 1944, fueron construidas varias casitas sobre un terreno que, en pago de otro que fue expropiado, le fue cedido al demandado. La demandante solicita dos de las casitas construidas o pagar su valor, así como entregarle una máquina de coser Singer. En Primera Instancia, se declara infundada la demanda. La Corte Superior de La Libertad revoca la Sentencia, declarando fundada la demanda. En el Dictamen Fiscal de fecha 12 de enero de 1954, se afirma que «no se trata de equiparar los efectos del matrimonio a los del concubinato, sino de evitar el enriquecimiento de uno de los convivientes en aplicación del artículo 1149 del Código Civil». La Resolución Suprema del 13 de octubre de 1955 solo reconoce a la demandante el derecho a recuperar la máquina de coser Singer.[106]

Una pareja que inició sus relaciones de convivencia desde 1920 cesó las mismas poco tiempo antes de interponerse la demanda, en la cual la ex-conviviente reclamó los bienes que habían sido adquiridos en conjunto, así como el 50% de los frutos producidos. El Juez de Primera Instancia de Huancayo declaró fundada en parte la demanda, disponiendo que el demandado abone a la actora la mitad de las construcciones levantadas sobre los terrenos de propiedad del mismo e infundado el cobro de frutos. Esta Sentencia fue confirmada por la Corte Superior de Junín. El Dictamen Fiscal de fecha 13 de noviembre de 1961 expresó que «no amparar la demanda sería favorecer el enriquecimiento indebido del demandado a costa del causal común y de los aportes efectuados por la demandante a la sociedad de hecho por ellos constituida». La Resolución Suprema de fecha 13 de abril de 1962 confirma lo decidido en las instancias inferiores «sin reconocer consecuencias jurídicas derivadas de la convivencia que alega la demandante, las pruebas presentadas acreditan que dicha actora, doña Saturnina Franco, con el producto de la venta de los bienes propios, concurrió con don Arcadio Carrillo Ramírez a la adquisición de los bienes a que se refiere la demanda».[107]

---

[105] *Revista de jurisprudencia peruana*. Con nota de LA HOZ TIRADO, año XI, n.º 109, febrero, 1953, pp. 238-240.

[106] *Revista de jurisprudencia peruana*, n.º 147, 1956, pp. 432-434.

[107] *Anales judiciales de la Corte Suprema*, t. LVII, año judicial 1962, pp. 22-23.

Tuvo menos fortuna la demanda de una conviviente *superstite*, que compartió trece años de su vida con su pareja, que pretendía una indemnización, amparándose en el principio del enriquecimiento ilícito, por cuanto ella ayudó a acrecentar el capital de su conviviente, beneficiándose la sucesión del mismo. El Juez de Primera Instancia, el 15 de diciembre de 1960, acogió la demanda y ordenó el pago de S/.15,000.00. En Segunda Instancia, se revocó la Sentencia apelada. El Dictamen Fiscal de fecha 20 de octubre de 1961 afirmó que «los servicios que presten los concubinos son recíprocos y no pueden tener los alcances de una sociedad legalmente constituida [...]; este hecho [el enriquecimiento indebido] requiere, tal como lo considera la recurrida, para su procedencia y amparo, una demostración plena del trabajo o servicio prestado en provecho del enriquecimiento y no en beneficio común». La Resolución Suprema de fecha 29 de agosto de 1962, confirmó este injusto dictamen.[108]

8.2. La omisión abusiva de un derecho por inactividad de conversión (por parte del denominado cónyuge inocente) de la separación de cuerpos en divorcio (ante la imposibilidad de reconciliación)

Con fecha 31 de octubre de 1990, un ciudadano interpone demanda de separación de cuerpos por causal de injuria grave en contra de su esposa. En el mismo proceso, la demandada interpuso reconvención en la cual se pretendía el divorcio por causal de abandono injustificado del hogar. El 24ª Juzgado Civil de Lima, con fecha 11 de setiembre de 1991, emite sentencia en la cual se declara infundada la demanda y fundada la reconvención y, por consiguiente, la separación de cuerpos. La sentencia se elevó en consulta y se confirmó por la Tercera Sala Civil de Corte Superior el 1 de abril de 1992.

Con fecha 7 de diciembre de 1992, el demandante (cónyuge culpable) solicita por escrito la disolución del vínculo matrimonial ante el mismo juzgado. Con sentencia de fecha 11 de diciembre de 1992, el 24ª Juzgado Civil de Lima declara disuelto el vínculo matrimonial por haber «transcurrido más del término a que se refiere el artículo trescientos cincuenta y cuatro del Código Civil» (vale decir, seis meses desde que fue notificada la sentencia de separación convencional). La cónyuge inocente no interpuso medio impugnatorio en contra de esta decisión. Por este motivo, se elevó la Sentencia

[108] *Revista de jurisprudencia peruana*, año XX, 1962, pp. 1260-1261.

en consulta a la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que la aprobó con fecha 16 de marzo de 1993. La cónyuge inocente vuelve a entrar en escena, interponiendo recurso de nulidad contra la sentencia de la Corte Superior. No obstante haberse declarado improcedente el recurso, la cónyuge inocente interpuso queja ante la Corte Suprema. Esta fue declarada fundada, ordenándose la concesión del recurso de nulidad.

Con fecha 20 de mayo de 1994, la Primera Sala Civil de la Corte Suprema, con cuatro votos en contra de dos votos discordantes, declara fundada la pretensión del cónyuge culpable, disolviendo el vínculo matrimonial. La máxima que se extrae de la decisión es la siguiente:

> Si bien, conforme al segundo párrafo del artículo 354 del Código Civil, el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo de matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, máxime cuando la reconciliación entre las partes en controversia es impracticable.
> Cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que solo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

Para poder entender el itinerario interpretativo de esta decisión, es necesario leer las resoluciones de las instancias inferiores, así como los votos discordantes de la última.

> RESOLUCIÓN
>
> Lima, once de setiembre
> de mil novecientos noventiuno.-
>
> **VISTOS;** con los incidentes de tacha que se agregarán oportunamente al principal, resulta de autos que, por recurso de fojas seis, don [...] interpone demanda contra su esposa doña [...] para que se declare el divorcio respecto del matrimonio que

contrajeron el seis de setiembre de mil novecientos sesenta yocho ante la Municipalidad de Breña; funda su demanda en que durante los primeros años del matrimonio la vida conyugal fue armoniosa, para luego tener que soportar hasta la fecha un maltrato permanente caracterizado por insultos, vejaciones, desatención en las obligaciones del hogar, así como también en la vida íntima del matrimonio, lo que lo obligó a solicitar su cambio de colocación o servicios a las Ciudades de Huancayo y Arequipa, para luego reiniciar la vida conyugal a súplicas de ella y volver a reincidir en su conducta lesiva; que durante el matrimonio han procreado a dos hijas [...] y [...]; que han adquirido mancomunadamente una casa habitación de dos plantas, dos terrenos rústicos, un automóvil marca Toyota, dos televisores, dos juegos de sala, dos juegos de comedor, lavadora, refrigeradora, cocina y demás muebles y enseres propios del hogar que son disfrutados por la demandada a excepción del automóvil que lo utiliza el demandante para su movilidad personal; citadas las partes y el señor Fiscal Provincial a comparendo, esa diligencia se verificó en los términos del acta de fojas veinte, en la que la demandada negó los fundamentos de la acción por ser falsos los hechos en que se funda, deduciendo la excepción de caducidad, pues los hechos relatados por el actor en la demanda se refieren a varios años atrás y que el demandante vive fuera del hogar conyugal desde hace más de tres años y reconviene la separación de cuerpos pues el demandante ha hecho abandono del hogar con el fin injustificado de destruir de hecho la comunidad conyugal y la ausencia del esposo no se debe a causas de trabajo, salud, turismo, sino con el fin malicioso deliberado de terminar con la unión, en ese acto se dio por contestada la excepción y reconvención en rebeldía del demandante y del señor Fiscal Provincial; seguida la causa, se ha ofrecido y actuado las pruebas que aparecen de autos, habiendo llegado la oportunidad de dictar sentencia; y, CONSIDERANDO que, en principio, las partes deben probar los hechos que aleguen excepto aquellos que se presumen con arreglo a ley conforme lo disponen el artículo trescientos treintisiete del Código de Procedimientos Civiles; que, en el presente caso, el vínculo conyugal contraído por las partes está acreditado con la partida de fojas cuatro y el de nacimiento de sus hijas [...] y [...] con las partidas de

fojas tres y cinco; que las tachas formuladas por la parte demandada a fojas uno, uno y uno contra los testigos ofrecidos por el demandante y a un certificado médico presentado por él mismo, que han sido tramitadas en cuadernos separados, deben desestimarse por cuanto no han sido probadas en modo alguno por la parte que las planteó; que con respecto al fondo de la cuestión jurídica controvertida como puede apreciarse del recurso de demanda el demandante ha interpuesto acción de divorcio manifestando que continuamente es insultado, y vejado por la demandada, lo que ha motivado su retiro del hogar conyugal; que, constituyendo la injuria grave un maltrato moral consistente en el ultraje a la dignidad, el honor o los sentimientos del otro cónyuge, resulta evidente que debe exponerse en forma precisa los hechos o actos del cónyuge demandado que puedan ser considerados dentro de los alcances de este concepto; que, sin embargo, como puede apreciarse del recurso de demanda, el accionante se ha limitado a exponer en forma genérica que es continuamente ofendido y vejado por la demandada, sin haber expuesto los hechos o actos concretos de la cónyuge que puedan constituir realmente injurios a su persona, ni tampoco ha precisado el lugar ni la fecha en que han acontecido tales hechos; que resulta insuficiente para acreditar la injuria grave el solo mérito de las declaraciones testimoniales prestadas por [...] a fojas treintinueve y por [...] a fojas cuarenticinco con arreglo a los pliegos interrogatorios de fojas treintiocho y cuarenticuatro respectivamente, si se tiene en cuenta que dichas declaraciones tampoco están referidas a hechos concretos que hayan sido protagonizados por las partes no dando razón precisa en qué han consistido los supuestos hechos injuriosos atribuidos a la cónyuge ni lugar y fecha de tales hechos, que por otro lado tampoco fluyen del recurso de demanda; que, siendo esto así la demanda interpuesta a fojas seis no debe ampararse en aplicación de lo previsto en el artículo trescientos treintiocho del Código de Procedimientos Civiles; que, por otro lado, como puede apreciarse del acta de comparendo de fojas veinte, la demandada ha reconvenido para que se declare la separación de cuerpos por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; que, una de las obligaciones que nace del

matrimonio y que resulta recíproca entre los cónyuges es la de hacer vida en común, bajo un mismo techo; que, a este respecto ninguno de los cónyuges ha cuestionado el hecho de que el hogar conyugal lo fijaron en La Alameda del Arco Iris número ciento veinticuatro-Urbanización Alborada-Surco; que, con la certificación policial de fojas veintiocho su fecha veintiocho de mayo de mil novecientos ochentiocho, corroborado con lo expuesto por el propio demandado en su escrito de demanda de fojas y recurso de fojas sesenticuatro en que admite haberse retirado en forma intencional del hogar conyugal hace más de dos años, hecho que evidentemente importa la substracción de sus deberes conyugales e impide de hecho la comunidad conyugal, han quedado probados los fundamentos en que se sustenta la reconvención, tanto más si se tiene en cuenta que el accionante durante el transcurso del juicio no ha podido demostrar las razones que justifiquen su alejamiento del hogar conyugal; que la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada en el acto del comparendo de fojas veinte debe desestimarse en razón de que no habiéndose precisado en la demanda las fechas en que han acontecido los supuestos hechos injuriosos resulta manifiestamente imposible el cómputo del término de caducidad; que no resulta preciso fijar pensión alimenticia para la cónyuge ni para la prole por cuanto como puede apreciarse del recurso de fojas noventiuno esta ha sido determinada en el juicio de alimentos seguido entre las mismas partes por ante el Vigésimo Quinto Juzgado en lo Civil de Lima; que las demás pruebas actuadas no enerva el mérito de las consideraciones expuestas; por tales razones y en observancia de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo trescientos treintitrés y artículo trescientos treintidós del Código Civil; FALLO: declarando infundadas las tachas planteadas en los cuadernos de su propósito; infundada la demanda de fojas seis; fundada la reconvención deducida en el acto del comparendo de fojas veinte y sin lugar la excepción de caducidad deducida en el mismo acto; en consecuencia, declaro la separación legal de los cónyuges [...] y doña [...]; que entre ambos han quedado suspendidos los deberes relativos al lecho y habitación, terminada la sociedad legal, quedando vigente el vínculo

matrimonial; que la menor habida dentro del matrimonio [...] debe continuar al lado de la madre, pudiendo el padre visitarla en el hogar materno los días que considere convenientes, en el transcurso del día y sin interrumpir las horas dedicadas a sus estudios; y de no ser apelada esta sentencia, elévese en consulta al Superior Tribunal; sin costas.-

EXP. 01-93

///.ma, dieciséis de marzo de mil novecientos noventitrés.-

V I S T O S :

interviniendo como vocal ponente el señor Miranda Canales; con el acompañado y las instrumentales que se tienen a la vista; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO que viene en consulta la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial, y que, si bien es cierto que el artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil dispone en su segundo párrafo que el cónyuge inocente de la separación por causal específica podrá pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial, también lo es que el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, garantiza a todos los ciudadanos la igualdad ante la ley y que es una garantía de la Administración de Justicia la de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, en cuyo caso debe aplicarse los principios Generales del Derecho; que el hecho de que uno de los cónyuges haya incurrido en causal de divorcio se halla sancionado con la separación de cuerpos o el divorcio vincular, por lo que el condicionamiento de una parte al albedrío de la otra vencedora, cuando no están obligados a las reciprocidades que la misma Ley impone como deberes del matrimonio, pugna con este principio de igualdad y garantía Constitucional; que, por otro lado, la separación de cuerpos solo debe tener un carácter transitorio y no permanente, por que su subsistencia comprometería la constitución legal de la familia, dejando a los cónyuges en una situación indefinida y equívoca, esto es, que predominaría la voluntad de uno de ellos sobre el otro; por

estos fundamentos APROBARON la sentencia consultada de fojas ciento siete, su fecha once de diciembre último, que declara FUNDADA la solicitud de fojas ciento seis, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial contraído por don (...) con doña (...), el día seis de setiembre de mil novecientos sesentiocho, ante la Municipalidad de Breña; con lo demás que contiene y es materia de la consulta; y los devolvieron.-
SS. VÁSQUEZ CORTEZ
ORS CARRETERO
MIRANDA CANALES

EXPEDIENTE N.° 1025-93

LIMA
Lima, veinte de mayo
de mil novecientos noventicuatro.-

VISTOS: con el acompañado: con lo expuesto por el Señor Fiscal y **ATENDIENDO** a que el concesorio del recurso de nulidad a que se refiere la resolución de fojas ciento setenticinco se ha dictado por mandato de este Supremo Tribunal, como consta de la resolución de fojas ciento sesenticinco, por lo que carece de sentido analizar si el aludido concesorio es procedente o no; a que analizados los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad planteado a fojas ciento cincuentiuno si bien conforme al segundo párrafo del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha norma no prohibe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, si a ello agregamos que en el proceso como en el presente, por los elementos de juicio que obran en autos, la reconciliación de los esposos es impracticable; a que, en tales circunstancias, cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que sólo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la que está vedada por el artículo segundo del Título

Preliminar del Código Civil; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento cuarentiséis, su fecha dieciséis de marzo de mil novecientos noventitrés, que aprueba la consultada de fojas ciento siete, su fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y dos; declara **FUNDADA** la solicitud de fojas ciento seis y, en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por don [...] con doña [...] el seis de setiembre de mil novecientos sesentiocho, ante la Municipalidad de Breña, con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso y multa de ley a la parte que lo interpuso; en los seguidos por [...] con [...] sobre separación de cuerpos: y los devolvieron.-
SS.
URRELLO
MENDOZA
LANDA
CARRION

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL SEÑOR URRELLO ÁLVAREZ, aparte de los glosados, son como sigue, por sus fundamentos, y **CONSIDERANDO** además: a) que en los primeros años de puesto en vigencia el Código Civil de mil novecientos treinta y seis, la jurisprudencia interpretó el artículo doscientos setentiséis, en el sentido que la petición para convertir la separación de cuerpos en divorcio vincular, sólo podía formularlo el cónyuge inocente, por considerar cierta incongruencia con el artículo doscientos cuarentinueve de dicho Código; b) que posteriormente el criterio jurisprudencial varió o por lo menos no ha sido uniforme, sobre la base del texto literal del glosado artículo doscientos setentiséis; c) que el segundo párrafo del artículo trescientos cincuenta y cuatro del Código Civil vigente, haciendo referencia al primer párrafo de este numeral, precisa que igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica, pero obviamente no prohibe en forma expresa que similar derecho tenga el cónyuge culpable, lo que se explica tanto porque el legislador no ha querido establecer un castigo cuanto porque la separación de cuerpos es un estado temporal y no permanente que debe concluir cuando se han desvanecido las posibilidades de una conciliación.

EL VOTO DEL SEÑOR ALMENARA BRYSON es como sigue:

CONSIDERANDO que, a diferencia del Código Civil de mil novecientos treintiséis, con el que hubo jurisprudencia interpretativa variada respecto de la aplicación de los artículos doscientos cuarenta y nueve y doscientos setenta y seis, el Código Civil vigente tiene en la segunda parte del artículo trescientos cincuenta y cuatro una regla inequívoca y clara: solo el cónyuge inocente de la separación por causal específica puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial; que la ratio legis de esta norma se sustenta en que el cónyuge inocente puede optar, cuando hay causal específica, entre el proceso judicial de separación o el de divorcio; que al escoger la separación significa que el cónyuge inocente rechaza en principio, la idea del divorcio; que, por tanto, no procede interpretar en forma distinta las reglas del proceso permitiendo al cónyuge culpable utilizar un derecho que la ley le niega, y obligando al inocente que actuó de buena fe con la premisa de la seguridad jurídica que otorga la ley, a aceptar un status no querido; que de la secuencia procesal en estos autos se advierte a fojas ciento seis que [...], sin cita legal alguna, pide la disolución del vínculo, ante cuya petición, el a-quo haciendo alusión genérica del artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil ampara la solicitud, esto es, que ambos no aplicaron la norma en su segundo parágrafo o decidieron no tenerla en cuenta; que en segunda instancia la cónyuge ha objetado la validez de los actos procesales que concluyeron con la disolución matrimonial; **MI VOTO** es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista, que, aprobando la consultada, declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por [...] con [...]; y reformando la de vista y revocando la apelada se declare **IMPROCEDENTE** la solicitud de fojas ciento seis.

EL VOTO DEL SEÑOR RONCALLA VALDIVIA es como sigue: y **CONSIDERANDO** que, de acuerdo al artículo trescientos cincuenta y cuatro del Código Civil, transcurridos seis meses de la sentencia de separación por

> mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio, e igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica; que no cabe duda alguna que la disolución del vínculo matrimonial por conversión se dicta obligatoriamente en perjuicio del esposo contra quien la separación se ha pronunciado; que, en consecuencia, no puede el juzgador romper el matrimonio contra la mujer siendo que cualquiera que sea el método de interpretación de la Ley que se utilice, no puede autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma, y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego requiere en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones sobre tendencias que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva; que en el caso de autos, la facultad concedida en el precitado dispositivo legal corresponde ejercerla únicamente a la cónyuge; por estas razones, **MI VOTO** es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista, que aprobando la consultada, declara la disolución del vínculo matrimonial contraído por [...] con [...]: **REFORMANDO** la primera y **DESAPROBANDO** la segunda; se declare **IMPROCEDENTE** la solicitud de fojas ciento seis.

Quien se ha deleitado con las exquisitas páginas de *Gabriela, clavo y canela*, de Jorge Amado, no puede no recordar las peripecias abogadiles a las que tuvo que recurrir Juan Fulgencio, el amigo del engañado comerciante turco Nacib, para que este no sufra la sanción moral de los inquietos pobladores de Ilhéus, producto de la conducta cimarrona de Gabriela y de las veleidades de Tonico Bastos. Creo que esta misma historia se repite cada vez que una persona con serios problemas matrimoniales recurre a un abogado.

Como había señalado comentando la resolución anterior, en materia de derecho de familia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico circulan modelos obsoletos y maniqueístas que buscan culpables e inocentes cuando la realidad no necesariamente se muestra así. Al menos, hasta antes de la reforma introducida por la Ley N.º 27495, del 07.07.01, en lo que a disolución y decaimiento del vínculo matrimonial se refiere, contábamos sólo con un esquema pormenorizado de causales (artículo 333 del Código

Civil) y, si uno de los cónyuges incurría en una de ellas, era considerado como culpable de esta situación. Este hecho generaba el derecho al cónyuge inocente (u ofendido, como se quiera) para iniciar la acción de separación de cuerpos o de divorcio (interpretación *a sensu contrario* del artículo 335 del Código Civil para el caso de la separación de cuerpos y aplicación del artículo 355 para el caso de divorcio).

En la hipótesis de que se haya iniciado la acción de separación de cuerpos según la segunda parte del artículo 354, el cónyuge inocente, después de transcurridos seis meses desde que fue notificada la sentencia de separación por causal específica, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. ¿Qué sucede si el cónyuge inocente no interpone esta suerte de pretensión de conversión? Frente a esta interrogante, surgen las siguientes alternativas de solución:

a) Hacer una interpretación estricta del artículo 354 del Código Civil, condenando a cadena perpetua al denominado cónyuge culpable a vivir vinculado jurídicamente con una persona con la cual no hay posibilidades de reconciliación. El argumento utilizado por el vocal supremo discordante parte de la imprecisión interpretativa del artículo 276 del Código Civil de 1936, cuyo tenor, en sustancia, era el mismo que el del primer párrafo del actual artículo 354, sin contemplar específicamente la hipótesis de solicitud de conversión de separación de cuerpos, por causal, en divorcio. Así, durante la vigencia del Código Civil de 1936, hubo dos criterios interpretativos. Uno le concedía este derecho tanto al cónyuge inocente como al culpable y el otro solo reconocía tal pretensión al cónyuge inocente. Dentro de este orden de ideas, se sostiene que la palabra *solo*, incluida en el tenor del artículo 354 del Código Civil excluye la posibilidad de aplicación de sus alcances al cónyuge culpable. De ello, la consecuencia que este no puede «utilizar un derecho que la ley le niega [nos permitimos recordar que la ley no ampara el abuso de derecho] [...] obligando al inocente que actuó de buena fe con la premisa de la seguridad jurídica que otorga la ley a aceptar un status no querido». Debemos tener presente que la ley, so pretexto del principio de la seguridad jurídica, no puede proteger situaciones de inmovilismo que, a la larga, son más perjudiciales que conservar un *status* por demás inexistente.
Un fundamento que sustenta otro vocal discordante, afiliándose a la concepción del divorcio-sanción, es que la previsión legislativa en cuestión «se dicta obligatoriamente en perjuicio del esposo contra quien la separación se ha pronunciado» (*sic*) y que constituye una

arbitrariedad apelar al criterio subjetivo del juez. Frente a ello, respondemos que una fina sensibilidad jurídica permite superar una injusta y estrecha interpretación gramatical hacia una correcta interpretación sistemática, hecho que dista mucho de ser un simple acto de veleidad del operador jurídico.

b) Hacer una interpretación sistemática del mismo artículo, teniendo como principio de base en esta materia la posibilidad de reconciliación. En efecto, si el artículo 358 del Código Civil establece que el juez, no obstante que en la demanda o en la reconvención se solicite el divorcio, puede declarar la separación «si parece probable que los cónyuges se reconcilien», no sería incongruente (ni injusto) que el juez, en vista de que no hay posibilidad de reconciliación, frente a la inercia del cónyuge inocente que ya obtuvo la sentencia de separación de cuerpos, declarase disuelto el vínculo del matrimonio, incluso a pedido del cónyuge culpable.

El itinerario lógico trazado por la Corte Superior parte del análisis de la segunda parte del artículo 354 del Código Civil, que es contrastado con el principio de igualdad ante la ley y el de garantía de la administración de justicia, incluso en los casos de vacío o deficiencia de la ley. Entendemos que al aludir al principio de igualdad, se está revisando críticamente el esquema del divorcio-sanción, por cuanto este crea una suerte de disminución del denominado cónyuge culpable frente al denominado cónyuge inocente. En efecto, la pretensión de conversión de la separación de cuerpos al divorcio queda librada a la decisión de uno de ellos, cuando, en realidad, esta situación afecta a ambos. Por ello, en esta decisión se lee que «el condicionamiento de una parte al albedrío de la otra vencedora, cuando no están obligados a las reciprocidades que la misma ley impone como deberes de matrimonio, pugna con este principio de igualdad y garantía constitucional».

Me deja un tanto perplejo la alusión del principio de garantía de la administración de justicia contenida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, debido a que no nos encontramos frente a un vacío ni frente a una deficiencia legislativa. El concepto de deficiencia tiene dos sentidos: uno que se refiere a la carencia o falta de cualidades propias y naturales de una cosa; otro que incide en la noción de imperfección (quizá en esta hipótesis estaban pensando los vocales de la Corte Superior cuando analizaban la segunda parte del artículo 354 del Código Civil). Sin embargo (y por fortuna), estamos

lejos y ajenos a las ideas que hicieron teorizar a Kantorowicz una Escuela del Derecho Libre que propugnaba una interpretación, incluso *contra legem*, de los dispositivos vigentes, hecho que sucedió en la Unión Soviética bolchevique o en la Alemania nazi. El hecho de no aplicar una norma porque se considera imperfecta o injusta (o porque no se le entiende) no es una técnica interpretativa que pueda garantizar una administración de justicia idónea. La creatividad del operador jurídico reside en el hecho de armonizar el dispositivo legal dentro del entero ordenamiento jurídico, interpretándolo a la luz de los principios constitucionales.

Mucho más convincente es el argumento de la Corte Superior en el que se advierte que «la separación de cuerpos debe tener un carácter transitorio y no permanente, porque su subsistencia comprometería la constitución legal de la familia, dejando a los cónyuges en una situación indefinida y equívoca, esto es, que predominaría la voluntad de uno de ellos sobre el otro».

El razonamiento de la Corte Suprema, aunque con distintos argumentos, se dirige en este último sentido. Se sostiene que, si bien de la lectura de la segunda parte del artículo 354 del Código Civil, el derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo matrimonial corresponde al cónyuge inocente, «también es cierto que dicha norma no prohíbe categóricamente que el *cónyuge culpable* pueda formular ese pedido». El Supremo Colegio, basándose en la llamada regla de la libertad (lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido), ha fundamentado su *dictum*. Debemos recordar que autorizada doctrina[109] nos ha puesto de manifiesto que esta regla de la libertad solo constituye una verdad de razón, un principio hermenéutico que hace equivaler lo no prohibido con lo permitido jurídicamente. Sin embargo, para llegar a este resultado, se tiene que determinar previamente la licitud del hecho (no prohibido expresamente) y ello se logra con la constatación del mismo a la luz de los principios generales del derecho. Es aquí donde ubicamos al denominado abuso de derecho: la actitud de inercia del cónyuge inocente ante la imposibilidad de reconciliación nos revela una conducta antisocial que choca con un elemental sentido de justicia. Haber establecido, en este caso, la presencia del abuso de derecho por omisión nos muestra

[109] Siguiendo a Eduardo GARCÍA MAYNEZ, VIGO (h), Rodolfo L. *Integración de la Ley Artículo 16 del Código Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 48.

a un juez que ha dejado de adorar ciegamente fetiches legislativos y enfrenta audazmente, con una interpretación evolutiva, un instrumental obsoleto e inadecuado, diseñado sobre la base de criterios que no corresponden (ni correspondían en el momento de su elaboración) a la realidad actual.

Un argumento adicional que esgrime otro de los vocales supremos, siguiendo el criterio trazado por la Corte Superior, es que «la separación de cuerpos es un estado temporal y no permanente, que debe concluir cuando se han desvanecido las posibilidades de una reconciliación», y eso lleva a la conclusión de que, si se le da el carácter de permanente a esta separación de cuerpos, querida solo por una de las partes, se convertiría en una suerte de castigo, que va mas allá de la previsión del legislador.

No cabe argumentar un pretendido «interés superior de la familia» que sacrifique los derechos de sus integrantes. Al respecto, la reforma que tuvo el Código Civil italiano en 1975 resulta ilustrativa. La doctrina que la inspiró sostuvo que: «[...] la intervención del Estado, pues, opera no tanto en su función represiva, sino en aquella «promotora», si se puede decir así, del desarrollo de la personalidad de sus miembros individualmente considerados: de aquí la llamada que a menudo se hace en la reforma a la *comunión de vida*, que es el presupuesto fundamental del matrimonio y a la *unidad* de la familia, entendida como un valor que no se debe salvaguardar a ultranza, sino defender solo en la medida en la cual no sofoque la individualidad y la libertad de los individuos. En otros términos, la intervención del Estado y, más aún, la relación entre los miembros al interior de la familia, obedece a una ingeniería social que quiere resolver de la mejor manera la relación dialéctica individualidad-comunidad, individuo-familia, individuo-Estado».[110]

La familia es una formación social en la cual cada uno de sus miembros desarrolla libremente su personalidad en armonía con los derechos y legítimos intereses de los demás.

---

[110] BESSONE, Mario; Guido ALPA; Andrea D'ANGELO y Gilda FERRANDO. *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alle riforme del Codice Civile*. 3ª ed. Bolonia: Zanichelli, 1986, 41.

a) Los precedentes en materia de conversión de la separación de cuerpos en divorcio[111]

Bajo el amparo del Código Civil de 1936, en Arequipa, transcurrido un año de la Sentencia en la cual se declaró separación de cuerpos por causales de sevicia e injuria grave, el cónyuge culpable solicitó que se declare disuelto el vínculo matrimonial de acuerdo al artículo 276, que establecía lo siguiente:

> Transcurrido un año de la sentencia de separación, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.
> Formulada esta solicitud, el Juez, por el solo mérito de la sentencia y sin trámite alguno, declarará el divorcio.

En Primera Instancia, se desestimó esta petición; pero, apelada la resolución, el Tribunal de Arequipa, en disconformidad con la opinión del Fiscal, revocó la misma. En vía del recurso de nulidad, en el Dictamen Fiscal de fecha 15 de abril de 1958, se advierte que el mandato contenido en el artículo 276 es de «carácter general» (vale decir, comprensible tanto a los cónyuges inocentes como culpables), diferenciándolo del contenido del artículo 249 (que establecía que «ninguno de los cónyuges puede fundar la acción de divorcio en hecho propio») en el cual no se permite «la iniciación del juicio por causales propias». Agregaba, además, que «la separación de cuerpos solo debe tener un carácter transitorio y no permanente, porque su subsistencia comprometería la constitución legal de la familia, dejando a los cónyuges en una situación indefinida y equívoca, esto es, que predominaría el capricho de uno de ellos para mantener al otro en aflicción y pena, que no podría legalizar relaciones adquiridas con otra persona por medio de un nuevo matrimonio». Con Resolución Suprema de fecha 14 de junio de 1958, la Corte Suprema de Lima, «de conformidad con el Dictamen Fiscal», declaró procedente la solicitud de divorcio del cónyuge culpable.

En este mismo sentido, el Dictamen Fiscal de fecha 12 de abril de 1961, reconoció que, en contra del derecho de solicitar la disolución del

---

[111] Las citas jurisprudenciales relativas a la orientación jurisprudencial nacional sobre la legitimidad para pretender la conversión de la separación de cuerpos en divorcio han sido tomadas de GUZMÁN FERRER, *op. cit*, t. I, p. 401.

vínculo transcurrido un año de la Sentencia de separación, «no puede prevalecer la sola voluntad del otro cónyuge». De conformidad con ello, se emitió la Resolución Suprema de fecha 7 de junio de 1961 con el voto discordante de García Rada, quien afirmó que el artículo 249 del Código Civil de 1936:

> [...] por encontrarse [...] dentro de las disposiciones generales que regulan la institución del divorcio, debe entenderse que es de aplicación no solo en los casos en que se demanda el divorcio absoluto, sino también en los que previamente se ha declarado la separación de cuerpos, y el transcurso del tiempo hace posible que sea considerado como causal de ruptura del vínculo; que de lo anterior se desprende que quien ha dado motivo a la separación, que más tarde puede ser causal de divorcio, no puede hacer uso de la facultad que consagra el artículo doscientos setenta y seis del citado Código; que aceptar que el referido artículo doscientos setenta y seis es de aplicación indiscriminada para toda separación con o sin causal es admitir indirectamente aquello que la ley prohíbe hacer directamente.

El vocal discordante tuvo la oportunidad de reproducir el mismo voto en la Resolución Suprema de fecha 20 de julio de 1962, que, de conformidad con el Dictamen Fiscal del 28 de junio de 1962, siguió esta consolidada orientación jurisprudencial que comentamos. Merece reproducirse el siguiente pasaje del Dictamen Fiscal: «[...] si esa separación se declaró por demanda, por causal, de uno de los cónyuges, no tiene ninguna trascendencia y menos sostenerse que corresponda solo al cónyuge demandante pedir la disolución del vínculo. Ya la Corte Suprema ha establecido jurisprudencia sobre este particular en caso análogo».

8.3. El abuso de derecho en el derecho concursal y en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales

Con fecha 12 de agosto de 1996, Eurobanco presentó a la Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI una solicitud para que se declare la insolvencia del Grupo Pantel por mantener frente a este créditos exigibles y vencidos por más de 30 días calendario y superiores a 50 UIT. Mediante Resoluciones N.os 001 y 002-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 del 6 y 13 de setiembre de 1996, se concedió al deudor el plazo de 10 días hábiles,

computados a partir de la fecha de notificación de la última de las Resoluciones mencionadas, para que acredite su capacidad de pago de las obligaciones invocadas en cualquiera de las formas previstas en al artículo 4 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, aprobado por Decreto Supremo N.º 044-93-EF. Transcurrido el plazo otorgado, sin que el emplazado se hubiera apersonado al procedimiento, el 9 de octubre de 1996, la Comisión emitió la Resolución N.º 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, por la cual se declaró la insolvencia del Grupo Pantel, y se convocó a sus acreedores para que, reunidos en junta, decidan el destino del deudor. El 9 de octubre de 1996, el Grupo Pantel se apersonó al procedimiento deduciendo la nulidad de las Resoluciones N.ºs 001 y 002-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 por considerar que Eurobanco estaría haciendo ejercicio abusivo del derecho. Como sustento de su pretensión, manifestó que, en un procedimiento concursal, Eurobanco no lograría una cancelación privilegiada de sus créditos, por lo que su verdadera intención sería utilizar este procedimiento para lograr el pago inmediato de los mismos bajo la amenaza de dañar la «imagen» (sic) del Grupo Pantel mediante la declaración de su insolvencia y la publicación de la convocatoria a su Junta de Acreedores. Por ello, las Resoluciones emitidas habrían amparado una pretensión que la ley rechaza, incurriendo en la causal de nulidad tipificada en el inciso b del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N.º 002-94-JUS.

Por los mismos fundamentos expuestos anteriormente, el 15 de octubre de 1996, el Grupo Pantel apeló la Resolución N.º 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 y solicitó la suspensión de su ejecución, porque podría causar un «daño irreparable a su imagen». Por Resolución N.º 004-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, emitida el 23 de octubre de 1996, la Comisión calificó el recurso presentado por el Grupo Pantel contra las Resoluciones N.ºs 001 y 002-CSA-INDECOPI/EXP-58 como uno de apelación, declarándolo improcedente por haber sido interpuesto contra resoluciones que no ponen fin al procedimiento. En la misma fecha, mediante Resolución N.º 005-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, la Comisión concedió al Grupo Pantel la apelación interpuesta contra la Resolución N.º 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, disponiendo elevar los actuados a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. En atención al pedido formulado por el Grupo Pantel, la Sala dispuso la suspensión de la ejecución de la Resolución que ordenaba la inmediata publicación de los avisos de

convocatoria a la Junta de Acreedores en tanto se emita pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

La Sala, mediante Resolución N.° 104-96-TDC, del 23 de diciembre de 1996, confirmó en todos sus extremos la Resolución N.° 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-58, que declaró la insolvencia del Grupo Pantel. En dicha Resolución, se establecen las siguientes notas características del abuso de derecho:

> Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.

Esta Resolución, al enfocar la finalidad económica y social de la ley, parte del análisis de la nueva naturaleza de la declaración de insolvencia, afirmando que:

> El proceso de declaración de insolvencia no debe ser entendido como una sanción a la empresa insolvente, sino como la apertura de un marco que permite llegar a acuerdos entre los acreedores, en medio de situaciones en crisis, tratando de sustituir una caótica carrera por cobrar por un ordenado sistema de búsqueda de consenso y establecimiento de prioridades en el cobro. Esto es concordante con la visión de la nueva legislación concursal, que sustituyó a la Ley Procesal de Quiebras, en la que se concibe al estado de insolvencia, antes que como una condena a la situación de la empresa, como una segunda oportunidad que permite encontrar mecanismos de solución a los estados de crisis.

Se llega a la conclusión de que Eurobanco está realizando un ejercicio regular de un derecho, enunciando que:

> El daño que Grupo Pantel alega que puede sufrir como consecuencia de la declaración de insolvencia no se deriva

> del actuar de Eurobanco; sino, precisamente, de la situación de hecho en la que se encuentra Grupo Pantel, el cual habría devenido en insolvente de acuerdo a Le, al no encontrarse en capacidad de cumplir con sus obligaciones en los plazos y formas previstas.
> La afirmación de que el crédito de Eurobanco no es privilegiado no es un argumento válido para concluir la supuesta intención de dañar, porque el estado de insolvencia no significa necesariamente la disolución y liquidación de la misma y porque es razonable que, atendiendo a la situación de Grupo Pantel, el acreedor considere que por la vía judicial su cobro puede ser suspendido si posteriormente otra empresa inicia el procedimiento concursal. De asumirse el argumento de Grupo Pantel, podríamos llegar al sinsentido de afirmar que los acreedores no privilegiados que eligen la vía concursal siempre tienen intención de dañar la imagen de las empresas.

Salvo el error en el que se incurre al confundir imagen (semblanza física que solo corresponde a la persona natural y al concebido) con reputación (juicio de valor que el grupo u otra persona hace de un sujeto, que corresponde tanto a la persona natural como a la jurídica y a los demás sujetos de derecho), comparto los criterios de esta Resolución que establece no una definición dogmática del abuso del derecho sino una serie de supuestos que lo caracterizan.

El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo N.º 611, del 7 de octubre de 1990, establece en su artículo 141 lo siguiente: «En las acciones de abuso de derecho que sean interpuestas al amparo del artículo II del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso solo podrán ser apelables en efecto devolutivo».

9. Nota conclusiva

La propuesta de asimilar la figura del abuso de derecho a la teoría general del derecho[112] merece observarse con mayor detenimiento. El abuso de

[112] En ese sentido, se sostiene que «el abuso de derecho, al desbordar las lindes

derecho, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos: uno fisiológico y otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso de derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo[113] y ahí sí cabría su estudio dentro de la Teoría General del Derecho.

En cambio, en el momento patológico, el abuso de derecho se asimila o bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva).[114]

No parece acertado sostener que solo se puede configurar el abuso de derecho en las situaciones jurídicas patrimoniales.[115] Prueba de ello la encontramos en el caso comentado del derecho a solicitar (o no) la disolución del vínculo matrimonial: este carece de connotación patrimonial. La experiencia jurídica es mucho más rica que las coordenadas diseñadas por el teórico.

El abuso de derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, y enfrentar audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.

---

de la responsabilidad, es tratado científicamente, como es fácil advertir, al nivel de la Teoría General del Derecho» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso de derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 163).

[113] Así, RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.*, p. 472; GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I* («Parte General»). Madrid: Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 281; y DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 459, entre otros, prefieren hablar de «límites genéricos o institucionales». Sin embargo, hay quienes sostienen que el abuso se configura no solamente con el traspaso de los límites internos del derecho sino, también, con una «cierta clase de límites externos, todo sin perjuicio de la ilicitud del acto en todos los casos» (BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*, t. I, vol. 1.Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 481).

[114] GAMBARO. *op. cit.* p. 824.

[115] Así, se expresa que «tratándose del abuso del derecho, cabe indicar que dicha figura solo es posible como límite del ejercicio de los derechos (o de su no uso) cuando con él se lesiona un interés patrimonial no protegido por norma jurídica expresa pero que se tutela indirectamente a través de la interdicción del acto abusivo. Ello no ocurre cuando se hace referencia a los intereses de la persona, los mismos que, de suyo, están tutelados de modo unitario e integral aún sin norma jurídica preexistente» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, pp. 168-169).

Capítulo III
Derecho Transitorio

1. Generalidades: regímenes de aplicación de la ley

La función de todo operador jurídico es interpretar las normas y aplicar aquellas que contemplan los supuestos de hecho pertinentes al caso concreto. Particular problema reviste el individualizar la norma a aplicarse cuando frente a un determinado acto jurídico se han sucedido una serie de normas en el tiempo. Este problema lo resuelve el derecho transitorio, que está compuesto por un conjunto de normas (denominadas) de transición, esto es, «normas de remisión de otras normas. [...], normas indicativas de las normas que deben ser aplicables. Estas normas son de carácter formal en cuanto que no regulan ellas mismas, de una manera directa, la realidad jurídica; sino que son normas de colisión que tratan de resolver los conflictos inter-temporales».[1]

Las normas de derecho transitorio son «normas de segundo grado», por cuanto son normas sobre normas.[2] Las normas de derecho transitorio están basadas en normas de conflicto. Estas, como cualquier norma jurídica, están compuestas por uno (o más) supuestos de hecho y por una consecuencia jurídica. Sin embargo, en este caso, el supuesto se refiere a una situación de conflicto en lo que a aplicación de normas (antigua y nueva) se refiere frente a un hecho, relación o situación jurídica concretos; y la consecuencia jurídica consiste en la remisión a una norma (antigua o nueva) que resolverá el conflicto.[3]

---

[1] DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982, p. 133.

[2] TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 319.

[3] Existe cierto sector de la doctrina argentina que se muestra escéptico frente al derecho transitorio afirmando que «la impotencia de los juristas para formular reglas fijas que han de regir los llamados conflictos de las leyes en el tiempo parece estar indicando que existe algo insalvable en este intento. Y, efectivamente, es así.

El Código Civil peruano cuenta, dentro de su Título Final, con un capítulo de Disposiciones Transitorias, que comprenden los artículos 2114 al 2122. Nótese que solo serían calificadas como disposiciones transitorias aquellas contenidas en los artículos 2114, 2116, 2117, 2120, 2121 y 2122, mas no los artículos 2115, 2118 y 2119, por cuanto estos últimos, si bien se refieren a documentos o actos que han surgido al amparo de una ley anterior, regulan la validez o eficacia de los mismos, lo cual no corresponde a la definición ya citada.

Como ha sido advertido por la doctrina nacional, en concordancia con el artículo I del Título Preliminar, al derogarse expresamente una ley por otra se produce un «punto de quiebre»[4] a partir del cual entra en vigencia una norma nueva y se genera «el problema del ámbito de su eficacia en el tiempo».[5]

No se puede reducir a normas rígidas, a principios inflexibles, lo que está sujeto a las infinitas variaciones y matices de la política legislativa» (BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 13ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 109). No comparto esta posición: el éxito o fracaso de las normas transitorias (como el de cualquier tipo de normas) responde a la labor de interpretación que hacen (principalmente) los jueces. Las normas de derecho transitorio son de carácter general y no pretenden agotar las diversas posibilidades de aplicación que puedan tener. Si bien es cierto que ello dependerá del adecuado diseño de los modelos legislativos, también debe tenerse en cuenta que es la labor judicial la que llenará los eventuales vacíos particularizando, al caso concreto, los mencionados preceptos de carácter general. En efecto, con el derecho transitorio «es obvio que [...] resulte bastante facilitada la solución de distintos problemas que, en todo caso, están naturalmente conectados con la sustitución de una normatividad vieja por una nueva o, como suele decirse, por una sucesión de leyes. Pero no puede decirse lo mismo cuando tales normas no existen o no alcanzan a cubrir íntegros los distintos aspectos de la nueva normatividad con fijación de los límites de la eficacia de esta. En tal caso, es menester fijar un criterio que permita suplir con suficiente seguridad tales deficiencias, con indicación de la línea divisoria entre la eficacia de la normatividad precedente y la de la nueva, de manera de impedir, no solo la retroactividad de la segunda, sino también la ultractividad de la primera, o sea, que excluya la posibilidad de que la eficacia de esta continúe dándose después de que ha dejado de estar en vigor» (BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil.*, t. I, vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 66).

[4] RUBIO CORREA, Marcial. «Retroactividad, irretroactividad y ultractividad». En: *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 22 y *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 54.

[5] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. I. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 89.

Existen diversos regímenes de aplicación de la ley:

a) **Aplicación inmediata**. La ley tiene efectos jurídicos mientras tenga validez, esto es, desde su promulgación hasta su derogación.

b) **Aplicación ultractiva**. Se da cuando se aplica la ley aun después de su derogación.

c) **Aplicación retroactiva**. Se presenta cuando la aplicación de la ley es anterior a la fecha de su promulgación. Dentro de este tipo de aplicación, se distingue entre:[6]

- **Grado máximo**: comprende tanto la relación que surgió en la época de la ley antigua como sus efectos, consumados y no consumados.
- **Grado medio**: abarca los efectos nacidos con anterioridad, mas no consumados (como, por ejemplo, los intereses devengados antes de la promulgación de la nueva ley).
- **Grado mínimo**: comprende solo los efectos futuros (tal es el caso de los intereses devengados después de la promulgación de la nueva ley).

Por su parte, la doctrina nacional hace la siguiente clasificación:[7]

a) **Aplicación retroactiva restitutiva**. Cuando la nueva ley es de aplicación retroactiva absoluta y comprende todo tipo de hechos, situaciones y relaciones jurídicas, ocurridos antes del punto de quiebre.

b) **Aplicación retroactiva ordinaria**. Establece un régimen de excepción en el caso de las sentencias judiciales que hayan pasado en calidad de cosa juzgada mediante la aplicación la norma derogada.

El principal problema de las normas transitorias consiste en determinar si la calidad de la nueva ley es retroactiva o irretroactiva. Si bien es cierto que puede pensarse que el sistema de la irretroactividad de la ley nueva responda mejor a las exigencias de la justicia y seguridad jurídica, una correcta interpretación de la realidad jurídica admite una serie de excepciones[8] como veremos a continuación.

---

[6] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 139-140.
[7] RUBIO CORREA, *op. cit.*, p. 26.
[8] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 133.
[9] BIANCA, Massimo. *Diritto Civile 1*. Milán: Giuffrè, 1990, p. 117.

2. El principio de la irretroactividad y las teorías de aplicación de la ley

El principio de irretroactividad ha sido definido por autorizada doctrina italiana como «el principio según el cual la ley es válida para el tiempo sucesivo a su entrada en vigor, quedando a salvo los efectos jurídicos producidos por supuestos de hecho anteriormente perfeccionados».[9] A ello se agrega que «el principio de irretroactividad responde a una elemental exigencia de certeza de los destinatarios de la norma, los cuales deben poder contar con la disciplina legal en vigor para saber cuáles son los efectos jurídicos de sus actos».[10] Sin embargo, este principio admite excepciones, como el caso de las leyes penales y aquellas interpretativas, entre otras.

Tarea asaz arduo y difícil para el operador jurídico es el diseñar modelos jurídicos que armonicen el valor justicia con el fin de la seguridad jurídica. En materia de conflicto de las leyes en el tiempo, son dos las teorías que han pretendido resolver este problema.

a) Teoría de los derechos adquiridos

Fue desarrollada por los juristas de la Edad Media que seguían la escuela del derecho natural.[11] Estos proponían tres conceptos, a saber, mera facultad, derecho adquirido y expectativa, que fueron retomados en Francia, durante el siglo XIX, por Chabot de l'Allier y Merlin, entre otros, y por Herrestorf y Borst, en Alemania.[12]

Se entiende por *mera facultad* a la potencialidad abstracta para adquirir derechos (lo que supone que no está bajo la titularidad del sujeto), es decir, «una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es sino una eventualidad que no obsta al cumplimiento de la ley que modifique o aniquile esa perspectiva».[13]

---

[10] BIANCA, *op. cit.*, p. 115. Se define a la retroactividad como «aquella cualidad de las leyes por la cual estas someterían a nuevo examen las condiciones de validez de un acto jurídico regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecuencias jurídicas: se trataría, pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley. Esta "vuelta atrás" sería un atentado a la seguridad jurídica» (LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*. 5ª ed. Barcelona: Bosch, 1979, pp. 623-624).

[11] RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil* (Parte General I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 197.

[12] Los datos son tomados de LLAMBIAS, Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*, t. I (Parte General, I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 135.

Expectativa es la simple esperanza de adquirir un derecho en el futuro en virtud de un hecho por consumarse. No se trata de un derecho «sino una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, los que ahora no son sino mera eventualidad».[14]

Derecho adquirido «es solamente aquel que ha nacido, como todos, por la conjunción de una norma jurídica existente (situación abstracta de derecho) y la ejecución de un hecho por ella misma previsto (situación jurídica concreta); pero que, por razón de la importancia del derecho desde el punto de vista del interés social, ha recibido vida perdurable de la ley que lo generó».[15]

Como anota la doctrina española, la formulación resumida de esta teoría puede ser la siguiente: «la posible retroactividad de la nueva ley encuentra su límite en el respeto de los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior»,[16] vale decir, «cuando se han realizado todos los supuestos normativos previstos en la ley vigente como causa generadora de tal derecho».[17] Sucumben frente a la nueva ley tanto las meras facultades como las expectativas. Se alinea en esta corriente el Código Civil panameño, cuyo artículo 3 precisa que «las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos». Esta disposición tiene que ser entendida conjuntamente con el artículo 4 del citado texto normativo, que establece lo siguiente: «las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene».

La expresión *derecho adquirido* ha sido criticada fuertemente por la doctrina. Así, Coviello observa que la misma significa lo mismo que derecho a secas, pues no puede admitirse un derecho que no sea adquirido[18]. Noguera expresa que la razón de diferencia entre derecho y «derecho adquirido con

---

[13] LLAMBIAS, *op. cit.*, p. 137.

[14] *Ibid.*, pp. 136-137.

[15] NOGUERA, Rodrigo. *Retroactividad de las leyes civiles*. Bogotá: Témis, 1979, p. 45.

[16] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 135.

[17] ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte General*, t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 155.

[18] Citado por DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.* Al respecto, se comenta lo siguiente: «[...] yo os digo francamente, expresó Duguit en una conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto, dentro de algunos meses hará medio siglo que estudio Derecho y no sé todavía lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se tiene. La expresión derecho adquirido debe, pues, ser implacablemente rechazada, porque no tiene sentido» (citado por BORDA, Guillermo. *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1951, p. 12).

fuerza de supervivencia [que él propone] estriba en la finalidad misma del segundo, que es la de evitar los trastornos que produciría toda ley nueva al chocar con los intereses creados y, por su importancia social, respetables y no burlar así las más robustas esperanzas de los titulares de derechos».[19]

Como se ha advertido, «si aplicamos esta teoría hasta las últimas consecuencias, se llegaría a un inmovilismo jurídico que iría en contra de la perfección del ordenamiento jurídico».[20] Por eso, la teoría del derecho adquirido «se ve obligada a ir exceptuando poco a poco de la irretroactividad una serie de consecuencias que se derivan del derecho adquirido».[21]

b) Teoría de los hechos cumplidos (*factum praeteritum*)

Esa teoría ha sido defendida por Dernburg Windscheid en Alemania y seguida por Vareilles-Sommiers y, en parte, por Planiol en Francia; y por Chironi y Coviello en Italia.[22] Según esta teoría, cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (*tempus regit factum*).[23] Se ha observado que la misma «consiste en sostener que la ley no debe afectar la calificación ni las consecuencias jurídicas el hecho ya cumplido, es decir, en que están integradas todas las circunstancias que lo constituyen en antecedente de imputación jurídica; pero debe ser aplicada a los nuevos hechos»[24]. Con ello, se le da a la nueva ley efectos *en nunc*, vale decir, para el futuro.

Se sostiene, con razón, que «el principio expuesto no suscita mayores discrepancias. Pero las dudas aparecen cuando ya no se trata de apreciar el hecho en sí, sino sus consecuencias».[25] Por ello, hay que diferenciar el hecho de sus efectos y, dentro de los últimos, debemos distinguir:[26]

---

[19] NOGUERA, *op. cit.*, p. 49.

[20] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

[21] *Ibid.*, p. 136.

[22] Los datos han sido tomados de ARAUZ CÁSTEX, Manuel. *Derecho Civil.* t. I (Parte General). Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 147.

[23] Esta teoría también es denominada de los «hechos consumados», afirmándose sobre ella que «priorizando el carácter innovador del derecho, prefiere optar por la aplicación inmediata de la nueva norma en vez de una soslayada aplicación ultractiva de la norma antigua. En síntesis, en virtud de la *teoría de los hechos consumados*, los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por esta; los cumplidos después de la promulgación de la nueva ley, se regirán por la nueva ley« (TUESTA SILVA, Wilder. *Código Civil comentado*. 2ª ed. Lima: Grijley, 2001, p. 14).

[24] ARAUZ CÁSTEX, *loc. cit.*

[25] LLAMBIAS, *op. cit.*, p. 140.

[26] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 137.

- efectos agotados (cumplidos);
- efectos pendientes (derivados sin haberse cumplido); y
- efectos futuros (que ni siquiera se han producido).

Sin embargo, se ha advertido que «aún partiendo de la máxima *tempus regir factum*, la extensión que se da a esta teoría es muy diversa según los autores. Y así, mientras según algunos significa que la ley nueva no puede modificar los efectos agotados de los hechos pretéritos y sí afectar a los derechos futuros de tales hechos, otros autores sostienen que deben quedar excluidos del imperio de la nueva ley incluso las consecuencias jurídicas de los hechos pasados que se realicen bajo su vigencia».[27]

Se alinea dentro de esta teoría el artículo II del Título Preliminar del Código Civil francés de 1802 cuando establece que: «La ley no dispone sino para el porvenir: esta no tiene efecto retroactivo«.

Sigue textualmente este modelo legislativo el artículo 11 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano de 1942. Interpretando este dispositivo, se sostiene que la nueva ley «no puede contemplar sino hechos o situaciones que hayan de acaecer a partir del momento en que entra en vigor, sin modificar la relevancia (originaria) de aquellos que, por el contrario, tuvieron lugar con anterioridad y que fueron, por tanto, regulados por una ley distinta».[28] Este mismo modelo jurídico circula en el artículo 9 del Código Civil chileno.[29]

Propondré un ejemplo para entender la teoría de los hechos cumplidos. Pedro le presta a Pablo 1000 y convienen en que mensualmente se pagará el interés legal (que en la fecha de celebración del mutuo acuerdo era del 5%). El contrato se inicia el 14 de julio de 2000 y se tenía que pagar 100 el 14 de cada mes más los intereses legales. Hasta la fecha, Pablo no ha pagado nada. En enero de 2001, se aumenta el interés legal del 5 al 10%. Supongamos que estamos en abril de 2001. Los efectos pendientes (obligaciones vencidas e intereses devengados) son los pagos que no se han realizado desde agosto de 2000 hasta abril de 2001. Los efectos futuros (obligaciones por vencer e intereses por devengarse) serán los que se producirán a partir de la fecha. En el momento de la liquidación de la

---

[27] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

[28] BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *op. cit.*, p. 65.

[29] El cual establece que «la ley puede solo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en estas, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio».

obligación, se aplicará el interés del 10% a partir de enero. Con ello, se concluye que la nueva tiene efectos diferidos y no retroactivos.

c) La tesis de Roubier

Esta teoría es una variante de la de los hechos cumplidos. El autor realiza la siguiente distinción:[30]

i. La ley que rige la constitución de una situación jurídica no puede tener efectos retroactivos sobre las situaciones jurídicas ya realizadas. Este mismo principio se aplica en el caso de las leyes referentes a la extinción de situaciones jurídicas.[31]

ii. La ley que regula los efectos de una situación jurídica no tiene efectos retroactivos si esta determina solamente los efectos por venir de dicha situación, manteniéndose los efectos ya producidos.[32]

De ello se desprende[33] que:

i. En el caso de las leyes nuevas referentes a la constitución o extinción de situaciones jurídicas, no se afectan las situaciones que se crearon bajo el amparo de la ley anterior.

ii. En el supuesto de las leyes que afectan el contenido o efectos de las situaciones jurídicas, se debe diferenciar:
   - Si los efectos ya se han realizado, no es aplicable la ley nueva.
   - Si los efectos no se han realizado, es aplicable inmediatamente la ley nueva.

Comparto plenamente que: «[...] sin seguir de una forma definida ninguna de las teorías que los autores exponen, puede concluirse en este punto que la *orientación moderna predominante* es que el legislador ha de atender en cada caso a consideraciones de oportunidad, de conveniencia o de justicia. La mayor o menor eficacia de la ley nueva sobre el hecho anterior deberá depender de la finalidad que persiga y de la fuerza social que le empuje. La irretroactividad es el principio general en esta materia; pero no absoluto, pues en casos excepcionales las leyes pueden tener [...] efecto retroactivo. También el juez, al aplicar las leyes, deberá tener en cuenta no los criterios doctrinales de carácter general, sino consideraciones de justicia y de conveniencia de acuerdo con el fin

---

[30] ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dáns le temps (Théorie de la non-rétroctivité des lois)*, t. II. París : Librarie du Recueil Sirey, 1933, pp. 748 y ss.

[31] *Ibid.*, p. 749.

[32] *Ibid.*, p. 750.

[33] Como hace DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*

propio de la nueva norma y la naturaleza y características de la relación jurídica que tiene bajo su control o decisión».[34]

3. Excepciones al principio de irretroactividad de las leyes: la retroactividad tácita

Admitido pacíficamente que el principio de irretroactividad de las leyes es el que gobierna en nuestro sistema jurídico, resulta forzoso establecer cuáles son los casos de excepción, para lo cual me baso en un sector de la doctrina italiana que ha devenido en clásico:[35]

a) Cuando la ley expresamente lo disponga, debe tenerse en cuenta que este supuesto resulta inaplicable en la experiencia jurídica nacional.

b) Cuando se trate de normas de derecho público, como es el caso del Código Penal. En efecto, el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución consagra que: «Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo». El Código Penal, en su art. 6, prescribe que: «La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley».

Nótese que, al aplicarse la ley más favorable al reo, se puede presentar tanto una situación de ultractividad como de retroactividad de la ley penal. Asimismo, amparándose en el principio de la retroactividad benigna, establece que: «Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho».

Ha sido afirmado en doctrina que el principio de irretroactividad benigna no solo tiene validez respecto a las leyes penales sino ,también, a las sentencias del Tribunal Constitucional. Así, «las sentencias del Tribunal Constitucional que invaliden una ley por inconstitucional y que tengan como efecto favorecer al reo deben aplicarse retroactivamente. La Constitución debe ser interpretada como una

---

[34] SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y Práctica I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 229.

[35] MESSINEO, *op. cit.*, p. 90.

unidad y esta interpretación es evidentemente válida además de justa».[36]

c) En el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior. Una atenta doctrina italiana afirma que «se llama comúnmente "ley interpretativa" a una ley que establece qué significado debe ser atribuido a un enunciado de otra ley precedente».[37] Por otro lado, autorizada doctrina del mismo país establece que se habla impropiamente de retroactividad «con referencia a las denominadas leyes interpretativas, que sirven para precisar el significado dudoso de leyes precedentes y que, por ello, se aplican *ex tunc* [esto es, desde el momento en que estas últimas entran en vigor], lo cual, por lo demás, parece ser consecuencia natural de su función [no efectivamente de interpretación, sino] sustancialmente integradora del texto de aquellas».[38] Sin embargo, debemos tener en cuenta que los art.os 35 y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, del 06.01.95, son claros al establecer que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

Se distingue la ley interpretativa de la ley sobre interpretación (como es el caso del artículo 3 de la Ley de Protección del Consumidor), por cuanto «la ley interpretativa no prescribe un *modo de proceder* para la atribución de significado a enunciados legislativos en vía general, sino prescribe un resultado interpretativo en vía específica, con respecto a un determinado y preciso enunciado y a los enunciados de un documento preciso y determinado».[39] Con la ley interpretativa no necesariamente se realiza la interpretación (denominada) auténtica, entendida como «la actividad interpretativa y el producto de la interpretación por parte de aquel sujeto que es también el autor del documento interpretado».[40] Se advierte, con razón, que se ha confundido la idea de que el más autorizado para explicar

---

[36] RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. 4. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 193.

[37] TARELLO, *op. cit.*, p. 241. El autor sostiene que «en nuestra cultura jurídica, la definición legislativa deja, a menudo, al intérprete la facultad de establecer si (y cuánto) su disposición se puede extender más allá del documento que la contiene, mientras la ley interpretativa (aunque se proceda por definición) dispone específicamente sobre el significado de la ley interpretada y no se asume que consienta extender la disposición sobre el significado más allá del documento de la ley interpretada» (*op. cit.*, p. 242).

[38] BRECCIA, BIGLIAZZI GERI, NATOLI y BUSNELLI, *op. cit.*, pp. 67-68.

[39] TARELLO, *loc. cit.*

[40] *Ibid.*, pp. 242-243.

el significado de su documento es el autor (concepción originaria) con la idea de que quien tiene el poder de hacer la ley es quien tiene el poder para decir su significado[41] (concepción moderna). En otras palabras: la autoridad, en el primer caso, es por ser autor; en el segundo, por ser legislador.[42] Según esta doctrina, la concepción moderna de la autoridad, en la cual el legislador (entendido como un órgano colegiado) es quien tiene la autoridad para dar vida a la ley interpretativa, permite superar la necesidad de una coincidencia subjetiva física (entre autor y ley interpretada) y abre posibilidades de innovación «por vía de la interpretación auténtica».[43] Sin embargo, no se ve la necesidad de denominar como *auténtica* una interpretación, en la cual, según las propias palabras de la doctrina que vengo citando, el «legislador *quiere* un significado autoritariamente», por cuanto el fundamento de la autenticidad se debe (o se debería) dar en función a un dato objetivo de precisar los alcances de un texto legal, mas no a una intencionalidad del legislador (tal como se pretende en la interpretación legislativa propuesta por esta doctrina).

Un sector de la doctrina argentina opina que hablar de leyes interpretativas es un «verdadero contrasentido jurídico».[44] En mi opinión, si la naturaleza de una norma interpretativa es la de aclarar el sentido de la norma interpretada, la primera no tendría sentido si se le dan efectos *ex*

---

[41] *Ibid.*, p. 243.

[42] *Ibid.*, p. 244.

[43] *Ibid.*, *loc. cit.*

[44] Así, «la interpretación es una operación lógico-valorativa mediante la cual se determina el recto sentido de una norma jurídica en relación con un caso dado. Es una tarea eminentemente judicial. El juez, que no tiene *imperium* para dictar la ley, es quien debe dejar su significado. En cambio, el legislador nunca interpreta. Él tiene *imperium* para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva. Hablar de interpretación legislativa o auténtica es, pues, una evidente impropiedad. Si se insiste en ello, es porque toda esta materia ha estado rodeada hasta el presente de la confusión imperante sobre la irretroactividad de la ley y los derechos adquiridos» (BORDA, *loc. cit.*). Considero que esta es una percepción bastante ortodoxa de las funciones del Estado y que nos haría caer en los mismos equívocos de los exégetas: el juez no solo aplica las normas, sino que, interpretando creativamente las mismas, puede reconocer nuevas situaciones jurídicas (evidentemente, dentro de los límites establecidos dentro de la trama de cada ordenamiento jurídico). Por otro lado, el legislador, ante la diversidad de interpretaciones que podrían optar los jueces (posibilidad que causaría inseguridad jurídica, por la falta de predictibilidad en las decisiones de los mismos), puede dar un alcance determinado a una norma a efectos de evitar este tipo de discrepancias: ello en beneficio de los destinatarios de las normas jurídicas.

nunc. La norma interpretativa debe tener efectos *ex tunc* a partir de la fecha de vigencia de la norma interpretada. Ello, evidentemente, si no se entra en conflicto con situaciones en las cuales se presentan derechos adquiridos o se hallasen en el estado de cosa juzgada.[45]

Este es el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de aduana. En efecto, el artículo 98 de la Ley General de Aduanas (LGA), Decreto Legislativo N.° 809, del 18 de abril de 1996, establece que los representantes legales de las agencias de aduanas, sean estos personas naturales o jurídicas, son responsables solidarios con su comitente por los cargos que se formulen como consecuencia de los actos aduaneros en que hayan participado directamente. El artículo 99 de la misma Ley establece que el acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduanas, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos, es un mandato con representación, en el que se aplica esta Ley, su Reglamento y el Código Civil. Este último artículo es aclarado por el artículo 1 de la Ley N.° 27235, del 22 de julio de 2000, que establece lo siguiente:

> La responsabilidad solidaria de los Agentes de Aduanas a que hace referencia la Ley General de Aduanas, aprobada mediante Decreto Legislativo N.° 809, debe ser entendida de conformidad con la naturaleza jurídica a que se refiere el artículo 99 de la norma en mención, no pudiendo extenderse más allá de aquella y siempre atribuible solo por los hechos propios que realicen los mencionados operadores del comercio exterior.

Al parecer, con esta aclaración se le pretende dar un alcance más restringido al artículo 98 de la LGA. En efecto, como se verá posteriormente, la responsabilidad civil del principal no solo se da en el ejercicio de las funciones sino con ocasión de las funciones del dependiente o del representante. Me permito *aclarar* la norma aclaratoria al interpretar que,

---

[45] Comparto plenamente la preocupación de quien sostiene que «las leyes interpretativas, de hecho, pasan por alto la irretroactividad si, en realidad, no se limitan a aclarar la ley anterior, sino que la modifican. De allí que deba analizarse detenidamente si se está ante una ley auténticamente interpretativa o si se trata de una ley nueva y distinta, disfrazada de interpretativa para obviar el principio de irretroactividad» (ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho Privado*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981, p. 80).

al señalar que solo se responderá por los hechos propios, se está haciendo referencia a la ruptura del nexo causal, vale decir, si el daño se produjo debido a la intervención del propio dañado, de un tercero, por caso fortuito o por fuerza mayor. Asimismo, esta ley aclaratoria, en su artículo 2, establece una disposición de carácter transitorio al prescribir que: «Lo dispuesto en la presente ley será de aplicación a todos los procedimientos administrativos y procesos judiciales en trámite, cualquiera fuera el estado en que se encuentren, incluyendo aquellos pendientes de notificación a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley».

A su vez, este artículo ha sido aclarado por la Ley N.° 27483, del 15 de junio de 2001, cuyo único artículo regula que el artículo 2 es aplicable «independientemente del marco legal aplicable o vigente al momento de determinar la responsabilidad solidaria atribuida a los agentes de aduana, sea que provenga del Decreto Legislativo N.° 733 o del Decreto Legislativo N.° 809».

Queda claro que los efectos de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley N.° 27235 se retrotraen a la fecha de la dación del Decreto Legislativo N.° 809; así como lo dispuesto por la Ley N.° 27483 se retrotrae a la fecha de publicación de la Ley N.° 27235.

Un episodio que espero no se vuelva a repetir es el de la Ley N.° 26657, del 23 de agosto de 1996, en la que se interpretó el artículo 112 de la Constitución.[46] En efecto, su único artículo estableció lo siguiente:

> Interprétase de modo auténtico que la reelección a que se refiere el artículo 112 de la Constitución está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interprétase auténticamente que, en el cómputo, no se tienen en cuenta retroactivamente los períodos iniciados antes de la Constitución.

Este es un claro ejemplo de una norma inconstitucional que pretende interpretar un texto legal; en este caso, la misma Constitución. Ello originó una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Ilustre Colegio de

[46] El cual establecía en su versión original que «el mandato presidencial es de cinco años. El presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones».

Abogados de Lima, hecho que, a su vez, causó que el Tribunal Constitucional, con fecha 3 de febrero de 1997, emitiera dos sentencias. La primera declaró infundada la demanda al no haberse alcanzado la mayoría calificada de seis votos conformes, prevista por el artículo 4 de la Ley N.º 26435, para declarar la inconstitucionalidad de la Ley N.º 26657, debido a que cuatro magistrados del Tribunal Constitucional habían tenido que abstenerse por haber adelantado opinión sobre el fondo de la cuestión controvertida. La otra declaró inaplicable por unanimidad de los votos emitidos (que fueron de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano), con las abstenciones indicadas, y en «ejercicio de sus atribuciones de control difuso» la Ley interpretativa N.º 26657 para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del Jefe de Estado de ese entonces. De esta última sentencia resulta pertinente citar la definición que se hace de una norma interpretativa:

> [...] es necesario precisar que, por definición, una ley interpretativa es aquella que busca aclarar el sentido de una norma anterior, no desde que la disposición interpretativa es aprobada —como afirma el señor representante del Congreso—, sino desde que el precepto interpretado entró en vigencia. La norma interpretativa nada crea; tiene como única finalidad aclarar una norma, a la que en modo alguno modifica, y no puede innovar sino evitar el error de aplicación.
> Hay que precisar, por ello, que la norma impugnada no aclara, ni modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del artículo 112 de la Constitución; sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y harto sui géneris vigencia temporal, de suerte: a) que una parte de él —la que permitió la reelección del actual Jefe de Estado en 1995— sí rija desde que entró en vigencia la Carta Magna de 1993; y b) que otra parte de él —la que no permite sino su reelección inmediata— no rija sino a partir de las Elecciones de 1995, no obstante que la vigente Carta de 1993 hace presente, en la decimocuarta de sus Disposiciones Finales y Transitorias, que ella misma, es decir, en el caso, todo el artículo 112, y no

[47] La cual establece que «la presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado del referéndum regulado mediante ley constitucional».

> solo una parte de él «[...]entra en vigencia conforme al resultado del referéndum[...]» (o sea, desde el 31 de diciembre de 1993). Esta singularísima disección no constituye, evidentemente, una interpretación del tenor mismo de la norma; sino, de un lado, una extraña división de ella en dos partes y, de otro, el establecimiento de un sorprendente régimen transitorio que es, ciertamente, totalmente ajeno a su sentido original, que contradice, ostensiblemente, el preciso sentido de la decimocuarta Disposición Final y Transitoria[47] glosada líneas arriba y que, en todo caso, de haberse querido, habría tenido que incorporarse, como tantas «normas transitorias» lo han sido, en la parte correspondiente de la misma Carta Magna, denominada, como se sabe, «Disposiciones Finales y Transitorias».

El resto es historia: al haberse aplicado el control difuso y no el control concentrado,[48] un ciudadano interpuso, ante la Sala Especializada de Derecho Público, una acción de amparo contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional que declararon inaplicable la ley interpretativa. Esta Sala, mediante Resolución del 6 de febrero de 1998, declaró improcedente la demanda por falta de legitimidad de obrar del demandante. Ante la apelación del demandante, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Resolución del 19 de diciembre de 1997, revocó la Sentencia apelada declarando fundada la demanda y argumentando que la decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional fue irregular al haberse incurrido en una incongruencia *extra-petita*, con lo cual ocasionó confusión y desorientación en la ciudadanía. En ambas Sentencias, se debió desestimar la demanda por cuanto la decisión de los magistrados no ocasionó una amenaza de

---

[48] En la sentencia glosada, se afirma que «existiendo, por lo visto, ostensible incompatibilidad entre la Ley N.° 26657, impugnada en la demanda, interpretativa del artículo 112 de la Constitución, y este mismo dispositivo, precisa que expresemos la base jurídica de este fallo. Hemos decidido aplicar "el control difuso" —derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces— y no el "control concentrado" —derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional— porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalado en el artículo 4 de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional para la aplicación del "control concentrado" y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo».

violación cierta y actual del derecho constitucional invocado ni una trasgresión del mismo. En efecto, el derecho político a elegir los representantes está circunscrito a aquellos que sean hábiles para tal investidura. Por ello, resulta insostenible afirmar, en este caso, la lesión de un derecho «a favor de una persona concreta o a favor de los ciudadanos peruanos» a que determinado ciudadano (que no estaba legitimado para ello) pueda ser el candidato a la Presidencia.[49]

Autorizada doctrina iusfilosófica italiana propone los siguientes pasos que debe asumir el intérprete frente a una ley interpretativa:

- En primer lugar, el intérprete, frente a un documento legislativo que se vincula a un documento legislativo que lo antecede, se debe plantear el problema de si se trata de una ley interpretativa o de una ley que modifica, en todo o en parte, la ley precedente.[50]

---

[49] La Ley N.° 27365, del 4 de noviembre de 2000, modificó el artículo 112 de la Constitución estableciendo que «el mandato presidencial es de cinco años; no hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones». En esta Ley, se agregaron disposiciones transitorias y finales en las cuales se estableció que tanto el Presidente como el Vicepresidente concluirán su mandato el 28 de julio de 2001.

Por otro lado, el art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sufrió dos modificaciones, la primera, con la Ley N.° 27780, del 10.07.02; y la segunda, con la Ley N.° 27850, del 15.10.02. De este modo, quedó con el siguiente texto: «El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros.

El Tribunal en Sala Plena resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en lo que exigen cinco votos conformes.

Tratándose de la emisión de sentencias en procesos sobre acciones de inconstitucionalidad, de no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos a favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver. Los magistrados del Tribunal no pueden abstenerse de votar, debiendo hacerlo a favor o en contra en cada oportunidad

Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enunera el artículo 15° de esta Ley o cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia se llama a los miembros de la otra Sala, en orden de antigüedad empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal».

- Después de haber individualizado la ley como interpretativa, el intérprete se encontrará frente al problema de decidir cuánta parte de la ley interpretativa es efectivamente tal y cuánta parte de ella, en cambio, expresa «normas nuevas» que modifican la disciplina jurídica precedente sin tener eficacia retroactiva.[51]
- Sólo la ley (o los enunciados de la ley) interpretativa *propia* tendrá (o tendrán) efectos *ex tunc* y la ley (o los enunciados de la ley) que modifica o sustituye la ley anterior (por ello se le denomina también ley de interpretación *impropia*) será (o serán) *ex nunc*.
- Si se trata de una ley sancionatoria que no es favorable, la Ley interpretativa no tendrá efectos retroactivos.[52]

d) En los supuestos de disposiciones de carácter complementario. La razón por la que se incluyen estos supuestos es la misma que en el supuesto anterior

e) Normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica y «por eso exista un interés general en que la norma tenga eficacia retroactiva».[53] Como en su momento ocurrió con la abolición de la esclavitud.

Los tres últimos supuestos son denominados por la doctrina como de retroactividad tácita, cuyos límites han sido delineados por el Tribunal Supremo español, con Sentencia del 16 de junio de 1956, cuando ha establecido que:

> [...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que no son mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio.[54]

---

[50] TARELLO, *op. cit.*, p. 272.

[51] *Ibid.*, p. 273.

[52] *Ibid.*, p. 276.

[53] MESSINEO, *loc. cit.*

[54] Citada por GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I* («Parte General»). Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 165.

Considero que el artículo III del Título Preliminar del Código Civil debería regular estos supuestos. Asimismo, se puede presentar el caso en que, mediante una ley interpretativa o aclaratoria, se esté (en sustancia) derogando o modificando el texto interpretado o aclarado. Frente a ello, podría demandarse ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la ley interpretativa o aclaratoria. Ahora, el hecho de amparar esta pretensión haría que se derogue la ley interpretativa o aclaratoria. Sin embargo, no queda claro que vuelva a tener vigencia la ley interpretada o aclarada. En efecto, si la *ratio decidendi* de la sentencia que ampara la inconstitucionalidad se basa en que la ley nueva, en realidad, deroga o modifica la antigua, se estaría en el supuesto del último párrafo del artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil, es decir, no recobraría vigencia la ley derogada (o modificada) por la derogación de la ley que la derogó (o modificó), hecho que generaría un vacío legislativo. Creo que se le podría dar una lectura distinta a este supuesto: la *ratio decidendi* de la inconstitucionalidad debe basarse en el conflicto interpretativo que ha generado la nueva ley, es decir, al establecer el artículo 103 de la Constitución, tercer párrafo, que la ley solo se puede derogar por otra ley (no interpretativa) o por sentencia del Tribunal Constitucional; la nueva ley, no obstante (a nivel formal), es una de carácter interpretativo o aclaratorio, no cumple su función de tal y, por consiguiente, su derogación no afectaría a la ley interpretada o derogada.

4. Dos modelos a tenerse en cuenta: el Código Civil argentino y la Ley de Introducción del Código Civil brasileño

El artículo 3 del Código Civil argentino de 1879, reformado por la Ley N.° 17.711, de 1968, establece lo siguiente:

> A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.
> A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

Como ha sido observado por autorizada doctrina argentina,[55] es menester distinguir si la nueva ley es imperativa o supletoria. Así, «las normas imperativas dan forma al "estatuto legal" que rige ciertas relaciones jurídicas y al cual las partes deben someterse sin poder modificarlo».[56] En este caso, cabría la aplicación inmediata de la ley imperativa, mientras que «aplicar, en cambio, las nuevas leyes supletorias a una relación contractual, formada dentro de los límites que la ley antigua autorizaba, significaría, en cierta, manera darles efecto retroactivo y, para evitarlo, el legislador (argentino) consagra el "efecto diferido" de las normas supletorias».[57] El efecto diferido de las leyes supletorias lleva como consecuencia la coexistencia de diversos regímenes legales (se entiende en el ámbito de relaciones contractuales nacidas frente a una legislación de carácter supletorio).[58] En atención a ello, se debe tener presente que:

a) Si la nueva ley es imperativa y se trata de una relación o situación jurídica nacida de un contrato (bajo una antigua ley imperativa o supletoria), debe aplicarse de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas del mismo.

---

[55] MOISSET DE ESPANES, Luis. *Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3 del Código Civil (Derecho transitorio)*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1976, p. 29.

[56] *Ibid.*, *loc. cit.*

[57] *Ibid.*, pp. 29-30. En este mismo sentido, se afirma que «las leyes supletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes cuando estas no lo han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de sus disposiciones, modificarlas y derogarlas. En el caso de que los contratantes callen, es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato, que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordado en el contrato hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes.

Es claro que, si la nueva ley da carácter imperativo a las normas que sustituyen los viejos preceptos supletorios, debe aplicarse de inmediato a los contratos en ejecución, porque en tal caso la nueva ley no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad, allí donde la anterior lo permitía. Es dentro del campo en el que la nueva ley sigue respetando la voluntad de las partes y precisamente por eso, por integrar el acuerdo de voluntades, es que la ley supletoria anterior sigue en pie» (BORDA, *op. cit.*, p. 104).

[58] En efecto, «al consagrar "la autonomía de la voluntad", [el legislador] permite que las partes elijan libremente la ley que debe regir sus relaciones y, según sea su mayor o menor imaginación, ella podrá adquirir las formas más diversas» (MOISSET DE ESPANES, *op. cit.*, pp. 30-31).

b) Si la nueva ley es supletoria y se trata de una relación o situación jurídica nacida de un contrato (bajo una antigua ley supletoria), no cabría su aplicación ni siquiera para las consecuencias de las relaciones ni de las situaciones jurídicas nacidas del mismo.

El artículo 6 de la Ley de Introducción del Código Civil brasileño, Decreto Legislativo N.º 4.657, del 4 de setiembre de 1942, prescribe que:

> La ley en vigor tendrá efecto inmediato y general, respetando el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada.
> 1º. Repútase acto jurídico perfecto al ya consumado según la ley vigente al tiempo en que se efectuó.
> 2º. Considéranse adquiridos aquellos derechos que su titular, o alguien por él, pueda ejercer, como aquellos cuyo inicio de ejercicio tenga un plazo fijado o condición preestablecida inalterable a arbitrio de un tercero.
> 3º. Llámase cosa juzgada al caso juzgado por decisión judicial del cual ya no cabe recurso alguno.

El derecho adquirido ha sido definido por acreditada doctrina brasileña como el que surge «como consecuencia de una ley, por vía directa o por medio de un hecho idóneo; consecuencia que, habiendo pasado a integrar el patrimonio material o moral del sujeto, no se hizo valer antes de la vigencia de la ley nueva sobre el mismo objeto».[59] La perspectiva de esta doctrina resulta interesante cuando plantea que «una vez que estamos tratando de *derecho adquirido*, lo que interesa no es la complejidad de *los hechos* sino la *adquisición* de los diversos derechos».[60] En este orden de ideas, se propone que se hable no de hechos complejos sino de derechos de adquisición compleja, dentro de los cuales se encuentran:[61]

---

[59] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3ª ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 208. En verdad, cierto sector de la doctrina italiana es más preciso cuando advierte que surge el derecho adquirido «no obstante, la ocasión de hacer valer [el derecho adquirido] no se haya presentado antes de la actuación de una ley nueva en torno al mismo» (GABBA, Carlo. *Teoria della retroattività delle legge*, vol. I. Milán-Roma-Nápoles: Unione Tipográfico Editrice, 1891-1898, p. 257).

[60] *Ibid.*, p. 284.

[61] *Ibid.*, pp. 284-285.

a) Derechos de adquisición imperfecta son aquellos que están sometidos a plazo o a condición, vale decir, bajo los supuestos de hecho modificatorios de la relación jurídica que nace del acto jurídico.
b) Derechos de adquisición sucesiva son los que están comprendidos dentro de esta categoría los derechos que se obtienen mediante el transcurso de un lapso de tiempo, como el caso de la prescripción.
c) Derechos de adquisición por partes son aquellos que se adquieren mediante la perfección autónoma de varios hechos conexos, como el derecho a la sucesión testamentaria.
d) Derechos de adquisición plural son los que recaen bajo la titularidad de los sujetos en virtud de causas diversas de valor suficiente. Es el caso de un contrato de compra-venta a plazos con garantía hipotecaria.

Esta clasificación es concordante con el modelo jurídico diseñado por el legislador brasileño.[62] Sin embargo, es mi opinión que el principio que debe regir para este tipo de derechos es el de aplicación inmediata de la nueva ley a los efectos futuros de los mismos, trátese de condición, plazo (en verdad, este último supuesto cuesta diferenciarlo del indicado en el punto b), adquisición futura o plural. No se debe olvidar que el común denominador de estos supuestos (llámense hechos o derechos) es que son consecuencia de relaciones y situaciones jurídicas nacidas bajo el amparo de una ley anterior.

5. El problema interpretativo en materia de aplicación de las leyes en las relaciones jurídicas contractuales

Cuando la primera parte del artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que «la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes», se debe interpretar que, no obstante las relaciones y situaciones jurídicas se hayan constituido bajo el amparo de la ley antigua, la nueva ley no se aplica (en lo que a la constitución de dichas relaciones y situaciones jurídicas se refiere). Este sería el caso de una pareja que celebra su matrimonio bajo el amparo del Código Civil de 1936 y cuyo divorcio se regulará, si se produce hoy día, según lo prescrito por el Código Civil de 1984.

---

[62] En este mismo sentido, LEGAZ LACAMBRA, *op. cit.*, p. 626.

Esta coordenada legislativa, que se repite en el artículo 2121 del Código Civil, no entra en conflicto con lo preceptuado en el artículo 2120 del mismo Código Civil que reconoce los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley anterior «aunque este Código no los reconozca». En efecto, el Código Civil peruano asume una posición mixta o intermedia en la cual, aun admitiendo la teoría de los hechos cumplidos, se aceptan los derechos adquiridos bajo la anterior legislación. Este mismo modelo jurídico también circula en el artículo 2 del Código Civil paraguayo.[63]

A propósito de lo prescrito por el artículo 62 de la Constitución,[64] autorizada doctrina nacional ha sostenido que existe incompatibilidad entre el artículo 1355 del Código Civil[65] y el artículo 62 de la Constitución,[66] y no ha faltado quien haya opinado que se ha derogado el artículo 1355 del

---

[63] El cual establece que: «Las leyes disponen para el futuro; no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido.

Las leyes nuevas no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el imperio de las antiguas leyes».

[64] El cual establece que «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 solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

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» (el subrayado es mío).

[65] Que prescribe que «la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

[66] En este sentido, «la Constitución de 1993 no tiene, en materia contractual, un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una ley de sí misma, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato, se encuentra, en esta materia, en la misma línea normativista que el Código Civil. Esto no significa, sin embargo, que no exista incompatibilidad entre el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1355 del Código civil, por lo cual, dado el principio de jerarquía de las normas declarado por el artículo 51 de la Constitución, los jueces deben preferir el primero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 138 de la misma Constitución» (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «¿Por qué se contrata?». En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; Carlos CÁRDENAS QUIRÓS; y Walter GUTIÉRREZ CAMACHO. *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, pp. 30-31).

Código Civil.[67] Otro sector de la doctrina nacional, interpretando que, con el artículo 62 de la Constitución, se ha retornado a la teoría de los derechos adquiridos, rompiendo el esquema de los hechos cumplidos, reconocido por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, ha propuesto la modificación del artículo 62 ya citado.[68]

Sin embargo, en opinión que comparto, se ha observado que: «[...] afirmar que la frase «no pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales» abarca inclusive a las normas de orden público, implicaría atribuir, en el fondo, a los contratos, en general, el carácter de contratos-ley, no obstante no contarse con la participación directa del Estado, por intermedio de alguna de sus entidades, para brindar las correspondientes garantías y seguridades».[69]

Una interpretación atenta de estos modelos jurídicos impone una lectura restrictiva del artículo 62 de la Constitución haciéndolo aplicable solo al caso de las normas supletorias. Con ello, la coexistencia con el artículo 1355 del Código Civil sería posible, ya que esta última sí se refiere a las normas imperativas.[70]

---

[67] Así, se afirma que «la intervención legislativa posterior [...] ha sido negada por la Constitución al señalar que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. En este orden de ideas, debemos entender virtualmente derogado el artículo 1355 del Código Civil referido a la intervención legislativa en los contratos en ejecución, imponiendo reglas o estableciendo limitaciones cuando el interés social, público o ético lo requiere» (MARTÍNEZ COCO, Elvira. «¿Contratación de mercado o contratación social?. Algunas modificaciones necesarias a las disposiciones generales de contratación» *Aequitas*, año 2, n.° 2, 1995, p. 111).

[68] RUBIO CORREA, *Estudio de la...*, t. 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 294.

[69] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Autonomía privada, contrato y Constitución». En: DE LA PUENTE, Y LAVALLE, CARDENAS QUIROS y GUTIERREZ CAMACHO, *Contrato y mercado...*, p. 81.

[70] En esta misma orientación, cuando se afirma que «convenimos en que es indispensable interpretar el artículo 62 de la Constitución en el sentido de que este no alcanza las normas que son imperativas y de orden público, logrando de este modo mantener la razón de ser de los contratos-ley y la vigencia del artículo 1355 del Código Civil» (GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «Economía de mercado y contratación». En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, CARDENAS QUIROS y GUTIERREZ CAMACHO, *Contrato y mercado...*, p. 154).

6. Interpretación lógico-sistemática del artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano

Volviendo al artículo III del Título Preliminar del Código Civil y partiendo de un cuadro preparado por una autorizada doctrina argentina,[71] propongo el mío. Si bien es cierto que del tenor de este numeral se colige que los puntos de referencia son las situaciones o relaciones jurídicas, no debe perderse de vista que las mismas, en virtud de la autonomía privada o del intervencionismo estatal, pueden constituirse, regularse, modificarse o extinguirse. Todos estos supuestos deben estar enmarcados dentro de los alcances de este numeral. Así, tendríamos la siguiente trama de posibilidades:

Situaciones y relaciones jurídicas	Ley antigua	Ley nueva
Situaciones y relaciones jurídicas agotadas.	Constitución, regulación, modificación o extinción	
Situaciones y relaciones jurídicas en curso de constitución (*in fieri*)	Se iniciaron bajo el amparo de la ley antigua; pero no se perfeccionaron	• Constitución, regulación, modificación o extinción • Consecuencias
Situaciones y relaciones jurídicas con efectos pendientes	• Constitución, regulación o modificación • Consecuencias[72]	Consecuencias
Situaciones y relaciones jurídicas con efectos futuros (*in itinere*)	Constitución, regulación o modificación	Consecuencias
Situaciones y relaciones jurídicas nuevas		• Constitución, regulación, modificación o extinción • Consecuencias

[71] MOISSET DE ESPANES. *op. cit.*, p. 22.

[72] Téngase presente que, al haber quedado pendientes los efectos de una situación o relación jurídica, parte de las consecuencias puede estar dentro de los alcances temporales de la antigua ley y las consecuencias restantes pueden estar dentro de los alcances de la nueva ley.

En materia de Derecho Procesal Civil, se debe tener en cuenta que la segunda disposición complementaria del Código Procesal Civil de 1992 establece que «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».

Se ha afirmado que «la disposición del artículo 3 [...] se pronuncia claramente por la aplicación inmediata de la norma jurídica, desecha lo que hemos denominado aplicación ultractiva y solo considera la aplicación retroactiva en los casos que autoriza expresamente» la Constitución.[73] Y agrega que «no existe obstáculo para que un cuerpo normativo establezca expresamente para sí una aplicación diferida».[74] Solo me permito aclarar que sí cabe (en aplicación del artículo 6 del Código Penal) una aplicación ultractiva de la norma penal y el fundamento legal de la aplicación inmediata y de la diferida lo encontramos en el artículo 109 de la Constitución, el cual establece que: «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

Ello en concordancia con lo consagrado en el artículo 51 de la Constitución que, en su última parte, prescribe que «la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

7. El derecho transitorio en la jurisprudencia nacional

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución del 19 de agosto de 1997 (Casación N.º 300-96, Ucayali), a propósito de una prescripción iniciada al amparo del Código Civil de 1936, estableció que:

> Que [...] los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado Código sustantivo consagran el principio de la aplicación inmediata de la ley, el que cuenta

[73] RUBIO CORREA. «Retroactividad, irretroactividad y ultractividad». En: *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 35.

[74] *Ibid.*, p. 36.

> con la posición dominante en doctrina y se conoce con el nombre de teoría de los hechos cumplidos.
> Que, sin embargo, la aplicación de normas en el tiempo supone una relación dialéctica entre el principio de seguridad y el principio de innovación legislativa dentro del sistema jurídico (sic); para este efecto se ha establecido, en vía excepcional y transitoria, la aplicación ultractiva de algunas normas del Código Civil derogado en moderada inclinación hacia la seguridad jurídica a fin de lograr la mayor equidad posible en cada caso que se someta al conocimiento de la tutela jurisdiccional.
> Que una de estas excepciones es la referida a la aplicación temporal del plazo de prescripción, cuyo artículo dos mil ciento veintidós dispone que la prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código se rige por las leyes anteriores. Sin embargo, si desde que entró en vigencia transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, este surte todos sus efectos, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad. Cabe aclarar que esta aplicación ultractiva solo está referida a la diferencia de plazos en la prescripción tanto en la ley derogada como en la vigente.
> Que en el caso de autos, la prescripción empezó a correr desde antes de la vigencia del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro, por lo que se concluye que el plazo de prescripción aplicable al caso es el de quince años a tenor del inciso dos del artículo mil ciento sesenta y ocho del Código Civil derogado.[75]

En efecto, con el Código Civil de 1936, el plazo de prescripción de la acción personal era de quince años; con el Código de 1984, es de diez años (artículo 2001, inciso 1). Ahora bien, el artículo 2122 del Código Civil de 1984 establece que si, desde que este cuerpo normativo entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para su prescripción (en el caso, diez años), esta surte su efecto, aunque por dichas leyes (Código Civil de 1936) se necesitare un plazo mayor (en este caso, quince años). Ello quiere decir que el sujeto interesado deberá optar por el plazo prescriptorio que más le

[75] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, t. II. Lima: Ediciones Legales, 2000, pp. 18-19.

favorezca. Teniendo en cuenta que el plazo del nuevo Código Civil comienza el 14 de noviembre de 1984, justo un año después, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República, con fecha 17 de agosto de 1998 (Casación N.º 708-97, Huancavelica), precisó su posición, afirmando que:

> [...] en el caso de autos, la materia controvertida versa sobre la prescripción de la acción de nulidad de acto jurídico, la que se hallaba regulada por el artículo mil ciento sesenta y nueve del Código Civil de mil novecientos treinta y seis, la misma que se halla regulada por el inciso primero del artículo dos mil uno del Código Sustantivo vigente. Consecuentemente, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo dos mil ciento veinte del Código acotado.
> [...]
> Que el artículo mil ciento sesenta y nueve del Código Civil derogado preveía, para las acciones de nulidad de acto jurídico, un plazo de prescripción de treinta años y el inciso primero del artículo dos mil uno del vigente prevé un plazo de diez años. Consecuentemente, en aplicación de la regla contenida en el artículo dos mil ciento veintidós de dicho Código, resulta aplicable el plazo más corto. Ergo, la acción prescribió el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, fecha anterior a la interposición de la demanda, atendiendo a que la Sala de Revisión estableció como un hecho que el accionante tuvo conocimiento de la existencia de los actos jurídicos, cuya finalidad pretende, en la fecha de suscripción de los mismos, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil.[76]

En este mismo sentido, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 3 de mayo de 1999 (Casación N.º 2861-98, Callao) precisó que:

> [...] el artículo tercero del Título Preliminar y el artículo dos mil veintiuno del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro recogen la teoría de los hechos cumplidos, señalando que la ley se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas

[76] *Ibid.*, pp. 22-23.

> existentes. En tal sentido, en los casos de poseedores que entraron en posesión del bien antes de la vigencia del Código Civil, el cómputo del inicio del plazo para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva se realiza a partir del catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, fecha en que entró en vigencia el Código Civil.[77]

Frente a un curioso caso de un cónyuge que demanda (en la época de vigencia del Código Civil de 1984) la nulidad del matrimonio (celebrado al amparo del Código Civil de 1936) por *impotencia* de la esposa, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con Sentencia del 2 de julio de 1998 (Casación N.º 1641-96, Lambayeque), ha decidido lo siguiente:

> Que el matrimonio celebrado válidamente, bajo los anteriores Códigos Civiles, de mil novecientos treinta y seis y mil ochocientos cincuenta y dos, y en general de la legislación anterior, como es el caso del matrimonio canónico reconocido en el artículo ciento cincuenta y seis del Código Civil de mil ochocientos cincuenta y dos, mantiene todo su valor y vigencia y el actual Código, vigente desde el catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, en virtud del Decreto Legislativo número doscientos noventa y cinco, solo afecta los distintos derechos y obligaciones derivados del status conyugal, como establecen los artículos ciento tres, segundo párrafo, de la Constitución Política del Estado, tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del Código Civil.
> Que son derechos derivados del matrimonio, por ejemplo, la sucesión y las causales de separación de cuerpos.
> Que, en la teoría de la invalidez del matrimonio, hay que distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad. La primera significa la existencia de un vicio que afecta a la validez del acto mismo del matrimonio, insanable, que determina su inexistencia y, por ello, puede ser demandada por cuantos tengan interés y el Ministerio Público y no caduca; la segunda reconoce la existencia de un vicio que no afecta las condiciones esenciales del acto mismo, que puede ser subsanable o que

[77] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.*, pp. 26-27.

> solo interesa a los cónyuges y por eso el ejercicio de la acción queda limitado. Mas, en ambos casos, la declaración de nulidad tiene eficacia retroactiva, esto es, que si la demanda resulta fundada, el matrimonio resulta inválido.
> Que, en consecuencia, se concluye que la nulidad del matrimonio no está relacionada con los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, sino con el matrimonio mismo y, por tanto, debe ser resuelta de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su celebración.
> Que, en el caso de autos, es pertinente el artículo ciento cuarenta y cinco del Código Civil de mil novecientos treinta y seis, bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio, que regula y contempla la causal de nulidad por impotencia *coeundi*.[78]

Las precisiones que me permito hacer son formales. La causal prevista en el artículo 145 del Código Civil de 1936[79] es de anulabilidad. Sin embargo, tanto el supuesto de anulabilidad como el de nulidad se deberían regular con la ley en la cual se perfeccionó el acto, hecho que no implica una contradicción a lo establecido por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, sino que tanto la nulidad como la anulabilidad forman parte del momento de constitución del acto y no de sus efectos. Es conveniente precisar, como lo hizo el Supremo Colegio en su momento: «Que determinada la pertinencia de la norma a la controversia, hay que anotar que la instancia de mérito, apreciando la prueba actuada, ha desestimado la demanda, por considerar que no se han probado los hechos».

En materia de sociedades, se presentó el siguiente caso. El Grupo Pantel S.A. celebra dos Juntas Generales en 1996 y 1997. Posteriormente, en Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas, de fechas 6 y 9 de enero de 1998, se ratifican los acuerdos de 1996 y 1997. Genaro Delgado Parker solicitó judicialmente la nulidad de los acuerdos de ratificación. Téngase en cuenta que la actual Ley General de Sociedades (LGS), Ley N.º 26887, entró en vigencia el 1 de enero de 1998, derogando a la antigua Ley General de Sociedades (ALGS), Decreto Legislativo N.º 311 del año 1985. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de

---

[78] *Ibid.*, pp. 20-21.

[79] El cual establece que «es anulable el matrimonio del que adoleciere de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges».

Justicia de la República, con Sentencia del 2 de marzo de 1999 (Cas. N.º 2481-98, Lima), precisó lo siguiente:

> Que, siendo de aplicación al presente caso la teoría de los hechos cumplidos, es necesario precisar previamente si el hecho del vencimiento del plazo de caducidad de impugnación de los acuerdos de año mil novecientos noventa y seis y noventa y siete se ha producido o no.
> Que el artículo ciento cuarenta y cuatro del Decreto Legislativo trescientos once establecía un plazo de caducidad de seis meses para impugnar el Acuerdo de la Junta General. No habiendo el recurrente impugnado dentro de ese plazo los citados acuerdos, debe entenderse que el vencimiento del plazo de caducidad para impugnar se ha cumplido. En consecuencia, habiéndose consumado los hechos bajo el imperio del citado Decreto Legislativo, no resulta de aplicación al presente caso el artículo ciento cuarenta y dos [80]de la Ley veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, Ley General de Sociedades vigente.[81]

Los vocales supremos, equivocando gruesamente la perspectiva, han resuelto en función de lo que el demandante no ha pedido: se solicitó la anulación de los acuerdos de ratificación de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de fechas 6 y 9 de enero de 1998 (época en la que sí es aplicable la LGS) y no de los acuerdos tomados en 1996 y 1997 (a los cuales se aplica la ALGS). Tampoco se puede afirmar que amparar el pedido de ratificación implica reconocer (tácitamente) la impugnación extemporánea de los acuerdos ratificados. Es derecho del accionista impugnar los acuerdos de la junta, independientemente de la naturaleza del acuerdo.

---

[80] El cual prescribe que «la impugnación a que se refiere el artículo 139 caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y, tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción».

[81] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.*, pp. 24-25.

Capítulo IV
El ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta

Como un gran abogado, esa perversa
hace blanco lo negro y viceversa.

CAMPOAMOR

1. Sobre el problema de la existencia de las lagunas del derecho y la manera de colmarlas

Si entendemos por ordenamiento normativo el conjunto de normas jurídicas (sean estas legislativas, jurisprudenciales o consuetudinarias) con el que cuenta un Estado para solucionar los conflictos de sus integrantes, surge la interrogante de si el mismo es autosuficiente para absolver la totalidad de los requerimientos por parte de sus destinatarios. En efecto, la vertiginosa evolución de las sociedades supera los ritmos de los que diseñan los modelos jurídicos apropiados para afrontar los nuevos problemas que se presentan. En atención a ello, existen divergencias respecto a la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Unos sostienen que el derecho es *omnicomprensivo*, mientras que otros afirman que se presentan lagunas. Siguiendo a un sector de la doctrina argentina,[1] las corrientes que pretenden definir este fenómeno son las siguientes:

1.1. Positivismo ingenuo o dogmático

Para el creador de la escuela histórica del derecho, el derecho positivo es un «todo jurídico»[2] que «vive en el común conocimiento del pueblo»[3] y, dentro

[1] VIGO (h.), Rodolfo. *Integración de la Ley. Artículo 16 del Código Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 19 y ss.

[2] *Ibid.*, p. 19.

de este orden de ideas, mediante la analogía, «hemos de llenar cualquier laguna que advirtamos».[4]

Definiendo esta posición, se afirma que «la ausencia de la norma jurídica frente a un caso determinado y el medio idóneo para que indefectiblemente se cubra ese vacío regulativo lo constituye la analogía, o sea, la aplicación de normas ya existentes en el derecho positivo que guardan vinculación con el hecho en cuestión».[5] Se califica esta posición como ingenua, por cuanto se pretende reducir el problema de la administración de justicia a la aplicación de la analogía, ignorando la complejidad del mismo.

El pretender justificar, como lo hace el positivismo jurídico, que el derecho se agota en las leyes es insostenible por los siguientes motivos:[6]

a) No todos los vocablos contenidos en las leyes son ni pueden ser definidos en las mismas leyes.
b) Las formulaciones de las leyes, al disciplinar relaciones sociales, si se refieren solo a aquellas concretas, no son suficientes para disciplinarlas todas, puesto que siempre surgirán nuevas relaciones.
c) Las formulaciones de las leyes que disciplinan relaciones sociales, en su alcance inicial o en el alcance que se le atribuye a través del recurso a técnicas de extensión y de integración, pueden estar en conflicto entre sí y ser incompatibles.
d) Considerando el conjunto de todas las leyes como «un discurso preceptivo continuo»,[7] resulta claro que, frente a cada caso concreto, para calificar un comportamiento o una determinada situación, no puede operar globalmente todo este «discurso preceptivo». Será necesario tomar del mismo una parte, constituida por un enunciado

---

[3] VON SAVIGNY, Friedrich. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Valparaíso: EDEVAL, 1978, p. 18. En efecto, el autor sostiene que «el derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él y, por último, perece cuando el pueblo ha pedido su carácter» (*loc. cit.*).

[4] VON SAVIGNY, Friedrich. «Los fundamentos de la ciencia jurídica». En: VON SAVIGNY, Friedrich; Julius Hermann VON KIRCHMANN; Ernst ZITELMANN; y Hermann KANTOROWICZ *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 148.

[5] VIGO, *op. cit*, p. 20.

[6] Los cuales han sido puestos en evidencia por TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, pp. 25 y ss.

[7] *Ibid.*, p. 31.

o por varios enunciados vinculados entre sí, que conformen un supuesto, según el significado que le es atribuido al caso concreto a calificar según el derecho.

En atención a estas consideraciones, se afirma que la operación de fragmentación y recomposición del discurso legislativo es una «[...] operación a la cual corresponde un factor extra-legislativo (mejor, un conjunto de factores) de producción de derecho, consistente en las decisiones, en las ideologías, en las técnicas y en las praxis mediante las cuales el intérprete descompone y recompone la ley; las ideologías, técnicas y praxis del intérprete al respecto, en los países de Europa continental, tienen un nombre —por razones históricas— que es el de «sistemática» (del intérprete)».[8]

En efecto, los intérpretes operan sobre la base de la adopción de partes del discurso legislativo y del denominado «sistema del derecho», elaboradas preventiva e independientemente por las operaciones interpretativas individualmente consideradas. Por ello, se llega a la conclusión de que «la sistemática de los intérpretes es [...] una ulterior fuente extra-legislativa del derecho».[9]

1.2. Jusnaturalismo irracional o anárquico

Esta posición surge en la denominada escuela del derecho libre, que sostiene la existencia de lagunas (llegando inclusive a afirmar que «hay tantas lagunas como palabras»[10]) y niega enfáticamente que el derecho positivo sea autosuficiente para resolver los conflictos jurídicos de la sociedad, de manera que el derecho libre (entendido como «una resurrección del derecho natural en forma modificada») es el único camino para solucionar este problema. En efecto, esta corriente parte de consideración de la «hipótesis del legislador impotente»,[11] en la cual se presenta al derecho legislativo como «indeterminado y tal de dejar margen para una «búsqueda del derecho libre».[12]

Para esta corriente, el derecho es «un cuerpo externo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como

---

[8] *Ibid.*, p. 32.

[9] *Ibid., loc. cit.*

[10] KANTOROWICZ, Hermann. «La lucha por la ciencia del derecho». En: VON SAVIGNY, *La ciencia del ...*, p. 337.

[11] TARELLO, *op. cit.*, p. 181.

[12] *Ibid.*, p. 174.

justiciables».[13] Esta escuela sostiene que es de acuerdo con el «derecho libre» que debe pronunciarse la jurisprudencia, por cuanto la meta está en llenar las lagunas y lograr la justicia.[14] Se afirma que «el derecho natural es un derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo derecho de esta índole «derecho libre« y caracterizamos, por ende, el derecho natural, enseguida y provisionalmente, como una clase especial de derecho libre».[15]

Con esta posición, se pretende que el operador jurídico administre justicia aun en contra del derecho formalmente válido. Así: «[...] si la ciencia del derecho reconoce el derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desear los afectos. En resumidas cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento».[16]

Se sostiene, con razón, que «la escuela de la libre investigación del derecho promovía la desvinculación del operador de la ley, sugiriendo que esta última es siempre insuficiente y debe ser integrada por una libre investigación del derecho por parte del operador».[17]

---

[13] KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del derecho*. Madrid: Revista de Occidente, 1964, p. 57.

[14] Se afirma que «el derecho libre constituye el *suelo* del que el derecho estatal dimana: casi todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios del derecho libre. Toda *crítica* del derecho estatal, de la cual emana su progreso, desprenderá con necesidad lógica su módulo del derecho libre [...]. Finalmente, hay que *completar* la ley por medio del derecho libre; con él hay que colmar sus lagunas» (KANTOROWICZ, «*La lucha por* ..., En: VON SAVIGNY, *La ciencia del* ..., p. 336).

[15] KANTOROWICZ, «*La lucha por* .., pp. 332-333. El autor también sostiene que «nuestro derecho libre es, por tanto, derecho natural del siglo XX» (*op. cit.*, p. 334).

[16] *Ibid.*, pp. 361-362. El autor afirma que «el lema debe ser: especialista de los hechos, no mago de las disposiciones jurídicas» (*op. cit.*, p. 368).

[17] TARELLO, *op. cit.*, p. 181.

1.3. Empirismo

Para los empíricos, no existen lagunas de derecho, por cuanto se basan en la norma jurídica de la libertad (que establece que «todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido»), a la que consideran como una norma más del ordenamiento jurídico, que puede estar prevista implícita o explícitamente (como es el caso del apartado a del art. 2.24 de la Constitución) y conjuntamente con el resto de las normas. En atención a ello, el operador jurídico solo tendría que constatar que el supuesto de hecho concreto no se encuentre regulado normativamente y, de ser así, se debe inferir que el mismo está amparado por el ordenamiento jurídico.

En efecto, se sostiene que «para que existan efectos jurídicos, hace falta una regla jurídica que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna».[18] Esta posición es falaz, debido a que «la norma de libertad constituye para el juez una mera aproximación a la regulación y para un campo restringido; lo decisivo son los principios generales del derecho»,[19] ya que «la ilicitud del derecho no siempre y en todas las ramas es expresa».[20]

1.4. Logicismo

Para esta corriente, defendida por la teoría pura del derecho, la interpretación «es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior».[21] En esta

---

[18] ZITELMANN, Ernst. «Las lagunas del derecho». En: VON SAVIGNY, *La ciencia del ...*, p. 303. El autor afirma que «aunque no se diga, pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que «son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario«, sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico y, con arreglo a esta explicación, no hay que temer una mala interpretación si afirmamos que, en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir» (*loc. cit.*).

[19] VIGO, *op. cit.*, p. 51.

[20] *Ibid., loc. cit.*

[21] KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1982, p. 163.

teoría, se percibe un escepticismo frente a la existencia de las lagunas de derecho. En efecto, se niega la existencia de lagunas lógicas, que son definidas como la situación de «imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida»;[22] de las lagunas técnicas, vale decir, la situación que se da «cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley»;[23] y de las lagunas admitidas por el legislador, frente a las cuales sostiene que «el legislador orientado por una teoría errónea»[24] las podría admitir. Las («inexistentes») lagunas son entendidas como una «ficción»,[25] que se presenta cuando el legislador no tiene «otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral».[26] En suma, para la teoría pura del derecho, el fallo de un tribunal es «un nuevo acto creador de derecho», por cuanto «no hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución».[27]

Para la teoría egológica, en la cual «el derecho es vida humana viviente y la ciencia dogmática, en consecuencia, es una ciencia de experiencia»,[28] el ordenamiento jurídico es considerado como «un todo pleno y hermético».[29] En efecto, al ser entendida la interpretación de la ley como «un acto gnoseológico de comprensión»,[30] la sentencia judicial es considerada como una «representación conceptual de un trozo de la experiencia jurídica: ella

---

[22] *Ibid.*, p. 172.

[23] *Ibid.*, p. 174.

[24] *Ibid.*, p. 176.

[25] *Ibid.*, p. 177.

[26] *Ibid.*, p. 176. El autor afirma que «es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que, si pudiera preverlos, crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas» (*loc. cit.*).

[27] *Ibid.*, p. 169. El autor asevera que «entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que, desde el punto de vista material, la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero este también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma genera» (*loc. cit.*).

[28] COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944, p. 85.

[29] *Ibid.*, p. 87.

[30] *Ibid.*, p. 90.

menciona en concreto una conducta en su deber ser».[31] Dentro de este contexto, el rol del juez ocupa una posición protagónica; así «el Juez, al resolver un caso, siempre lo resuelve con la totalidad del ordenamiento y no con una sola de las partes»:[32] el juez, «con su inmenso poder creador»[33] (a través de su labor interpretativa), es parte de ese todo hermético que es el ordenamiento jurídico.[34] Por ello, se sostiene enfáticamente que «no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces».[35]

1.5. Eclécticos

Esta posición sostiene que siempre habrá capacidad de respuesta por parte del ordenamiento jurídico a nivel lógico-formal. Sin embargo, se podrían presentar lagunas en el ámbito valorativo. En efecto, para este sector de la doctrina, una laguna de ley es tan imposible como una laguna en el ordenamiento jurídico cuando se expresa que «un conflicto de valoraciones entre el legislador y el juez lleva a este a señalar la presencia de lagunas, que el mismo legislador admite como posibles, no obstante lo cual hace prevalecer su valoración, que significa una restricción o excepción al principio lógico de que el juez debe encontrar la solución para todo, en primer lugar, en la ley, pero también fuera de la ley cuando esta no basta».[36] Y se agrega que «el juez que absuelve a un procesado, por falta de ley penal que castigue el hecho, ya ha *juzgado* y ha encontrado una solución para el caso; pero la solución "debía" ser otra y, por eso, se dice que hay una laguna desde el punto de vista valorativo».[37]

---

[31] *Ibid.*, p. 85.

[32] *Ibid.*, p. 89. Se afirma, con razón, que esta posición rechaza por artificiosa la distinción de lagunas de derecho y lagunas de la ley, porque «el orden jurídico es un todo y el todo no se constituye por la suma de las partes, sino que es previo a ellas y, en consecuencia, resultaría contradictorio suponer una cosa fuera del todo, porque en esta hipótesis el todo dejaría de serlo» (VIGO, *op. cit.*, p. 28).

[33] COSSÍO, *op. cit.*, p. 86.

[34] Por ello, se sostiene que «si las sentencias integran la creación normativa en que consiste el ordenamiento jurídico, es claro que el juez, en tanto creador de la sentencia, *está dentro*, y no fuera, del ordenamiento; y *está en* la estructura del mismo como parte de esa estructura, no como un contenido contingente estructurado por ella» (*Ibid.*, p. 47).

[35] COSSÍO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento* jurídico. Buenos Aires: Losada, 1947, 58.

[36] LEGAZ y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5ª ed. Barcelona: Bosch, 1979, p. 531.

[37] *Ibid., loc. cit.*

Otro sector de la doctrina, que también se alinea en esta posición, parte de la premisa de que existe un principio de «plenitud hermética del orden jurídico positivo formalmente válido»,[38] por el cual «para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser *definitiva* y *ejecutiva*. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social».[39] Frente a los supuestos de vacíos legislativos, el operador jurídico deberá recurrir a otras normas jurídicas, a los principios generales formulados en el ordenamiento positivo y, posteriormente, a la analogía[40] y, si llegan a aplicarse (y colmar el vacío), no se trataría de una auténtica laguna sino de «aparente deficiencia».[41] Sin embargo, se configura el supuesto de las «auténticas lagunas», en el caso en «[...] el cual no se ha podido obtener solución no solo en la ley ni en la costumbre, sino tampoco en la generalización, ni en la analogía, ni en los criterios cardinales del ordenamiento positivo, ni en las condiciones sociales que también lo integran. Y, entonces, en última instancia subsidiaria, el juez debe inspirarse en un juicio de valor, en una estimación jurídica ideal, con las limitaciones de no contradecir los criterios cardinales que rigen el ordenamiento positivo».[42]

Dentro de esta perspectiva, el problema de las lagunas de derecho (valorativas) se reduciría al diseño de los modelos pertenecientes a una determinada política legislativa, elaborada con la carga ideológica de los operadores jurídicos.

A modo de conclusión, respecto a este punto, comparto plenamente la opinión de quien sostiene que la existencia o no existencia de las lagunas de derecho depende sustancialmente de si uno se pone «desde un punto de vista estático-formal o desde un punto de vista dinámico-sustancial».[43] En efecto, si nos detenemos a observar las insuficiencias del derecho formalmente válido, sería imposible no advertir la presencia de lagunas; pero si somos conscientes de que el juez debe administrar (de todas maneras) justicia,

---

[38] RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6ª ed. México D.F.: Porrúa, 1981. p. 205.

[39] *Ibid.*,, p. 206.

[40] *Ibid.*, *loc. cit.*

[41] *Ibid.*, p. 207.

[42] *Ibid.*, *loc. cit.*

[43] CAIANI, Luigi. «Analogia, b) Teoria Generale» (voz). En: *Enciclopedia del Diritto*, t. II. Milán: Giuffrè, 1958, p. 351.

estas se colman y ya no existen más (se entiende, en el caso concreto). Sin embargo, no dejan de tener razón los eclécticos cuando sostienen que, aunque el círculo se cierre a nivel lógico-formal, no se puede negar el hecho de que, desde un punto de vista valorativo, subsisten lagunas.

2. Distinción entre lagunas normativas y lagunas de aplicación normativa

Dentro de una corriente analítica argentina se sostiene que «mientras el problema de las lagunas normativas es de índole conceptual (lógico), tanto las lagunas de conocimiento como las de reconocimiento aparecen en el ámbito de aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos)».[44] Así, se puede realizar la siguiente clasificación:

2.1. Lagunas de conocimiento

Se traducen en una falta de certeza de los hechos para poder configurar una situación o relación jurídicamente determinada, vale decir, son «los casos individuales en los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no se sabe si pertenecen o no a una clase de casos (caso genérico) determinada».[45] En este supuesto, el operador jurídico, para suplir esta laguna, utiliza un mecanismo denominado presunción, que significa admitir como válido un hecho del cual no se tiene certeza. Las presunciones pueden admitir prueba en contrario (*iuris tantum*) o no admitirla (*iuris et de iure*).[46]

---

[44] ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN. *Lagunas del derecho y análisis de los casos*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Buschi, 1971, p. 34.

[45] *Ibid., loc. cit.*

[46] Un ejemplo lo podemos encontrar en el caso del dependiente del local abierto al público (artículo 165 del Código Civil.): se presume que este tiene «poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos». La presunción de representación del dependiente en los locales abiertos al público tiene el carácter *iuris et de iure*, vale repetir, no admite prueba en contrario. No interpretar ello generaría inseguridad en las relaciones jurídicas. Así, cuando se afirma que «se trata, como puede apreciarse, de una presunción *legis* para conferir seguridad al público que acude a establecimientos comerciales que pueden ser

2.2. Lagunas de reconocimiento

Surgen de los denominados «problemas de penumbra».[47] Son «casos individuales, en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en función».[48] Se trata de problemas de semántica o ambigüedad de los conceptos generales y lo que puede solucionar esta situación es una adopción adecuada de términos técnicos.

3. La pretendida dicotomía entre interpretación e integración del derecho

Se suele decir que la analogía es un mecanismo distinto al de la interpretación jurídica, por cuanto es un mecanismo propio de la integración del derecho. En efecto, se sostiene que la analogía se desarrolla dentro del campo de la «creación»; mientras que la interpretación, en el campo de la «declaración».[49] Una distinción cuantitativa entre interpretación e integra-

---

grandes almacenes como pequeños establecimientos, la taquilla de un teatro o la ventanilla de una empresa bancaria, pues el establecimiento abierto al público puede tener por principal a una persona natural o a una persona jurídica.

Por la finalidad perseguida por la norma, y de su propio tenor, se infiere que la presunción es *iuris et de iure*» (VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 191).

Por otro lado, se sostiene que, frente a la tesis que entendería la presunción del artículo 165 del Código Civil como una *iuris tantum*, vale decir, que admite prueba en contrario, «puede argüirse que la presunción es *juris et de jure*, pues es carga del principal hacer conocer adecuadamente a los terceros las limitaciones de sus subordinados. Según este principio, acreditado que sea que el acto no es inusual en el establecimiento, la presunción opera de modo inmediato atribuyendo representación al dependiente para tales actos. Además, admitir la presunción *juris tantum* sería franquear la impugnación de cuantos actos no sean realizados de modo directo por el titular, lo que repugna a la necesidad de dotar la seguridad jurídica a las operaciones realizadas en los establecimientos que el artículo señala» (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1997, p. 209). Sin embargo, si bien esta presunción es *iuris et de iure* frente al tercero, es *iuris tantum* en la relación interna entre representante y representado

[47] Expresión usada por HART, citado por ALCHOURRON y BULYGIN, *loc. cit.*

[48] ALCHOURRON y BULYGIN, *loc. cit.*

[49] Como releva CAIANI, *op. cit.*, p. 350.

ción, fundada «en la mayor o menor amplitud de la hipótesis normativa implícita en la norma a interpretarse o a extenderse», es insuficiente.[50] Sin embargo, «una distinción cualitativa entre interpretación e integración puede ser entendida fundamentalmente en dos sentidos: o en sentido lógico o en sentido jurídico, vale decir, o con referencia a la eventual diversidad de *estructura lógica* de los dos procedimientos o con referencia a la eventual diversidad de *naturaleza jurídica* de los resultados».[51] Ello se pone de particular manifiesto cuando se pretende distinguir la analogía de la interpretación extensiva. En efecto, la doctrina tradicional[52] ha señalado lo siguiente:

a) En la interpretación extensiva, el caso está implícitamente incluido en el texto legal; en la analogía, no.
b) En la interpretación extensiva, importa la particularidad de una regla general; en la analogía, hay dos casos no iguales pero sí susceptibles de ser relacionados.
c) En la interpretación extensiva, se complementa la norma existente; la analogía cubre deficiencias del derecho positivo.

Doctrina iusfilosófica nacional afirma QUE no hay límite fijo que permita distinguir, a escala práctica, la analogía de la interpretación extensiva. Ello depende del grado de pertenencia del supuesto de hecho al dispositivo legal que, según el caso, se aplicará o integrará.[53] Por otro lado, se sostiene que «el argumento *a simili* funciona, en sede interpretativa, como vehículo de interpretación "extensiva" (al mismo nivel que el argumento *a fortiori*), mientras, en cuanto regla de producción normativa, es distinta de una "extensión"».[54] En efecto, mientras que la analogía es un tipo de interpretación-procedimiento, la interpretación extensiva es un tipo de interpretación-resultado: he ahí la verdadera diferencia.

Viendo bien las cosas, no hay dicotomía entre interpretación e integración, ni entre analogía e interpretación extensiva. En realidad, se trata de «dos momentos de la aplicación del derecho [que] forman parte,

---

[50] *Ibid.*, p. 353.

[51] *Ibid., loc. cit.*

[52] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar y Derecho de las Personas*, (concordado con el Código Civil de 1984). Lima: WG Editor, 1991, p. 83.

[53] MIRO QUESADA CANTUARIAS, Francisco. «Aplicación analógica de la ley», en *Tratado de Derecho Civil*, t. 1, Título Preliminar. Lima. Universidad de Lima, 1990, p. 232.

[54] TARELLO, *op. cit.*, pp. 351-352.

estructural y funcionalmente, de un proceso fundamentalmente unitario»[55]. Por ello: «[...] el pasaje de la interpretación puramente de reconocimiento (o, si se quiere, declarativa) de la voluntad normativa al de la interpretación en función evolutiva e integrativa del ordenamiento es un pasaje gradual y cualitativamente homogéneo y no es posible encontrar en el plano estructural un criterio seguro de distinción entre los diversos momentos en los cuales la intervención del intérprete técnicamente se realiza. En particular, no es posible establecer el punto o momento en el cual cese la interpretación, por llamarla así, natural y fundamental e inicie la integración: tanto menos hasta qué punto la intervención del intérprete pueda producirse espontáneamente y hasta qué punto se imponga, en cambio, una explícita o implícita autorización del legislador».[56]

4. Precisiones conceptuales en torno de la analogía

El itinerario seguido a través de las distintas escuelas que han afrontado el problema de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico ha permitido determinar que, frente al vacío o deficiencia legislativa, la analogía (si bien no es el único) es un medio eficaz para suplir estas insuficiencias. En esta parte de la investigación, se desarrollarán algunos alcances conceptuales de este valioso instrumento de integración normativo.

4.1. Etimología

Según doctrina española, la palabra «analogía» proviene de las raíces griegas *ana* y *logon* (según la razón) y afirman que «los historiadores del arte han observado que el concepto griego significa proporción geométrica y que el principio de la analogía presidió el desarrollo de la arquitectura occidental».[57] Se observa que «en la Edad Media, los gramáticos, los dialécticos y los teólogos atribuyeron a la palabra analogía el significado matemático de proporción, ya tenido en la filosofía griega, así como el más general y menos técnico de comparación».[58] Es recién a partir del siglo XVIII en el cual los

---

[55] CAIANI, *op. cit.*, p. 354.

[56] *Ibid., loc. cit.*

[57] PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 338.

[58] PIANO MORTARI, Vincenzo. «Analogia a)Premessa storica» En: *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Giuffrè, 1958, p. 344.

juristas europeos utilizaron la palabra analogía para indicar un procedimiento lógico de interpretación del derecho distinto de aquel fundado en la semejanza de los supuestos de hecho.[59] Anteriormente a ello, «la *analogia iuris* representó el valor unitario y racional del ordenamiento jurídico y encontró su aplicación más profunda en las obras de los iusnaturalistas, elaboradas para construir teóricamente el sistema del derecho natural».[60]

4.2. Definición

Se entiende por analogía: «[...] aquel razonamiento o procedimiento lógico que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho puede superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa (denominadas lagunas de derecho o del ordenamiento jurídico) haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un caso «similar» [...]. Ello en consecuencia de dos principios fundamentales propios de ordenamientos de tipo «continental» o cerrado, por los cuales el juez debe decidir todo caso que sea sometido a su examen (*obligación de no denegar justicia*), y tal decisión debe asumirse aplicando una norma de ley (*obligación de fidelidad del juez a la ley*)».[61]

Según acreditada doctrina española, la analogía consiste en «aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar».[62] Tres serían las características del procedimiento analógico:[63]

---

[59] *Ibid.*, *loc. cit.*

[60] *Ibid.*, *op. cit.*, 345, quien precisa que «de su significado amplio de instrumento útil para remediar las deficiencias del derecho positivo, la expresión *analogia iuris* asumió, poco a poco, el sentido que los juristas de nuestro tiempo atribuyeron al procedimiento interpretativo de la *analogia legis*; pero lo que se observa es que en el Setecientos fue expresada a través de una terminología nueva, que podremos definir moderna, la forma de un razonamiento lógico jurídico utilizado desde hace siglos por los juristas occidentales. Sería errado, en efecto, confundir la historia de los significados asumidos en el curso de los siglos por la palabra analogía con la historia del concepto que el vocablo expresa comúnmente en la ciencia jurídica de nuestros días» (*loc. cit.*).

[61] CAIANI, *op. cit.*, 349.

[62] DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 4ª ed. t. I. Madrid: Tecnos, 1982, p. 212.

[63] *Ibid.*, *loc. cit.*

i. Ninguna norma contempla de una manera directa el caso planteado.
ii. Hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso.
iii. Hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir.

Se advierte que la analogía «responde al principio de que el derecho es un sistema de fines»[64] Por ello, «si el sistema jurídico constituye un todo que obedece a determinadas finalidades fundamentales, es preciso presuponer que, habiendo identidad de razón jurídica en los casos análogos, haya también identidad de disposición o precepto jurídico».[65]

En doctrina[66] se distingue:

a) Analogía legis, que procede de comparar lógicamente lo particular con lo particular.

b) Analogía iuris, que procede primero desde lo particular a una abstracción (lo general) y luego aplica lo general obtenido a lo particular.

Una atenta doctrina iusfilosófica brasileña sostiene que «la primera es la analogía propiamente dicha; la segunda, a pesar de que muchos se han esforzado por demostrar lo contrario, es el procedimiento mediante el cual se suple una deficiencia legal con el recurso a los principios generales del derecho».[67] En efecto, aun por parte de quienes consideran como analogía tanto a la *legis* como a la *iuris*, se sostiene que «como no es posible distinguir entre analogía *legis* y analogía *iuris*, con mayor razón no es posible distinguir entre esta última, como recurso a los principios en sentido estricto, y el recurso a los denominados principios generales del derecho [...], como si se tratase de una especie de recurso de segundo grado».[68]

---

[64] REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 6ª ed. Madrid: Pirámide, 1984, p. 230.

[65] *Ibid., loc. cit.*

[66] DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 213.

[67] REALE, *op. cit.*, p. 231. En este mismo sentido, AYASTA GONZALEZ, Manuel. «Significado de la analogía en el ordenamiento jurídico» *Revista jurídica del Perú*, año XXXVII, n.º 1, enero-marzo, 1986, p. 47. El autor sostiene que «esta división tiene escaso valor práctico y aun desde el punto de vista doctrinal sus límites son inciertos». En sentido contrario, VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 256.

[68] CAIANI, *op. cit.*, p. 359. VIDAL RAMÍREZ distingue los principios

4.3. Teorías respecto a si es procedente (o no) la aplicación de la analogía en el Derecho

4.3.1. Ingenua o exclusivista

Se sostiene que «toda la aplicación de la analogía se basa en el supuesto de la consecuencia interna del derecho; sólo que esta no es siempre meramente una consecuencia lógica como la relación entre fundamento y conclusión, sino que es a la vez una consecuencia orgánica que resulta de la visión global de la naturaleza práctica de las relaciones jurídicas y de sus modelos».[69] Se critica fuertemente esta posición, afirmando que se le da tal importancia a la analogía que se la considera como el instrumento exclusivo que asegura la plenitud del ordenamiento jurídico y colma sus lagunas. Se dice que, de este modo, la analogía se hace sinónimo de integración del derecho.[70]

4.3.2. Negativistas

Cierta doctrina ha sostenido que «la interpretación como método lógico está afectada por las taras hereditarias de un estado mental anterior al nuestro»[71] y, en este sentido, ha afirmado que «la analogía es la más genuina expresión del viejo concepto interpretativo; su interés supera al del gramaticalismo y la labor de desenmascararla hasta dejar al descubierto su antediluviana armazón mental requiere mayor esfuerzo».[72] Se sostiene que el empleo de la analogía en el derecho llega a quebrantar el principio de

---

generales del derecho de la analogía *iuris*, «pues esta se sirve de uno o más principios informantes de un conjunto normativo o de una institución jurídica, mas no de los principios que, por su generalidad, vienen a ser los informantes de todo el ordenamiento jurídico y hasta del sistema jurídico al que corresponde dicho ordenamiento» (*loc. cit.*).

[69] SAVIGNY, «*Los fundamentos de ...*, p. 149.

[70] VIGO, *op. cit.*, p. 178.

[71] DUALDE, Joaquín. *Una revolución en la lógica del derecho (concepto de la interpretación en el derecho privado)*. Barcelona: Bosch, 1933, p. 396.

[72] *Ibid.*, p. 75. El autor exageradamente sostiene que la analogía «es un procedimiento prelógico. No pertenece a nuestra economía mental; solo encaja en los métodos discursivos salvajes y es, por lo tanto, un elemento residual, cuya fuerza estriba en ser toda una onda histórica mantenida por la tradición y la herencia psicológica. El jurisconsulto siente que el imperio de la analogía está fortalecido por el instinto, pero no repara en su filiación selvática» (*op. cit.*, p. 76).

contradicción, por cuanto «un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual se la aplica para que produzca un efecto que de ella no puede ser causa, lo cual contraría (además) el principio de causalidad».[73]

La analogía es un tipo de argumentación jurídica («el más típico y el más importante»[74]) que permite al operador jurídico colmar las insuficiencias legislativas y, de este modo, permite que este cumpla con su obligación de administración de justicia. Sin embargo, no es el único medio para lograrlo: como veremos más adelante, existen, al menos, otras catorce formas de argumentación que cumplen el mismo objetivo. Por otro lado, negar la posibilidad de utilización de la analogía implica sostener el (inexistente) paradigma del legislador autosuficiente, modelo que resulta insostenible, por cuanto es imposible que este haya previsto todo tipo de situaciones en una sociedad que se encuentra en constante evolución y en la cual los requerimientos jurídicos de sus integrantes son de lo más variados.

4.4 Teorías respecto al fundamento de la aplicación de la analogía en el Derecho

Se observa, con razón, que «con referencia al denominado "fundamento" de la analogía, en doctrina, se habla casi siempre sin la necesaria distinción y con la consiguiente confusión y superposición de perspectivas, de tres diversos problemas, que son: 1) el problema del fundamento "jurídico"; 2) el problema del fundamento «político"; 3) el problema del fundamento "lógico" de la analogía».[75] Pasaré a explicar cada uno de los mismos:

4.4.1 Fundamento jurídico

La teoría egológica distingue la analogía lógica de la jurídica, sosteniendo que: «[...] la analogía jurídica no radica en la identidad de la

---

[73] *Ibid., loc. cit.* El autor opina que «es curioso que, ante la laguna legal que levanta el problema, el alma prelógica opone su impermeabilidad y acaba por declarar que el vacío no existe. A esas tesis contradictorias opongo estas dos tautologías: a) cuando en la ley no existe un precepto, debe declararse que no existe; b) cuando en la ley no está prevista la solución de un problema, debe acudirse a otra fuente de derecho que lo resuelva y no a la ley donde no está resuelto« (*loc. cit.*).

[74] Como sostiene BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992, p. 234.

[75] CAIANI, *op. cit.*, p. 361.

razón y la afinidad de hecho de los términos correlacionados, ni del asenso de lo singular a su género para luego descender de este a otro singular; todo esto es analogía lógica. La analogía jurídica establece la *justicia* de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad, lo que, sin duda, es un juicio de valor sobre el proceder de la razón cuando la referencia normativa incide sobre este proceder. Y este juicio de valor es lo que da sentido jurídico a la analogía lógica involucrada en una norma. Se habla, pues, de analogía jurídica cada vez que está como fundamento este juicio de valor. Así, la analogía jurídica solo es una estimación de la analogía lógica o, acaso, del raciocinio en general».[76]

En esta dirección, se llega a la conclusión de que toda analogía jurídica es una analogía lógica, pero no viceversa.

4.4.2. Fundamento político

Por este fundamento, la aplicación de la analogía se centra en una serie diversa de justificaciones que se dan «con relación a las diversas perspectivas político-ideológicas que están implícitas, sea en los ordenamientos jurídicos que contemplan el recurso a la analogía, sea en la perspectiva de los intérpretes y teóricos del derecho que busquen en tal modo de justificarla».[77]

4.4.3. Fundamento lógico

Bajo esta perspectiva, se define a la analogía como «un silogismo en el que la proposición menor expresa una relación de semejanza antes que de identidad».[78] La fórmula de este razonamiento se grafica de la siguiente manera:[79]

M	es	P
S	es	similar a M
S	es	P

Para esta posición, no existe más analogía que la lógica y esta es la que se aplica en el derecho. Así: «[...] lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista, no una semejanza cualquiera, sino una *semejanza relevante*, es

---

[76] COSSÍO, *op. cit.*, pp. 221-222.
[77] CAIANI, *loc. cit.*
[78] BOBBIO, *op. cit.*, pp. 234-235.
[79] *Ibid.*, p. 234.

decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra».[80]

En posición crítica, se sostiene que la analogía no se puede basar en un principio lógico «desde el cual se pueden recabar deductivamente las consecuencias, sino que se trata de un criterio de valoración, fruto de una particular inclinación, si se puede decir, de la voluntad legislativa, que como tal sirve de fundamento a la norma».[81]

En mi opinión, la argumentación jurídica basada en la analogía (denominada, también, argumento *a simili*), si bien tiene una estructura lógica, no deja de tener como fundamento un valor jurídico. Prueba de ello la tenemos en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que establece categóricamente que no se debe aplicar la analogía en el supuesto de «la ley que establece excepciones o restringe derechos». En efecto, si la analogía que aplicamos en el derecho fuera solamente lógica, incluso en los supuestos mencionados, la aplicaríamos. Ello nos lleva inevitablemente a la conclusión de que hay supuestos en el derecho en los cuales se debe aplicar la analogía, así como supuestos en los cuales no se debe aplicar. En sentido estricto, el fundamento de la analogía en el derecho es jurídico. Sin embargo, no se debe perder de vista que, de acuerdo con determinada política del derecho, se va diseñando el alcance de su aplicación (o de su no aplicación).

4.5. Límites a la aplicación de la analogía

Respecto a la limitación de la aplicación analógica, es decir, en el caso que la ley establece excepciones o restrinja derechos, una atenta doctrina española observa que, si bien «se ha dicho que la razón de ser de esta limitación radica en la seguridad jurídica y en el principio de legalidad», en su opinión, el verdadero fundamento «radicaría en llevar hasta sus últimos efectos el espíritu y finalidad de la propia ley o, si se quiere, del legislador».[82] En este

---

[80] *Ibid.*, p. 235.

[81] CAIANI, *op. cit.*, p. 364. El autor agrega que «el razonamiento por analogía en el derecho no es un razonamiento de «certeza», sino un razonamiento, queriendo aceptar la terminología tradicional, de probabilidad, que sería mejor decir un razonamiento históricamente condicionado, mejor aún, un razonamiento constituido, aparte de juicios lógicos y de hecho, también de juicios de valor» (*loc. cit.*).

[82] GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I* (Parte General). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1979, p. 201.

tipo de normas, «no se trata, como requiere la analogía, de que el legislador debiera haber regulado el supuesto no previsto en ellas, sino que su intención es precisamente que aquellos supuestos no previstos por la norma excepcional se regulen por la norma general».[83]

Dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que: «[...] la verdad es que también la misma negación de la validez jurídica, o sea del valor vinculante de la prohibición de la analogía, no es más que uno de tantos argumentos de naturaleza sustancialmente política y no jurídica avanzado con el fin de afirmar una determinada solución del problema y, más precisamente, el principio dinámico de la renovación del derecho y de la justicia como equidad, incluso en aquellos campos donde, por particulares motivos y exigencias, el principio de la conservación y de la justicia como certeza son reclamados por la mayor parte de los ordenamientos».[84]

Respecto al concepto de las normas excepcionales, se sostiene que es «un concepto extremadamente vago y genérico y, sobre todo, un concepto relativo e históricamente condicionado, que depende de la misma relatividad del concepto de norma común o normal, respecto a la cual la norma excepcional constituye, justamente, la excepción», vale decir, se aparta de la misma. Sin embargo, se define a este tipo de normas como aquellas «caracterizadas por una condición intrínseca de limitación lógico-estructural, y que, fuera de esta hipótesis límite, toda norma o grupo de normas puede ser asimilada a uno o más principios y, por tanto, considerarse comunes o normales».[85]

Se perfila, en cierto sector de la doctrina, la posibilidad de la aplicación de la analogía, incluso en el caso de las normas excepcionales. En efecto, se ha llegado a sostener 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».[86] Lo que pierde de vista esta

---

[83] *Ibid.*, *loc. cit.*

[84] CAIANI, *op. cit.*, p. 367. El autor afirma que «es lícito, por tanto, concluir que desde un punto de vista estrictamente jurídico (mejor, lógico-jurídico) no existe ningún motivo real de incompatibilidad para la prohibición de la analogía» (*loc. cit.*).

[85] *Ibid.*, p. 376.

[86] PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 24. El autor da cuenta de esta posición (sin asumirla), de la cual es representante BATLLE VÁZQUEZ, y sostiene que hay que distinguir el derecho especial del derecho singular. Entre nosotros se sostiene que, no obstante esta posición «es conceptualmente sugerente, no resulta aplicable

doctrina es que, si este conjunto de normas excepcionales llega a ser un «todo orgánico», con sus propios fundamentos y principios, deja de ser de carácter excepcional y pasa a ser especial y, como sostiene un acreditado sector de la doctrina italiana, en este último caso es perfectamente posible la aplicación de la analogía.[87] Por ello, comparto plenamente la idea de que «calificar una norma regular o excepcional no es un juicio absoluto [...]. La distinción de las normas en regulares y excepcionales es histórica, en constante resurgimiento y en continua evolución en la dinámica del ordenamiento».[88]

Ejemplo de ello lo tenemos en materia de cláusulas generales de contratación y en el supuesto de responsabilidad civil con ocasión de las funciones. En efecto, se plantea como un problema el carácter de la relación de cláusulas vejatorias contenida en el artículo 1398[89], vale decir, si se trata de una disposición *numerus apertus* o *numerus clausus*. Sobre el particular, se sostiene que al tratarse el artículo 1398 del Código Civil de una excepción del artículo 1354 del Código Civil, [90] que se refiere a la libertad de determinar el contenido del contrato, nos encontramos frente a una norma de excepción, que, en virtud de lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar Código Civil, no podría aplicarse analógicamente. Sin embargo, cabría la interpretación extensiva de la misma.[91] Ya en otra sede sostuve que «cabría

---

entre nosotros con la norma establecida [se refiere al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil]» (RUBIO CORREA, Marcial. «Título Preliminar». En: *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 88).

[87] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1991, p 101.

[88] *Ibid.*, *loc. cit.* En efecto, se sostiene, con razón, que «se podría observar cómo toda la historia jurídica no es más que la historia de excepciones que se transforman en reglas, de novedades que se transforman en normalidades» (CAIANI, *op. cit.*, p. 370).

[89] Artículo 1398: «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato».

[90] Artículo 1354: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

[91] En este sentido, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. III, Primera Parte [Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XI]. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*, vol. XI, Primera Parte, t. III, 3ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia

cuestionar [...] cuál sería verdaderamente la situación general y cuál la situación particular: ¿la contratación masiva o aquella en la cual negocian en igualdad de condiciones las partes?».[92] Desde mi punto de vista, en la actualidad, no puede sostenerse que la regla es que las partes acuerden el contenido de la relación contractual: el fenómeno de la contratación en masa nos revela que este tipo contractual es el que más se presenta en la vida diaria. Por consiguiente, la relación (en este caso) regla general-excepción, que existió en algún momento histórico, ha cambiado totalmente.

Respecto a la responsabilidad civil con ocasión de las funciones, se sostiene que: «la regla general en materia de responsabilidad civil es que, sobre la base del principio del "*naeminen laedere*", quien realiza un daño está obligado a indemnizarlo. En el artículo 1981 del Código Civil se regula una excepción a esta regla: la de la responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes».[93] Por ello, se afirma «que la actual redacción del artículo 1981 admite, respecto de la vinculación entra las tareas y el hecho del dependiente, solo una interpretación restrictiva; de tal manera que el principal solamente está obligado a reparar el daño causado por su dependiente en "ejercicio de la función" o del encargo, no así el que realice "abusando de la función" o "con ocasión de la función"».[94]

También, en otra sede, sostuve que: «[...] mueve a comentario la pretendida relación entre el principio del *neminen laedere* (regla general) y el modelo jurídico de responsabilidad por el hecho del (órgano, representante o) dependiente (excepción). Si entendemos a la teoría de la culpa como el principio de la responsabilidad civil y a la responsabilidad objetiva como excepción a este principio, el razonamiento es impecable. Sin embargo, como precisé anteriormente «no hay primacía de un tipo de responsabilidad sobre otro, ni relación *regla general-excepción*, sino la aplicación del modelo jurídico (cada uno con sus propios principios y características) adecuado al caso concreto». Es por ello que no podemos considerar al artículo 1969

Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 210-212. El autor propone como ejemplo el caso de que en una cláusula general se aumentase la responsabilidad de la contraparte por inejecución de sus obligaciones. En este mismo sentido, CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». *Ius et Veritas*, n.º 13, 1996, p. 24.

[92] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente». *Thémis*, segunda época, n.º 38, 1998, p. 145.

[93] MARTÍNEZ COCO, Elvira. «La responsabilidad por el hecho de los dependientes». *Diálogo con la jurisprudencia*, año III, n.º 4, 1997, p. 117.

[94] *Ibid.*, pp. 128-129.

del Código Civil (que regula, bajo el criterio subjetivo, la obligación de resarcir por los daños causados) como una regla general frente al artículo 1981 del Código Civil: nos encontramos frente a dos supuestos de hecho distintos y, cada uno, con sus propias reglas. El hecho que la jurisprudencia, paulatinamente, vaya reconociendo la responsabilidad de las personas jurídicas «con ocasión» de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes (aunque, a decir verdad, sin un sólido fundamento) nos muestra que las exigencias de justicia de los operadores jurídicos hacen ver más allá de la (restrictiva) interpretación gramatical del artículo 1981 del Código Civil».[95]

4.6. La interpretación analógica y la analogía *in bonan partem* en el Derecho Penal

Nos encontramos frente a la interpretación analógica «cuando una norma autoriza expresamente al intérprete para que también la aplique a supuestos semejantes, análogos a los que ella misma deja establecidos».[96] Doctrina nacional ha expresado que «la interpretación analógica no entraña creación de un nuevo precepto, sino deducir uno de análoga existencia en la ley y previamente autorizado por el contexto de la norma penal».[97]

La Constitución, en su artículo 139.9, reconoce como principio de la función jurisdiccional, «el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos». Una interpretación excesivamente gramatical haría entender que, en el caso de la ley penal, no cabría aplicar ningún tipo de analogía. Sin embargo, esta afirmación no es exacta. Por ejemplo, el artículo 170 del Código Penal establece lo siguiente:

> «El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con

[95] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en la jurisprudencia peruana». *Diálogo con la jurisprudencia*, año 6, n.º 19, abril 2000, p. 131.

[96] PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 341.

[97] BRAMONT-ARIAS, Luis. *Derecho Penal. Parte* General, Lima: s/e, 1972, p. 156. En este mismo sentido, PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, t. I. Lima: Grijley, 1995, p. 202; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Ángel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Santa Rosa, 2000, p. 64. El autor sostiene que «en la interpretación analógica no se crea un nuevo supuesto, sino que se extiende el supuesto dado cuando lo permite la ley».

> pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años» (el subrayado es mío).

En este dispositivo, se está facultando expresamente al operador jurídico para que aplique la analogía respecto a este concreto supuesto de hecho:[98] este es un caso de la denominada interpretación analógica (distinta de la aplicación analógica).

Un sector de la doctrina iusfilosófica brasileña clasifica a las sanciones, entendidas como «las formas de garantía del cumplimiento de las reglas»,[99] de dos maneras: la sanción puede ser *premial*, cuando otorga un beneficio (exención o disminución impositiva tributaria); o *penal* (de tipo intimidatorio).[100] Dentro de este orden de ideas, se llegaría a la conclusión de que la prohibición de aplicar la analogía sería en el caso de las normas que contengan una sanción penal mas no premial. Sin embargo, en materia penal, se debe distinguir las normas penales *odiosae* de aquellas normas penales consideradas *favorabiles*.[101] En efecto, se discute si cabe la aplicación de la analogía respecto a normas penales eximentes, o sea, a aquellas normas «que tienen la función de declarar "no punible" la realización de un hecho delictivo cuando concurran determinadas circunstancias. Vale decir, normas que prevén causas de exclusión de la imputabilidad penal, normas que prevén causas de exclusión del delito y normas que prevén causas de exclusión de la punibilidad en sentido estricto».[102] De esta manera, solo cabría la prohibición de la aplicación de la analogía en el caso de las normas penales incriminatorias o normas penales en sentido estricto, denominadas *odiosae* o *in malam partem*. Estas, «en cuanto configuran supuestos criminales, o sea, prevén delitos y penas, sea en forma típica o sea en forma agravada»,[103] sancionan acciones lesivas de valores y exigencias jurídico-políticos.

En el Derecho Penal, es casi[104] unánimemente admitida la aplicación analógica *in bonam parten*, vale decir, cuando su aplicación resulte

---

[98] Este esquema se repite en los artículos 171 (violación planificada), 172 (violación con persona en incapacidad de resistencia) y 173 (violación de menor) del Código Penal, entre otros.

[99] REALE, *op. cit.*, p. 105.

[100] *Ibid.*, p. 106.

[101] CAIANI, *op. cit.*, pp 364-365.

[102] *Ibid.*, p. 371.

[103] *Ibid.*, *loc. cit.*

[104] Como pareciera desprenderse (en sentido contrario) de la enfática afirmación de Carlos FONTAN BALESTRA cuando sostiene que «nosotros pensamos

beneficiosa al sujeto.[105] Esta es la interpretación que se infiere del artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que a la letra dice: «No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde».

Un ejemplo de analogía *in bonam partem* lo encontramos en la aplicación del art. 87 del Código Penal[106]a los supuestos de semi-libertad y liberación condicional, según la cual «la prescripción de la pena discurrirá desde el día de la respectiva revocación»[107].

[...] que la ley penal debe contener en tipos claramente acuñados las acciones punibles para evitar que ninguno de los «multiformes fenómenos de la vida» sea inadvertidamente atrapado por la pena» (*Tratado de Derecho Penal*, t. I. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 261). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el citado autor identifica norma penal con norma que contiene «la descripción de las acciones delictuosas, de las *únicas conductas incriminadas*» (*op. cit.*, p. 260).

[105] Así, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Antonio ROMA VALDÉS. *Derecho Penal* (Parte1 general). Barcelona: Bosch, 1999, p. 25; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 92; y MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 319; entre otros. En el ámbito nacional, Javier VILLA STEIN afirma que «la interpretación amplia no debe caer en la analogía y de darse solo cabría a favor del procesado» (*Derecho Penal. Parte General*. Lima: San Marcos, 1998, p. 140). Particular atención merece la posición de José María RODRÍGUEZ DEVESA y Alfonso SERRANO GÓMEZ, quienes afirman que «la clasificación de analogía *in bonam partem* (a favor del reo) y analogía *in malam partem* (en perjuicio del reo) debe ser sustituida por la de analogía permitida y prohibida, única que tiene trascendencia para nosotros. Está *permitida* toda analogía que no fundamente delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad. *Prohibida*, por el contrario, la analogía que conduzca a resultados en oposición al principio de legalidad» (*Derecho Penal español*. [Parte General]. 17ª ed. Madrid: Dykinson, 1994, pp. 254-255).

[106] El cual establece que: «se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso.

Una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo, si hay lugar a ello, como si antes no se hubiese iniciado.

En los casos de revocación de condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.

Sin embargo, la pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal».

[107] Como propone ROY FREYRE, Luis E., *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, segunda edición Grijley, Lima, 1998, 134.

4.7. Alcances del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil

Un autorizado sector de la doctrina nacional ha entendido que, en el caso de las normas que establecen excepciones y restringen derecho, no solo no se aplica la analogía sino tampoco la interpretación extensiva.[108] Una atenta doctrina nacional ha observado que, a propósito de este artículo, se debe tener en cuenta lo siguiente:[109]

i. «Cuando el artículo habla de "ley" no debe entenderse solo 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, valé decir, la ley en sentido material».[110]

ii. «La tradición doctrinal ha establecido los límites de la analogía en tres supuestos: normas excepcionales, normas que restringen derechos y las que contienen sanciones. Estas últimas no están expresamente señaladas en el artículo 4, 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».[111]

Me permito discrepar de esta última observación, por cuanto la sanción es un término polisémico. Como ya se advirtió, existen tanto sanciones penales como premiales y no se ve inconveniente alguno para que se aplique la analogía en las sanciones premiales. Incluso dentro de las sanciones (entendidas como aquellas que restringen derechos, que no necesariamente coinciden con las sanciones del derecho penal) también están las que se encuentran en el área del Derecho civil. Un ejemplo de ello es el caso de todas las sanciones frente a supuestos de responsabilidad civil, área en la que rige el principio (al menos en la denominada responsabilidad civil extra-contractual) de atipicidad del ilícito, en contraposición exacta del

---

[108] LEÓN BARANDIARÁN, José. «Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil*, t. IV, Exposición de motivos y comentarios, compilada por Delia REVOREDO DE DEBAKEY. Lima: Studium, 1985.

[109] RUBIO CORREA, *op. cit.*, p. 87.

[110] *Ibid., loc. cit.*

[111] *Ibid., loc. cit.*

ilícito penal, que está regido por el principio opuesto (tipicidad).[112] No se olvide que estas normas, si bien imponen una sanción al agresor, son de carácter satisfactorio para la víctima. En atención a ello, creo que no debería incorporarse este supuesto (de inaplicabilidad de la analogía en caso de normas que imponen sanciones) y, de hacerse, debería de entenderse que solo se refiere a las normas penales *odiosae* o *in malam partem*.

5. La analogía y otros tipos de argumentación jurídica

Autorizada doctrina iusfilosófica italiana ha clasificado los siguientes tipos de argumentación, también denominados «esquemas persuasivos generales»:[113]

5.1. Argumento a contrario (*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*)

Este es un argumento por el cual «habiendo una norma determinada que predica una calificación normativa dada (por ejemplo: un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos se debe excluir, a falta de una norma expresa, que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos».[114] Este argumento sirve para motivar interpretaciones de corte literal o restrictivo y se remonta al siglo IV d. de C.[115]

Se observa que: «en particular, con relación a enunciados formulados en términos de atribuciones de libertad, derechos, poderes, el argumento *a contrario* lleva a restringir el área de las libertades, de los derechos y de las capacidades (extendiendo, en sentido opuesto, el área de los deberes, de las obligaciones, de las incapacidades); mientras que, en relación a enunciados formulados en términos de atribución de deberes y de obligaciones o de

---

[112] ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*. Bolonia: Il Mulino, 1991, p. 16. Ahora en español, como *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 27.

[113] TARELLO, *op. cit.*, p. 345.

[114] *Ibid.*, p. 346.

[115] *Ibid.*, p. 347.

calificaciones de incapacidad, el argumento *a contrario* lleva a restringir el área de las libertades, de los derechos, de los poderes)».[116]

He de precisar que el argumento *a contrario* ha sido entendido, históricamente, de diversas maneras. Inicialmente, bajo la influencia de un gramaticalismo desprovisto de todo tipo de lógica, se llegó a resultados insostenibles, como, por ejemplo, el derivado de la lectura del artículo 102 del Código de Napoleón, que dice: «El domicilio de todo francés es el lugar [...]», «se dedujo, por argumento a contrario, que los extranjeros carecían de domicilio».[117] Sin embargo, en la actualidad, se hace un uso lógico de este argumento, no obstante la advertencia de cierta doctrina nacional, que sostiene que se suele encontrar una utilización *pop* del mismo, vale decir que se limita a «voltear la expresión» contenida en el texto legal.[118] Se debe tener en cuenta que «el argumento *a contrario* es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria».[119] En efecto: «[...] los *argumenta a contrario* solo son lógicamente lícitos cuando es de aplicación el principio del *tertio* excluido. Esto quiere decir que su uso conduce a resultados necesariamente ciertos en todos los casos de proposiciones contradictorias. También son válidos si se trata de proposiciones contrarias, siempre que se apliquen a una de ellas —de carácter general— para llegar a la otra que tiene necesariamente carácter general. En cambio, el razonamiento *contrario sensu* es sofístico cuando se aplica a proposiciones subcontrarias, es decir, cuando de una proposición particular se intenta llegar por la vía negativa a otra proposición particular: de lo particular no se puede nunca deducir *a contrario* nada, ya que, no habiendo generalidad, los terceros no quedan excluidos».[120]

---

[116] *Ibid.*, p. 349.

[117] RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil,* (Parte General, I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 169.

[118] Así, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El Derecho Civil y la lógica: los argumenta a contrario» *Thémis*, segunda época, n.° 12, 1988, p. 66. El autor afirma que esta utilización se presenta «carente de rigor lógico y muchas veces encubriendo una falacia de razonamiento que puede llevarnos por caminos equivocados» (*loc. cit.*). Para este autor, el argumento *a contrario* es «un procedimiento discursivo conforme al cual la existencia de una norma o de una estipulación contractual en un determinado sentido excluye todos los sentidos contrarios. De esta forma, podemos concluir que, si la norma establece que los peruanos tienen el derecho y la obligación de votar en las elecciones nacionales, los extranjeros (los «no peruanos») carecen de tal derecho y no están sometidos a tal obligación» (*loc. cit.*).

[119] *Ibid., loc. cit.*

[120] *Ibid.*, p. 71.

Como ejemplo, podemos citar al art. 30 de la Constitución, que establece que «son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años». A contrario, no son ciudadanos (peruanos) los extranjeros, ni los peruanos menores de dieciocho años. Argumento *a contrario* (en sentido pop) sería interpretar que, de la lectura del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, cabe aplicar la analogía para las leyes ordinarias; así como interpretar que, de la lectura del inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil existe la obligación de resarcir los daños causados por el ejercicio irregular de un derecho.

5.2. Argumento *a simili* o analógico (*lex minus dixit quam voluit*)

Este es un argumento por el cual: «[...] existiendo una norma que predica una calificación normativa determinada (por ejemplo, un poder, una obligación, un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos, que tenga con el primer sujeto o con la primera clase de sujetos una semejanza o «analogía» asumida como relevante en orden a la identidad de disciplina jurídica».[121]

Argumento *a simili* sería interpretar que también cabría aplicar «el prudente arbitrio del juez» (que según el artículo 585 del Código Civil se utiliza para apreciar la mala gestión) también en el caso de la prodigalidad (regulada en el artículo 584 del Código Civil), la misma que —aparentemente— solo estaría delimitada por criterios cuantitativos, es decir, la dilapidación de bienes que excedan la porción disponible).[122]

5.3. Argumento *a fortiori*

El argumento *a fortiori* es el argumento por el cual: «[...] existiendo una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación jurídica de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que sea válida, que exista) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentren en una situación tal de

---

[121] TARELLO, *op. cit.*, p. 351.

[122] Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La capacidad de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Grijley, 1998, p. 117.

merecer, *con mayor razón* que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada otorga al primer sujeto o clase de sujetos».[123]

Como argumento interpretativo, el argumento *a fortiori* permite motivar o fundar la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo y debe ser distinguido del argumento analógico.[124] A propósito de ello, se afirma que «justo porque se funda sobre el "mérito" y no sobre la "semejanza", no se puede decir que el argumento *a fortiori* produzca resultados diversos según se aplique a enunciados formulados en términos de calificaciones de ventaja o de desventaja».[125] Los esquemas que se presentan en el argumento *a fortiori* son los siguientes:[126]

i) El argumento *a minori ad maius*, que se aplica a las calificaciones de desventaja, como, por ejemplo, las prohibiciones.

ii) El argumento *a maiori ad minus*, que se aplica a las calificaciones de ventaja, como, por ejemplo, los derechos.

Es un argumento *a fortiori* (del tipo *a maiori ad maius* permisivo) aquel que interpreta que si bien, según los alcances del artículo 1457 c.c., se puede realizar un contrato a favor de tercera persona, *a fortiori,* se puede celebrar un contrato a favor de un concebido, que es un sujeto de derecho privilegiado. En cambio, es un argumento *a fortiori* (del tipo *a minori ad maius* prohibitivo), el caso tan utilizado en doctrina en el que hay un aviso que prohíbe que entren perros en un local abierto al público y una persona desea entrar con ...un tigre de bengala: *a fortiori,* tampoco estos animales podrán ingresar

El argumento *a fortiori* (del tipo a *maiori ad minus*) se traduce en la expresión «quien puede lo más, puede lo menos». Así, a propósito de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N.º 202-2001-SUNARP/SN, del 31.07.01, se ha acogido el principio de prórroga del mandato, que opera a manera de presunción, sólo a efectos de la convocatoria para la elección del nuevo consejo directivo. La Resolución del Tribunal Registral N.º 351-2001-ORLC/TR, del 14.08.01, aplicando el argumento *a fortiori* ha precisado que:

---

[123] TARELLO, *op. cit.*, p. 355.

[124] *Ibid., loc. cit.* El autor afirma que «el argumento *a fortiori* no se funda sobre la semejanza, sino sobre la *razón* o *ratio* de la norma o del enunciado normativo (según el punto de vista que se asuma). No es necesario que la conducta a la cual se extiende el significado de enunciado sea "semejante" o "análoga" a aquella a la cual, sin lugar a dudas, el enunciado ya se refería, basta que la primera *merezca* "a mayor razón" la calificación normativa reservada a la segunda» (*loc. cit.*).

[125] *Ibid.*, pp. 355-356.

[126] *Ibid.*, p. 356.

> «si el presidente de la última junta directiva inscrita se encuentra legitimado para convocar a asamblea general, debe entenderse necesariamente que se encuentra también legitimado para determinar quiénes se debe convocar, esto es, quiénes son los asociados».

5.4. Argumento de la completitud de la disciplina jurídica

Este argumento puede ser definido como aquel «por el cual, no pudiéndose ubicar una norma que, para un comportamiento dado o para un sujeto, adscriba una calificación normativa a dicho comportamiento, se debe concluir que, no obstante ello, valga (que sea válida, que exista) una norma que adscribe al comportamiento no regulado una calificación normativa determinada».[127] Sin embargo, se ha observado que este argumento, a pesar de su notable eficacia persuasiva es, por otro lado, un argumento de carácter subsidiario.[128]

Cuando no se encuentra un dispositivo legal expreso y las demás normas jurídicas no dan una respuesta concreta frente a un caso concreto, el operador jurídico debe cumplir con su obligación de administrar justicia. Como ejemplo se puede proponer el caso del denominado *vientre de alquiler*, en el cual una pareja contrata a una mujer para que se le implante un embrión (procreado con los gametos de dicha pareja) y lo geste durante los nueve meses propios de su crecimiento para que, una vez que lo dé a luz, se lo entregue a la pareja. ¿Qué pasaría si ella no lo entrega? No pretendo poner en discusión la validez del contrato, por cuanto este sería nulo por contravenir el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil) sino la maternidad de la criatura. Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma expresa que solucione este conflicto:[129] el juez, basándose en el argumento de la completitud de la

---

[127] *Ibid.*, p. 358.

[128] *Ibid.*, p. 357.

[129] El artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley N.° 26842, del 20 de julio de 1997, solo establece que: «Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos».

disciplina jurídica, deberá fallar quizá apoyándose, como en este caso, en la legislación comparada, como la española, que establece que el parto determina la maternidad.

Debe tenerse en cuenta que, sin embargo, el argumento de la completitud de la disciplina jurídica puede resultar peligroso, por cuanto el operador jurídico, al encontrarse frente una insuficiencia normativa, podría optar por distintos criterios basándose en su propia carga ideológica, hecho que haría que nos encontremos frente a un sistema jurídico impredecible o frente a una suerte de «lotería forense».[130] Creo conveniente que este argumento sea reforzado otros que le den más solidez, consistencia y predictibilidad, como, en el ejemplo citado, en el que, además, se ha utilizado el argumento comparativo, que es un tipo del argumento *autoritativo*.

5.5. Argumento de la coherencia de la disciplina jurídica

Este argumento es aquel «por el cual, en presencia de dos normas que respectivamente predican dos calificaciones normativas incompatibles, se debe concluir que, al menos, una de las dos normas no valga (no sea válida, no exista) en vía general o no sea aplicable en el caso particular».[131]

Como argumento interpretativo, el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica permite motivar o fundar la propuesta de una interpretación correctiva de un enunciado normativo. Un ejemplo lo podemos encontrar en la aparente contradicción de los artículos 458 y 1975 del Código Civil. En el primero, se establece que el menor con discernimiento es responsable civilmente si ocasiona daños; mientras que el artículo 1975 del Código Civil prescribe que existe responsabilidad solidaria entre representante y el incapaz con discernimiento por los daños que este último cause. Una interpretación correctiva, basada en el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica, permite entender que, incluso en el caso del menor (quien no deja de ser un incapaz) con discernimiento, también será responsable solidario su representante.

---

[130] Expresión usada por ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 589.

[131] TARELLO, *op. cit.*, p. 361.

5.6. Argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto)

Este argumento es aquel por el cual «a todo enunciado normativo debe ser atribuido el significado que corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, es decir, del legislador en concreto, del legislador histórico».[132] Este argumento es fuertemente criticado por las siguientes consideraciones:

i. Está condicionado por la adhesión a la ideología de la fidelidad a la ley por parte del juez.[133]
ii. Por su propia naturaleza, es más eficaz en el tiempo en el cual el enunciado es emitido,[134] no así cuando hay una gran distancia de tiempo entre la aplicación del enunciado y la manifestación de la *mens legis*.
iii. Este argumento puede ser utilizado con éxito solo si la voluntad normativa del autor del documento subsiste efectivamente.[135]
iv. Privilegiar el argumento psicológico promueve la inmovilidad de la aplicación normativa.[136]

Por todos estos motivos, se sostiene que ese argumento «es hoy, en nuestra cultura, utilizado menos de cuanto haya sido usado en el pasado y prevalentemente en la legislación especial».[137]

Un ejemplo del argumento psicológico lo encontramos en la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido, regulado en el artículo 1 del Código Civil. En efecto, el autor de la propuesta legislativa, en su exposición de motivos, sostiene que dicha atribución está sometida a condición resolutoria,[138] cuando, en realidad, haciendo una interpretación lógico-sistemática (del artículo 1 del Código Civil con los artículos 805,

---

[132] *Ibid.*, p. 364.

[133] *Ibid.*, p. 366

[134] *Ibid., loc. cit.*

[135] *Ibid.*, donde se afirma que «esto no sucede, según algunos, cuando el *iter* y los procedimientos de formación de los documentos legislativos son muy complejos y participan muchas personas en diversos y sucesivos momentos« (*cit.*).

[136] *Ibid.*, p. 367.

[137] *Ibid., loc. cit.*

[138] Así, cuando se sostiene que «existe un conjunto de derechos de índole patrimonial que sí están sometidos a condición resolutoria» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Derecho de las personas». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO DE REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Op. cit.*, t. IV, p. 50).

856 y 598 del Código Civil[139]), se llegaría a la conclusión de que la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido está condicionada a que nazca vivo. Es en atención a este ejemplo que sostengo que el argumento psicológico no debe ser privilegiado frente a argumentaciones de tipo objetivo.

5.7. Argumento histórico (o presunción de continuidad o hipótesis del legislador conservador)

Este es un argumento por el cual, «dado un enunciado normativo, a falta de indicación contraria expresa, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al precedente y existente enunciado normativo que disciplinaba la misma materia en la misma organización jurídica o el mismo significado normativo contenido en un documento arquetípico de otra organización».[140]

No participo del supuesto de que el operador jurídico deba verse «atrapado» dentro de un modelo interpretativo pre-fijado, máxime si corresponde a otra realidad histórica o cultural. Este argumento es el que se utilizó para interpretar el art. 402 cc., cuando fue promulgado el nuevo texto legislativo. En efecto, se entendía que el electo de supuestos de filiación extra-matrimonial era un *numerus clausus* (al igual que eran entendidos los supuestos regulados en el art. 366 del Código Civil de 1936). Con la irrupción de la prueba del ADN, la jurisprudencia entendió que estos supuestos debían ser interpretados como un *numerus apertus,* criterio que llegó a regularse posteriormente con la Ley N.º 27048, del 06.01.99.

Sin embargo, en algunos casos, el tener en cuenta los precedentes legislativos, tanto nacionales como extranjeros, aunado a otro tipo de argumentación, puede servir para realizar una adecuada labor interpretativa.

Un ejemplo lo podemos tener en materia de fundaciones a propósito de la oportunidad para revocar el acto constitutivo, regulado en el artículo 102 del Código Civil. En efecto, este artículo establece que una vez inscrita la fundación es irrevocable el acto de constitución. El problema se suscita cuando nos encontramos frente al supuesto de la fundación no inscrita

---

[139] Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3ª ed. Lima: Huallaga, 2001, pp. 52-53.

[140] TARELLO, *op. cit.*, p. 368.

(regulada en los artículos 127, 128 y 129 del Código Civil). Si nos remontamos al Código Civil italiano, que ha sido (junto con la doctrina y la jurisprudencia de ese país) la fuente inspiradora del Libro de Personas de nuestro Código Civil, observaremos que el artículo 15 de este texto legal prescribe también el supuesto de irrevocabilidad cuando «el fundador no haya hecho iniciar la actividad de la obra dispuesta por él». Evidentemente, el argumento histórico debe ser complementado con otros criterios que le den consistencia, como sería, en este caso, el argumento teleológico.

Se observa que «hoy, con el decaimiento de los estudios jurídicos e histórico-jurídicos, [el argumento histórico] está destinado a perder fuerza: lo que es probablemente un mal, porque este argumento —usado dentro de límites particulares— constituye un freno a interpretaciones ilógicas y extrañas».[141]

5.8 Argumento *abductivo* (o *apagógico*,[142] o *ab absurdo*, o *reductio ad absurdum* o hipótesis del legislador razonable)

Este argumento es aquel por el cual «se debe excluir la interpretación de un enunciado normativo que de lugar a una "norma absurda"».[143] Este argumento debe ser utilizado conjuntamente con otros argumentos jurídicos, como el teleológico o el equitativo.[144] Sin embargo, se trata de un

---

[141] *Ibid.*, p. 369.

[142] En el texto en italiano, se utiliza la palabra «*apagógico*» (que deriva de «*apagogia*») y autorizada doctrina filosófica argentina la traduce como *abductivo* o *reductivo a lo absurdo*. Así, se afirma que el término griego «*apagogé*» significa «o la reducción de las figuras del silogismo a la primera figura o la expresión abreviada para las pruebas *ab absurdum* y *ad impossibile*» (FERRATER MORA, José. «Abducción» (voz). En: *Diccionario de Filosofía*, t. I. 5ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 28). Es el último sentido el que se está utilizando en este tipo de argumentación jurídica. También se le traduce como *reducción*, entendido como el «método de prueba indirecta llamado a veces razonamiento *apagógico* y con más frecuencia reducción a lo absurdo y reducción a lo imposible [...]. En este último caso, se trata de un método indirecto de demostración que prueba la verdad de una proposición por la imposibilidad de aceptar las consecuencias que se derivan de su contradictoria» (FERRATER MORA, José. «Reducción» (voz). En: *Diccionario de Filosofía*, t. II. 5ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 541). Para Augusto SALAZAR BONDY, es *apagógico* el «razonamiento que consiste en probar una tesis estableciendo que su negación conduce a una contradicción» (*Breve vocabulario filosófico*. Lima: Universo, 1967, p. 15).

[143] TARELLO, *loc. cit.*

[144] *Ibid.*

argumento frágil y equívoco, por cuanto la noción de absurdo es relativa, mutable y, sobre todo, subjetiva.[145]

Un ejemplo puede encontrarse en el caso de la responsabilidad civil de los declarados incapaces con discernimiento, por cuanto, en ciertos supuestos de hecho, responsabilizar solidariamente al representante legal resulta una solución injusta, irracional, inadecuada y absurda. En efecto, el artículo 1975 del Código Civil llega al exceso de responsabilizar (solidariamente) a los representantes legales de todos los incapaces con discernimiento, incluyendo al pródigo, al mal gestor y al que lleva anexa la inhabilitación civil, en los cuales el discernimiento no ha sido la causa para la declaración de incapacidad. El supuesto de los ebrios habituales, los toxicómanos, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental debería ser visto caso por caso. Ello resulta de suma importancia, por cuanto la responsabilidad del representante legal es objetiva y el legislador no ha debido ser tan severo en el primer grupo de supuestos. Para el pródigo y el mal gestor, el representante debe ser responsable de los actos de disposición patrimonial de los mismos; y para el que lleva anexa la inhabilitación civil, el representante es responsable por la protección que merece la persona y su familia, debido a la limitación de su derecho a la libre circulación. Resulta totalmente disuasivo responsabilizar de una manera tan laxa a este tipo de representantes legales. Por ello, se impone una interpretación *ad excludendum* de algunos supuestos que (aparentemente) podrían entenderse dentro de los alcances del artículo 1975 del Código Civil.

5.9. Argumento teleológico (o hipótesis del legislador provisto de fines)

Este argumento es aquel por el cual: «a un enunciado normativo debe atribuirse el significado que corresponde al fin propio de la ley de la cual el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico, reconstruye los fines "de la ley" (o "del legislador", pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir del texto de la ley o por una clasificación de los fines o de los intereses que el derecho protege, en vez de documentos preparatorios (como las sesiones

[145] *Ibid.*, p. 370.

de comisión), concebidos como indicios de voluntad de un individuo o de una asamblea entendida en sentido concreto».[146]

Los fines de las leyes pueden aparecer en sus textos de manera explícita o implícita. En la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N.º 716, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto N.º 039-2000-ITINCI, del 5 de diciembre de 20, el artículo 3 establece como fin (evidente) la tutela efectiva al consumidor a través de la interpretación normativa «en el sentido más favorable al consumidor». Sin embargo, para que se concrete esta tutela efectiva, debe acreditarse la configuración de una relación de consumo.[147] No obstante ello, la tutela al consumidor se produce de manera excepcional (vale decir, aun cuando no haya una relación de consumo) en el caso de discriminación en los locales abiertos al público (artículo 5, inciso d, segundo párrafo), en el de métodos comerciales coercitivos (artículo 13, inciso b) y, también, respecto a la publicidad relativa a ofertas (artículo 22). En todos estos casos, aunque no se haya concretado una relación de consumo, atendiendo al argumento teleológico, se protege al consumidor de una manera efectiva, imponiendo sanciones frente a posibles infracciones de la Ley de Protección al Consumidor.

5.10. Argumento económico (hipótesis del legislador no redundante)

Este argumento es aquel por el cual «se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero, y ello porque, si la atribución de significado no fuese excluida, se encontraría frente a un enunciado normativo superfluo».[148]

Como ejemplo, se puede citar al artículo 41 del Decreto Legislativo N.º 716, que establece que «los proveedores son objetivamente responsables

---

[146] *Ibid., loc. cit.*

[147] La Resolución N.º 0221-1998/TDC-INDECOPI, del 19 de agosto de 1998, establece que, para la aplicación del Decreto Legislativo N.º 716, debe configurase una relación de consumo y la inexistencia de una norma especial de rango legal que otorgue competencia a un órgano distinto a la Comisión de Protección al Consumidor respecto a los supuestos contemplados en el mencionado dispositivo legal.

[148] TARELLO, *op. cit.*, p. 371.

por infringir las disposiciones contenidas en la presente ley».[149] Se podría pensar que la responsabilidad objetiva a la cual hace referencia este numeral es la misma que se regula en el artículo 1970 del Código Civil (que se refiere a la responsabilidad civil por el bien o el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas). Aplicando el argumento económico, se debe tener presente que la responsabilidad civil y administrativa son dos tipos de responsabilidad de naturaleza diversa y, por consiguiente, el concepto de responsabilidad civil objetiva (derivada del incumplimiento de un contrato con obligaciones de resultado o derivada de un daño extracontractual) no coincide con el de responsabilidad administrativa objetiva por infracción de la Ley de Protección del Consumidor, por cuanto esta última se limita a invertir la carga de la prueba de manera que sea el proveedor el que demuestre que la falta de idoneidad o calidad del producto o del servicio no le son atribuibles. Dicho en otras palabras: ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe su daño, se presume *iuris tantum* que el proveedor es responsable (se entiende, por la idoneidad y calidad del producto o del servicio que pone en circulación en el mercado o por falta o defecto en la información, entre otros supuestos). Y es justamente en el momento en que el proveedor debe demostrar su falta de responsabilidad que puede disolver esta presunción, demostrando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto o acreditando que hubo ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o del propio consumidor dañado.[150] Dicho en otras palabras: en virtud del argumento económico, el

---

[149] El artículo completo recita: «Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una amonestación o con una multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que estas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI salvo lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley».

[150] Permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales». *Diálogo con la jurisprudencia*, año 6, n.º 30, marzo, 2001, pp. 75-76.

sentido de la responsabilidad objetiva del artículo 41 de la Ley de Protección al Consumidor no es el mismo que el del artículo 1970 del Código Civil.

5.11. Argumento *autoritativo* (o *ab exemplo*)

Este argumento es aquel por el cual «a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido atribuido por alguien solo por este hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicación-producto o interpretación-producto, vale decir, a la praxis aplicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial o a la interpretación de la doctrina».[151]

El argumento comparativo (cuando no se identifica con el argumento histórico) puede ser considerado un subtipo del argumento *autoritativo*. Este argumento es aquel «que sirve para acreditar la atribución a un enunciado legislativo de aquel significado normativo que, se asume, constituye el significado de enunciados normativos (o de otros documentos-fuente) de un ordenamiento jurídico diverso. Este ordenamiento jurídico diverso es considerado como "autoridad"».[152]

El argumento *autoritativo* se puede referir tanto a un precedente (judicial o administrativo) como a afirmaciones doctrinarias. Un ejemplo de argumento *autoritativo*, basado en un precedente, lo encontramos en la interpretación que se le ha dado al artículo 3, inciso a, de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N.º 716, en el cual se define a los consumidores o usuarios como «las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios». La Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N.º 101-96 TDC, de fecha 18 de diciembre de 1996, resolvió que:

> [...] se considera consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran, por tanto, consumidores y usuarios para los efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utili-

[151] TARELLO, *op. cit.*, 372.
[152] *Ibid.*, p. 375.

> zan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1[153] y 3, inciso b, del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios deberán ser declaradas improcedentes.

Los fundamentos de esta decisión se basan en el entendimiento del concepto de destinatario final como la persona (natural o jurídica) que «ocupa el último eslabón de la cadena producción-consumo». Se advierte, sin embargo, la presencia de «zonas grises, en la que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario». Tal es el caso del taxista eventual. En esta decisión, se manifiesta que no se deja al denunciante en estado de indefensión, por cuanto este tiene expedita la vía judicial para hacer valer sus derechos. En atención al argumento *autoritativo*, los miembros de la Comisión de Protección al Consumidor (instancia jerárquicamente inferior) deberán acatar este precedente de observación obligatoria.[154]

Un ejemplo de argumento *autoritativo*, basado en opiniones doctrinales, lo encontramos en la interpretación que se le da al artículo 661,[155] que se refiere a la responsabilidad del heredero. El autor del proyecto entendió que este tipo de responsabilidad es *intra vires hereditatis*, vale decir, solo hasta donde alcance la masa patrimonial heredada,[156] criterio que ha

---

[153] Artículo 1: «Están sujetas a la presente Ley todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen, en establecimientos abiertos al público o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios en el territorio nacional».

[154] Criticando esta posición, en otra sede afirmé que «el concepto de consumidor que ofrece la Ley de Protección al Consumidor resulta mezquino frente a las situaciones en las que, si bien es cierto no nos encontramos frente a un destinatario final, merecen una tutela efectiva y, por tanto, resulta legítimo ensanchar dichas definiciones, como se hace en otras experiencias jurídicas, para permitir que surjan criterios interpretativos que vayan acordes a la dinámica del mercado» (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente». *Thémis*, segunda época, n.º 38, 1998, p. 159).

[155] El cual establece que «el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial».

[156] Se afirmó que «no se exige, pues, la obligatoriedad del inventario, lo cual no impide al heredero, si así lo desea, emplearlo como prueba más fehaciente»

sido seguido por otro sector de la doctrina.[157] Sin embargo, se cuenta con otra doctrina que opina que la responsabilidad del heredero es *ultra vires hereditatis*.[158] Estas discrepancias demuestran que, en el caso de este tipo de argumentos jurídicos, la fuerza persuasiva no solo debe depender de la autoridad *per se* de la afirmación doctrinaria sino del argumento que, a su vez, utiliza dicha doctrina.

5.12. Argumento sistemático (o hipótesis del derecho ordenado)

Este argumento es aquel por el cual «a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entendido que entre ellos hay una vinculación a efectos de la interpretación "sistemática") se debe atribuir el significado prescrito, o no se debe atribuir el significado prohibido, por el "sistema jurídico"».[159] Como se ha observado atentamente, este argumento

---

(LANATTA GUILHEM, Rómulo. «Texto, exposición de motivos y comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO DE REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Op. cit.*, t. IV, p. 13.).

[157] FERRERO COSTA, Augusto. «Derecho de Sucesiones» En: *Tratado de Derecho* Civil, t. V, vol. I. Lima: , Universidad de Lima, 1994, p. 172.

[158] Así, se afirma que «entiendo que —motivos o intenciones aparte— un examen orgánico de las situaciones obliga a llegar a la conclusión de que nuestro ordenamiento no consagra un sistema de responsabilidad limitada, sino uno de responsabilidad limitable solo si se cumplen ciertos presupuestos. O, dicho con otras palabras, conceptúo que la regla es que el heredero responde ilimitadamente por las obligaciones, porque las hereda. Pero si no quiere responder por ellas sino solo hasta el monto del activo relicto, puede, si lo desea, limitar su responsabilidad solo y si prueba que el monto de las obligaciones —no las deudas, como imperfectamente reza el 661— supera el activo, salvo que previamente haya hecho inventario judicial. Planteada la figura de otra manera, puede entonces decirse que la regla es la responsabilidad *ultra vires*, pero que, como consecuencia del inventario judicial o invocado que sea el beneficio del mismo al aceptar la herencia o acreditado el exceso del pasivo en los casos de aceptación presunta (artículo 673 del Código Civil), la responsabilidad queda limitada a los bienes y derechos, convirtiéndose en responsabilidad *intra vires*. Esto es que cuando hay inventario solo responden por las deudas los activos inventariados, salvo que los acreedores probaran la existencia de bienes adicionales» (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 89-90). El autor considera que, de sostenerse la tesis contraria, perdería sentido «el derecho de deliberación para aceptar la herencia con beneficio de inventario (*op. cit.*, p. 92), así como «devendrían en inútiles las normas de aceptación y repudio de la herencia» (*op. cit.*, p. 93).

[159] TARELLO, *op. cit.*, p. 376.

no explica nada si no se determina previamente la noción de sistema jurídico. Por ello, dentro del argumento sistemático, se encuentran una serie de argumentos «que tienen en común poco más que el nombre», a saber:

5.12.1. Argumento topográfico (o de la *sedes materiae*)

Dentro de este contexto, se entiende como sistema a la disposición de los enunciados normativos que ha sido diseñada por el legislador, con lo cual este argumento se asocia estrechamente con el argumento psicológico.[160]

5.12.2. Argumento de la constancia terminológica

Aquí, se entiende por sistema al conjunto de los conceptos que el legislador utiliza, hecho que supone una correspondencia exacta entre conceptos normativos y términos enunciados. Esta concepción parte del modelo irreal del buen legislador, que en la actualidad no goza del mejor crédito.[161]

5.12.3. Argumento sistemático-conceptualista o dogmático

Según esta acepción de sistema, «a los enunciados normativos se les debe atribuir significados que están sugeridos por el sistema de los "conceptos" y de los "principios" del derecho».[162]

Con razón, se afirma que «dado que las elaboraciones conceptuales son, a menudo, muchas y, en algunos casos, contradictorias, este argumento —considerado fuerte— es, en realidad, débil y requiere a menudo del soporte de otros argumentos, sea aquellos de la familia sistemática (es decir, aquel de la *sedes materiae* y aquel de la constancia terminológica), sea aquellos diversos, como, en particular, el argumento *autoritativo*».[163]

Un ejemplo de la aplicación de este argumento lo encontramos en materia de aplicación de supuestos de ruptura del nexo causal en la (denominada) responsabilidad extra-contractual. En efecto, el artículo 1972 del Código Civil admite que, «en los casos del artículo 1970 (vale decir, por ser titular de un bien o por ejercer una actividad, de alto riesgo o peligrosos)», son supuestos de ruptura del nexo causal el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho de la propia víctima. Sin embargo, existen otros supuestos de responsabilidad objetiva, como es el caso del artículo

---

[160] *Ibid., loc. cit.*
[161] *Ibid.*, p. 377.
[162] *Ibid., loc. cit.*
[163] *Ibid.*, p. 378.

1975 del Código Civil (por ser representante legal del denominado incapaz con discernimiento), el artículo 1976 del Código Civil (por ser representante del denominado incapaz sin discernimiento), el artículo 1980 del Código Civil (por ser dueño de un edificio) y el artículo 1981 del Código Civil (por tener a una persona en calidad de subordinado), entre otros. En estos casos, aplicando el argumento sistemático, se debe entender que dentro de cualquier tipo de responsabilidad objetiva se puede presentar la configuración de supuestos de ruptura del nexo causal. En efecto, al ser el nexo causal uno de los elementos constitutivos de los supuestos que se encuentran dentro del sistema de responsabilidad civil extra-contractual objetiva no puede dejarse de admitir (para todos los supuestos) la ruptura de dicho nexo causal. En el particular caso del artículo 1979 del Código Civil (responsabilidad objetiva por ser dueño de un animal), debido a que solo se especifica el supuesto del hecho de un tercero, el argumento sistemático va acompañado del argumento de coherencia de la disciplina jurídica.

5.13. El argumento naturalista (o de la naturaleza de las cosas, o hipótesis del legislador impotente)

Este argumento no nace como argumento interpretativo sino como argumento productivo y, como tal, «se funda en concepciones del derecho por las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza, en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de las cosas, su propia disciplina».[164] Dentro de esta corriente, se encuentran tanto el iusnaturalismo como el positivismo, en las cuales se percibe (en realidad) un voluntarismo jurídico en el que «el derecho es una disciplina que no proviene de una naturaleza preconstituida, sino de una voluntad (sea de una voluntad divina o de una voluntad humana)».[165]

Como argumento interpretativo, el argumento naturalista: «[...] es aquel que sirve para motivar y proponer combinaciones de enunciados normativos y atribuciones de significados a los mismos, tales de revisar, en las normas expresadas por los enunciados a disposición, las normas que se uniforman —o, por lo menos, que no están en desacuerdo— con la [concepción] de la «naturaleza»: naturaleza del hombre, naturaleza de las relaciones disciplinadas, etc.».[166]

---

[164] *Ibid., loc. cit.*
[165] *Ibid., loc. cit.*
[166] *Ibid.*, p. 379.

Se evidencia que, en los usos modernos de este argumento, se encuentra la «superposición a los enunciados normativos de un razonamiento propio de una ciencia descriptiva»,[167] como sería el caso del análisis económico del Derecho. Como ejemplo, al nivel de responsabilidad civil, propondría el criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider* —«el agente (actividad o sujeto) capaz de evitar el coste de la forma más fácil o económica»—,[168] por el cual responde del daño quien pueda reducir los costos que se ocasionan «de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados y, al mismo tiempo, [tratando de] evitar los costes de transacción innecesarios».[169] Se trata de una suerte de *policy*[170] o política de derecho, en la cual los operadores jurídicos (jueces, principalmente) hacen asumir las consecuencias económicas de los daños a quienes les va a resultar más fácil (*easiest*) o barato (*cheapest*) enfrentarlas: no por el hecho exclusivo de que sean económicamente más fuertes (*deep pocket* [171]) o de que, basados en el principio de responsabilidad de la empresa, puedan fraccionar los daños de los siniestros, sea recurriendo al seguro privado o porque «se hallan en condiciones de transferir [los daños] a los adquirientes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive)».[172] Este principio implica que: «[...] la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de los accidentes de la forma más económica es la búsqueda de aquella actividad que puede disponer, más rápidamente, de una sustitutiva que ofrezca un máximo de seguridad; la búsqueda, por tanto, de aquella

---

[167] *Ibid.*, p. 380.

[168] CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 334. El autor menciona que MACKEAN emplea una terminología distinta para este mismo criterio, que es «lo que él denomina «la parte que tiene la mayor ventaja relativa en la producción de seguridad o en la reducción de los daños» *(the party that has the greatest comparative advantage in producing safety or injury reduction)*» (*loc. cit.*).

[169] *Ibid.*, p. 148.

[170] Que está constituida por una serie de principios no explícitos o encubiertos, que son manifestaciones de una determinada política de derecho (así, ALPA. «I principi generali». En: IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI (eds.). *Trattato di diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1993, p. 444.

[171] El criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider* no debe ser confundido con el del *deep pocket* (buena bolsa), según el cual «el coste secundario de los accidentes se podría reducir mucho si se imputaran las pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivarían del hecho de tener que soportarlas, es decir, si se imputaran las pérdidas a quienes normalmente designamos como "ricos"» (CALABRESI, *op. cit.*, p. 56).

[172] *Ibid., op. cit.*, 66.

alteración o reducción de la actividad que disminuya el coste primario de modo más económico. Esta operación exige, necesariamente, confrontar no solo las actividades entre sí, sino también las diversas subcategorías de las mismas, porque es muy probable que la solución óptima se halle en la alteración o en la eliminación de una subcategoría».[173]

Se podría proponer como ejemplo del caso de la responsabilidad civil con ocasión de las funciones (vale decir, la responsabilidad civil que asume el principal por el daño que realiza un tercero —como podría ser un dependiente— cuando este ejecuta una actividad que, aunque siendo totalmente ajena al ejercicio de las funciones de aquel, no se hubiera producido si este no se encontrase ejerciéndolas —de ahí que se denomine «con ocasión»—), la siguiente situación: un *sérvice* es contratado para que, a través de sus dependientes pinte la fachada de un edificio y, en el transcurso de la obra, uno de los pintores, que se encontraba en el andamio a la altura del cuarto piso, ingresa por la ventana de un departamento del edificio adyacente y robe objetos de valor.

Si bien es cierto que, dado este supuesto, el principal podría argumentar que los alcances del artículo 1981 del Código Civil solo lo responsabilizan por los daños que el dependiente origina «en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo» (vale decir, en el ejercicio de sus funciones), aplicando el argumento naturalista, basado en el criterio del *cheapest cost avoider* —propio del análisis económico del Derecho—, se debería ensanchar el alcance del artículo 1981 del Código Civil, por cuanto, entre la víctima y el principal, es este último quien se encontraba en una posición más ventajosa para evitar los daños. Aunque soy consciente de que me aparto del argumento naturalista, a la misma solución se podría llegar entendiendo que la responsabilidad del principal (en posición que no comparto) fuese subjetiva: este respondería por culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*. Incluso, bajo la óptica (que comparto) de considerar este tipo de responsabilidad como objetiva, también el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada a través de un tercero, debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio).[174]

---

[173] *Ibid.*, p. 165.

[174] Sobre el tema, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes». *Gaceta Jurídica*, tomo 79-B, junio 2000,

5.14. Argumento equitativo

Por medio de este argumento, «la equidad sirve para acreditar, entre diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que está menos en conflicto contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el "buen" resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones consideradas como "inicuas"».[175] En realidad, el argumento equitativo (que no implica un juicio de equidad sino un juicio de derecho) es bastante débil, por cuanto se basa en los criterios que puede tener una sociedad, y ello presenta no pocos conflictos en sociedades que, como la nuestra, son pluriculturales.[176]

La equidad ha sido considerada por un sector de la doctrina iusfilosófica argentina, en el ámbito de la interpretación judicial, no como la justicia del caso singular sino como «lo singular del acto de justicia».[177] En el ámbito del Código Civil peruano, la remisión a la equidad se ha dado en no pocas oportunidades. Así, tenemos que el juez debe recurrir a la equidad cuando debe cuantificar un daño que no pudiera ser probado en su monto preciso (artículo 1332), cuando la víctima no ha podido obtener reparación por parte del representante legal (obligado al resarcimiento en virtud del artículo 1976) y cuando un incapaz sin discernimiento le haya causado daños (artículo 1977), entre otros supuestos. Nótese que no se debe entender que fijar indemnizaciones equitativas consiste en determinar *quanta* mínimos o reducidos sino, más bien, como fijar indemnizaciones justas que no generen un sacrificio económico para el agente dañado.[178]

5.15. Argumento a partir de los principios generales (o *analogía iuris*)

Este es considerado un argumento de tipo dual: «argumento productivo, en cuanto utilizado para colmar las denominadas "lagunas" del derecho, y

---

pp. 21 y ss.; así como «Responsabilidad civil de la persona jurídica por calificar a un árbitro de fútbol como "caradura y sinvergüenza"». *Colección jurisprudencial Zeus*, año XXVIII, N.º 6665, tomo 85, abril, 2001, pp. 2 y ss.

[175] TARELLO, *op. cit.*, p. 381.

[176] *Ibid., loc. cit.*

[177] COSSÍO, *op. cit.*, p. 71.

[178] En este sentido, para el supuesto del artículo 1977 del Código Civil, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 418.

argumento interpretativo, en cuanto utilizado para decidir atribuir, o para motivar la atribución, o para proponer atribuir, significados a enunciados normativos».[179] La doctrina que vengo citando se muestra un tanto escéptica (y con cierta dosis de desencanto) cuando afirma que: «[...] el recurso a los principios de la organización política del Estado hoy no significa otra cosa que el recurso a los enunciados de la Constitución en el atribuir significado a enunciados normativos infra-constitucionales y, con ello, no se realiza el recurso a los «principios generales», sino simplemente a una de las técnicas vinculadas en la atribución de significados. En suma, el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve para cubrir, de vez en cuando, operaciones dispares (lamentablemente bajo el escudo de la mención del Título Preliminar)».[180]

Tanto la Constitución como el Código Civil regulan la aplicación de principios generales en determinados supuestos: así, tenemos el principio de la irretroactividad de la ley (artículo 103, 2° párrafo de la Constitución y artículo III del Título Preliminar del Código Civil); el principio del abuso de derecho (artículo 103, 4° párrafo de la Constitución y artículo II del Título Preliminar del Código Civil); el principio de inaplicabilidad de analogía en la ley penal y normas que restrinjan derechos (artículo 139.8 de la Constitución y artículo IV del Título Preliminar del Código Civil); y el principio de buena fe en el contrato (artículo 1362 del Código Civil), entre otros.

Finalmente, si se pretende clasificar estos argumentos, se consideran *argumentos jurídicos*, al argumento equitativo, al argumento sistemático-dogmático y el argumento de los principios generales; así como *argumentos no jurídicos* a los restantes.[181] Son argumentos lógicos, el argumento *a contrario*, el argumento *a simili*, el argumento *a fortiori*, el argumento de la coherencia y el argumento de la completitud del sistema jurídico; así como *argumentos no*

---

[179] TARELLO, *op. cit.*, p. 382.

[180] *Ibid.*, p. 384. Giovanni Tarello afirma, además, que «los fraseos de "principios generales" que se encuentran en largos períodos de jurisprudencia entre el ochocientos y el novecientos en nuestro país [Italia] son fraseos en términos de *favor* por alguna cosa, que se encuentran o se encontraban bien enraizado en precisas disposiciones particulares (y no son "generales" por ello) de ley: el "favor" para la conservación del negocio y del contrato, el "favor" para la legitimidad del acto, el "favor" para el deudor, el "favor" para la masa de acreedores y el "favor" para el trabajador subordinado son ejemplos de ello. Tanto que podría decirse que los "principios generales" y el relativo argumento, tan apreciados en el papel, no fueron utilizados en la práctica en absoluto» (TARELLO, *op. cit.*, pp. 384-385).

[181] *Ibid.*, p. 389.

lógicos todos los demás.[182] Son *argumentos incompletos* aquellos que: «[...] no solo *pueden*, sino *deben* ser usados en asociación con otros argumentos para llegar a ser completos. Se trata del argumento analógico (el cual debe estar acompañado de otro argumento que justifique la *ratio* de la analogía), del argumento *a fortiori* (el cual debe estar acompañado de otro argumento que justifique la escala del «mayor» y del «menor» mérito), del argumento de la coherencia (que requiere la compañía de otro argumento relativo al modo de obtener la coherencia) y el argumento de la completitud (que requiere la compañía de otro argumento que funcione a manera de sugerencia de cierre o de sugerencia de integración)».[183]

Los demás son *argumentos completos*. Son proclives al cambio jurídico, el argumento equitativo, el argumento a partir de los principios generales, el argumento naturalista, el argumento *a contrario*, el argumento psicológico y el argumento económico. Los demás son *argumentos tendencialmente conservadores*.[184]

6. La aplicación de la analogía por la jurisprudencia nacional

La facultad expropiatoria que la Constitución reconoce al Estado[185] debe ser entendida como una norma de carácter excepcional y, por lo tanto, no cabe aplicar la analogía. Así lo determinó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución de fecha 11 de noviembre de 1991 (Expediente

---

[182] *Ibid.*, p. 392.

[183] *Ibid.*, p. 394.

[184] *Ibid.*, p. 395.

[185] En la época, estaba vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 125 establecía que «la propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley y previo pago de dinero e indemnización justipreciada.

La ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono.

En la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública, para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse en efectivo por armadas o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero. En tales casos, la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, intereses reajustables periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa».

1671-91/Arequipa).[186] Asimismo, la Sala de Casación de la Corte Suprema, mediante Resolución del 9 de julio de 1997 (Casación N.º 592-96), expresó lo siguiente: «Que teniendo naturaleza jurídica sancionatoria el último párrafo del artículo doscientos tres del Código Procesal Civil,[187] su interpretación debe ser restrictiva al supuesto previsto en la norma legal acotada de acuerdo al principio establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil».[188]

6.1. ¿Puede aplicarse el artículo IV del Título Preliminar para interpretar las cláusulas de un estatuto?

Es de público conocimiento, en el ámbito forense, lo sucedido en el caso de Minera Yanacocha S.A. a propósito de la interpretación del artículo undécimo de su estatuto.[189] En efecto, dicho numeral establecía cuatro excepciones en las que no operaba el derecho de preferencia, entra las cuales se encontraba el supuesto de «transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas (acciones) a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios».

El problema se suscitó no por el hecho de que se transfirieran acciones de Yanacocha, sino porque se transfirieron acciones de una de las sociedades titulares de las acciones de Yanacocha. En efecto, el punto de discusión se centró en determinar si se aplicaba o no el derecho de preferencia de las otras sociedades titulares de las acciones de Yanacocha. En primera instancia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución de fecha 2 de julio de 1996, Expediente 944-94-A (300-96RC), interpreta esta disposición afirmando que:

> [...] solo por excepción se establecen cuatro casos en que se permite la transferencia de acciones sin aplicación del dere-

---

[186] En HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Jurisprudencia Civil*, t. IV. Lima: FECAT, 1998, p. 20.

[187] El cual establece que: «si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el juez dará por concluido el proceso».

[188] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la Jurisrudencia Casatoria,* ts. II y III. Lima: Ediciones Legales, 2000, p. 28.

[189] La complejidad de este caso comprende una serie de temas. Solo me voy a ocupar del relativo a la interpretación del artículo 11 del estatuto de Yanacocha.

> cho de preferencia, siendo los tres primeros referidos a personas naturales y el cuarto por causas de reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas acciones a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios, esto es que cuando una sociedad tenedora de acciones de Yanacocha es reorganizada y, por esta causa, transfiere total o parcialmente sus acciones a otra sociedad, no se aplica el derecho de preferencia y [se aplica] solo si la nueva sociedad está controlada por los mismos accionistas o socios, ello porque se supone que el propietario sigue siendo el mismo. Si la reorganización supone una transferencia a sociedades no controlada por los mismos socios, ya no funciona la excepción y sí se aplica el derecho de preferencia.

Y agrega que:

> [...] del referido pacto medular se concluye que opera el derecho de preferencia a favor de los demás accionistas en caso se reorganice la sociedad tenedora de las acciones de Yanacocha (Mine Or) a favor de otra sociedad cuando esta no es controlada por los mismos accionistas o socios, sin que se exija o se requiera que los bienes que se transfieran sean las acciones de Yanacocha. Ello permite afirmar que la común intención de los grupos constituyentes de Yanacocha fue que el derecho de preferencia se active no solo con la decisión de transferir a terceros las acciones de una empresa accionista de Yanacocha, en tanto ello importe o genere transferir el control, situación que se da en este caso de autos al estar entendida esa intención de privatizar los activos del BRGM, la que se encuentra prevista en la parte final del artículo once del estatuto que señala textualmente que «el derecho de preferencia resultará de aplicación en los casos de aporte de las acciones a sociedades que no sean controladas por el accionista preferente o sus socios en caso de ser este persona jurídica» (el subrayado es mío).

En segunda instancia, la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con Resolución del 14 de enero de 1997, con tres vocales a favor[190]

[190] Que eran los vocales Gonzales Campos, Aguirre Salinas y Aranda Rodríguez.

(dentro de los cuales hubo un voto singular de la vocal Aranda Rodríguez) y una vocal en contra, interpretó que:

> [...] el derecho de preferencia pactado en el artículo undécimo del Estatuto de la Minera Yanacocha no puede ser analizado solo en la forma literal, sino teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se pactó, procurando descubrir la real intención de quienes celebraron el acuerdo como elemento histórico del mismo, para así llegar a encontrar el sentido exacto del acuerdo al que llegaron las partes, evaluando la abundante prueba instrumental que para este objeto han aportado las partes (el subrayado es mío).

Resulta interesante la alusión que se hace al concepto de grupo económico (que no se define) como elemento a tenerse en cuenta para la aplicación prevista en el artículo 11 del estatuto de Yanacocha, observando que:

> [...] solo en este concepto tiene aplicación la excepción prevista. El mismo dispositivo establece la procedencia del derecho de preferencia a favor de los demás socios en caso de reorganización de las sociedades tenedoras de las acciones de Minera Yanacocha, en cuyo supuesto, sin transferirse formalmente las acciones de Minera Yanacocha, se transfirió el control de aquella a favor de otra empresa no controlada por el socio transferente; [...] es del caso precisar que esta última estipulación se desprende de una interpretación «contrario sensu» de la norma estatutaria —lo que resulta válido dado que la regla general es la existencia del derecho de preferencia— que señala que «no existe derecho de preferencia en caso de reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios», de donde se deduce que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones —MINE OR S.A.— a favor de otra sociedad no controlada por el mismo accionista, como ha sucedido en el caso de autos; que a mayor abundamiento, la norma estatutaria no exige como requisito para la procedencia de la preferencia, el que como consecuencia de la reorganización se transfieran las acciones de Yanacocha,

> por cuanto su contenido es más extenso, pues basta que se produzca la reorganización de la sociedad tenedora de las acciones a favor de otra no controlada por el mismo accionista, con prescindencia que se produzca o no una transferencia formal de las acciones de Yanacocha. Esta interpretación se sustenta, no solo en la interpretación literal del propio estatuto, sino también en la intención de sus socios de mantener la titularidad de las acciones dentro de los mismos grupos que forman Yanacocha» (el subrayado es mío).

En el sétimo considerando, el órgano colegiado advierte, además, que «los funcionarios del BRMG procedieron sin buena fe». En sentido contrario, la vocal Encinas Llanos, amparándose en el artículo 115 de la Ley General de Sociedades derogada[191] (y vigente en ese entonces), sostuvo que:

---

[191] El cual establecía lo siguiente: «La transmisión de las acciones nominativas debe ser comunicada por escrito a la sociedad y anotada por esta en el libro de registro.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción son válidas para la sociedad cuando estén expresamente impuestas por el estatuto y solo en el caso de acciones nominativas.

En ningún caso, las limitaciones pueden significar la prohibición de transmitir acciones».

El artículo 101 de la Ley General de Sociedades vigente, Ley N.° 26887, establece que: «Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar u otra manera afectar acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencia la titularidad de la respectiva acción».

[...] las limitaciones a la libre transmibilidad de la acción solo serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas por los estatutos y dentro de los presupuestos expresamente pactados [...] Que no cabe la interpretación sobre la interpretación de las partes cuando ello no fluye de lo expresamente pactado [...] Que del acuerdo marco y de sus modificaciones no se establece la transferencia de la titularidad de las acciones de Yanacocha; estas siguen perteneciendo a Mine Or [...] Que, en consecuencia, la cláusula de preferencia solo se activa cuando exista una venta o transferencia directa de las acciones, que en el caso de autos no ha sucedido, pues se llega al convencimiento de que solo se ha pactado la cláusula de preferencia por la transferencia de las acciones de la Compañía Minera Yanacocha y no por la modificación accionaria de los tenedores de las acciones de esta.

La vocal Aranda Rodríguez, en su voto singular, afirmó que:

[...] debe destacarse que todo proceso de reorganización tiene un período de vigencia en el tiempo, que en el presente caso ha concluido con la transferencia de los activos de Mine-Or al grupo Normandy Poseidón, como se aprecia del Acuerdo Marco de fecha veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, obrante a fojas mil cincuenta y seis del tomo E, aprobado tácitamente por el gobierno francés; que es necesario precisar que, para la activación de la cláusula de preferencia, basta que se inicie el proceso de reorganización de la sociedad accionista en el que se aprecia que se materializará la pérdida de control. Consecuentemente, resulta de aplicación el artículo once de los Estatutos de la Compañía Minera Yanacocha, que prevé, en interpretación contrario sensu, el caso de reorganización de las sociedades tenedoras con la consiguiente pérdida de control [...] Que debe señalarse además que, si bien el artículo once de los estatutos establece también que «el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad [...]», sin embargo, esta disposición no puede interpretarse en forma aislada, sosteniendo que únicamente se refiere a la transmisión de acciones de Minera Yanacocha Sociedad Anónima, por cuanto, si aceptamos esta posición, se estaría excluyendo la excepción pactada a la libre

> transmisibilidad de las acciones por reorganización y pérdida de control mencionado en el considerando anterior (el subrayado es mío).

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución del 3 de junio de 1998 (Casación N.º 461-97), expresó lo siguiente:

> Que la interpretación contrario sensu no está prohibida por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil y además es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta de la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma, mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley;
> [...] Que, a mayor abundamiento, la acotada norma de derecho material prohibe la analogía respecto de leyes y no a normas estatutarias.[192]

Por otro lado, en el mismo caso, tres vocales emitieron otra resolución en contra, en la cual establecían que:

> La analogía consiste en la aplicación de una norma jurídica a un caso que, no hallándose comprendido en la letra de la ley, presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la ley contempla y se traduce en el aforismo «ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio» y facilita la resolución adecuada de casos que el legislador no ha previsto o no ha querido indicar para no caer en excesos de la casuística, y es diferente de la interpretación extensiva, ya que esta atribuye a la ley el más amplio radio de acción posible, desde luego dentro de su sentido propio, de tal manera que no se da la interpretación extensiva por analogía que se quiere denunciar (sic).[193]

Para un comentario más ordenado, individualizaré los temas que pretendo desarrollar:

---

[192] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *Op. cit.*, p. 31. Esta resolución fue firmada por los vocales Buendía, Ortiz Vásquez y Beltrán.

[193] *Ibid.*, p. 44. Esta resolución fue firmada por los vocales Urrello, Sánchez Palacios y Echevarría.

i. si cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas para la interpretación de los estatutos;
ii. si la interpretación al artículo estatutario fue correcta; y
iii. qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable utilizar.

6.2. Si cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas para la interpretación de los estatutos

El objeto de la interpretación jurídica no son las normas jurídicas. En realidad, el intérprete trabaja con dispositivos legales y documentos (entre estos, por ejemplo, los contratos y los estatutos) y, a través de ellos, llega a las normas jurídicas. En atención a ello, los argumentos interpretativos pueden ser utilizados tanto en los dispositivos legales como en documentos. Así, los dispositivos legales referidos a la interpretación de leyes pueden aplicarse, en línea de principio, también a documentos legales como un estatuto. Incluso, así no se hubiera aplicado el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ratio del mismo, que establece la inadmisibilidad de la analogía en las situaciones que establecen excepciones, no es más que un tipo de argumentación jurídica a partir de los principios (denominados generales), que, sin embargo, en mi opinión, resulta menos persuasiva que la interpretación que se hizo, sobre la base de la argumentación teleológica (que, dicho sea de paso, los vocales la confunden con una argumentación psicológica). Ello resulta de suma relevancia, por cuanto es causal de casación la inaplicación o aplicación indebida o la interpretación errónea de normas de derecho material: hecho que quiere decir que puede llegar a casación (dentro de la terminología del Código Procesal Civil) un problema de interpretación (o aplicación) de una norma de derecho material en la interpretación de un negocio jurídico.[194]

[194] Sobre el particular se escribe lo siguiente: «En principio, no se debería admitir el control de la interpretación de los contratos en sede de casación, pues esta actividad está íntimamente ligada a los hechos del caso concreto. Mi opinión es que se debe privilegiar la función uniformadora del recurso, frente a la justicia del caso concreto, y que la apertura del recurso a cuestiones fácticas es una práctica peligrosa por el momento, pues aún no existe en el foro una cultura de casación debidamente interiorizada. Frente a un acto singular, es muy difícil separar la cuestión de hecho a la de derecho. Ante la mínima posibilidad de confusión, debe rechazarse el caso.

Sin embargo, coincido con la posición doctrinaria que admite cierto control cuando en las sentencias se hacen afirmaciones de carácter general que, con

6.3. Si la interpretación al artículo estatutario fue correcta

Aun admitiendo (en posición que no comparto) la no aplicabilidad del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil en el estatuto, el argumento que se utilizó, a efectos de eludir su interpretación como un supuesto de excepción, fue la de interpretar *a contrario* su significado, vale decir, deduciendo «que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones». Para entender el itinerario lógico del razonamiento de los vocales individualizaré las premisas correspondientes:

- La premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha tienen derecho de preferencia.
- La premisa menor es la excepción contenida en el artículo 11 del estatuto, que establece que no cabe el derecho de preferencia en el supuesto de «transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas [acciones] a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios».
- La premisa menor que se obtiene de la interpretación *a contrario* es «que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones».

Si bien es cierto que se puede aplicar el argumento *a contrario* partiendo de una premisa menor para llegar a una premisa mayor (como se vio en la misma interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, de la cual se desprende que sí se puede aplicar la analogía en las normas de carácter general) o de una premisa mayor a otra mayor (como en el ejemplo, cuando de la interpretación del artículo 1971.1 se desprende que existe responsabilidad civil en el caso de ejercicio irregular de un derecho), no cabe efectuar una interpretación *a contrario* de una premisa menor a otra, máxime cuando la primera premisa es de carácter excepcional, dado que el carácter de la premisa que se obtiene no es excluyente.

---

prescindencia de la base fáctica del caso concreto, puedan ser de aplicación a otros casos similares o cuando aparece claramente del factum establecido por el Juez de mérito, que este ha sido subsumido dentro de una categoría contractual que no le corresponde» (PUCCIO SALA, Ricardo. «Interpretación de los contratos en vía casatoria» *Revista peruana de jurisprudencia*, año 3, n.º 6, agosto, 2001, pp. 84-85).

6.4. Qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable utilizar

Aun compartiendo la decisión de los vocales de la mayoría, discrepo del argumento interpretativo utilizado. En mi opinión, se trata de un fraude a través de la persona jurídica. Vuelvo al itinerario lógico a recorrerse para sustentar mi punto de vista:

- La premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha tienen derecho de preferencia.
- La premisa menor es la excepción contenida en el artículo 11 del estatuto, que establece que no cabe el derecho de preferencia en el supuesto de «transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas [acciones] a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios».
- Lo que se produjo fue una reorganización de una sociedad tenedora de las acciones de Yanacocha, en la cual, si bien no se transfirieron sus acciones, se tuvo como efecto que la composición accionaria de dicha sociedad diera como resultado que otra sociedad participe en su control. En efecto, no se transmitieron las acciones de Yanacocha sino las de la sociedad titular de Yanacocha.

Lejos de una argumentación *a contrario*, prefiero una argumentación a partir de principios jurídicos. En atención a ello, observo que se ha configurado un (denominado) fraude a la ley, en el cual, amparándose en una norma de cobertura, se burlan los efectos de una norma imperativa (denominada norma defraudada). Así, la norma defraudada es la que se encuentra en el artículo 115 de la Ley General de Sociedades derogada (y el 101 de la actual), sobre la cual se basa el artículo 11 del estatuto. La norma de cobertura es el artículo 78 del Código Civil, que reconoce la autonomía formal de la persona jurídica respecto a la de sus integrantes.

Repito que, desde mi punto de vista, la actividad interpretativa se hace respecto a documentos y dispositivos legales para llegar a las normas jurídicas. Desde mi opinión, no cabría objetar que el artículo 11 del estatuto, al no ser una norma jurídica, no calificaría para ser una norma defraudada: su naturaleza es la de ser una norma de conducta entre las partes, que se basa en una norma carácter imperativo, por cuanto su incumplimiento acarrea la sanción de la aplicación del derecho de preferencia para los otros accionistas. No se olvide que el actual artículo 101 de la Ley General de Sociedades establece que «las limitaciones a la libre transmisibilidad de las

acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros que hayan sido notificados a la sociedad».

Los alcances del artículo 78 del Código Civil fueron discutidos por los vocales de la Corte Suprema, quienes elaboraron su propia interpretación en los siguientes términos:

> [...] que el verdadero sentido de la acotada norma de derecho material se ilumina a partir de su texto íntegro, del cual se concluye que da existencia formal a la persona jurídica en vinculación con los aspectos patrimoniales a que el precepto alude [...] que en el presente caso no está en debate la responsabilidad patrimonial de las demandadas sino la declaración de un derecho de preferencia, por lo que la norma reclamada no es pertinente y, además, en atención a los fundamentos de la impugnada, aun cuando la norma de derecho material citada se aplicara al caso sobre la base de la equivocada interpretación propuesta por las recurrentes, ello en nada afectaría la decisión, puesto que es un hecho probado no susceptible de modificación en vía casatoria que las acciones objeto de transferencia son de Minera Yanacocha Sociedad Anónima y no de Mine Or Sociedad Anónima.

Sorprende que los vocales sean tan elásticos en la interpretación de ciertos supuestos y tan literales en la interpretación del artículo 78 del Código Civil. Este artículo, aparte de reconocer el principio de autonomía patrimonial perfecta de la persona jurídica, reconoce el de autonomía jurídica de la misma respecto a sus integrantes, sobre el cual se basa el primer principio. Aun admitiendo que solo se refiera a las relaciones patrimoniales, llama de nuevo la atención que se excluya dentro de las mismas el derecho de preferencia y, pecando de decir lo evidente (pero, creo necesario), se trata de un derecho patrimonial, del cual (también) deriva responsabilidad patrimonial.

En mi opinión, a través de la cobertura del artículo 78 del Código Civil (que regula la autonomía subjetiva de la persona jurídica) se ha pretendido eludir los alcances del artículo 11 del estatuto de Yanacocha. Compartiendo la argumentación teleológica de los vocales, la intención de las partes era la de no hacer intervenir más personas en la titularidad de las

acciones de Yanacocha, intención que se pretendió burlar a través del escudo de la autonomía subjetiva de uno de los titulares de Yanacocha. Lejos de pretender hacer el estatuto por las partes, lo que se busca es (en caso de conflicto) darle la interpretación razonable, sistemática y (sobre todo) justa. No se olvide que en la segunda instancia se hizo alusión a una actuación de mala fe.[195] Creo que esta hubiera sido una valiosa oportunidad para aplicar el principio de abuso de la personalidad jurídica (a través de la modalidad de fraude a la ley).

[195] Y aquí sirven, para una aplicación del principio de buena fe, el artículo 168 del Código Civil, que prescribe que «el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe», y el 1362 del Código Civil, que establece que «los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Capítulo V

La Autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público

1. La autonomía privada como fuente de relaciones jurídicas y su (pretendido) deslinde conceptual con la libertad jurídica

La libertad es el ser del hombre.[1] Consiste en la posibilidad que tiene para realizarse como ser humano. Todo hombre es libre, pese a que no tenga conciencia de ello. La libertad no es absoluta; está tremendamente condicionada.[2] Estos condicionamientos pueden ser intrínsecos o

---

[1] Se sostiene, basándose en el pensamiento de SARTRE y DE WAEHLENS, que «la libertad no resulta ser una "facultad", una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El hombre no tiene o deja de tener libertad sino que "el hombre es" libertad. Es albedrío. Y esta es su situación ontológica en el Universo. Esta libertad no es una propiedad del hombre sino "el ser mismo de su existencia"» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del derecho*. Lima: Studium, 1987, p. 59).

[2] Siguiendo JASPERS, se sostiene que «la libertad le ha sido "impuesta" al hombre como "su responsabilidad". Por ser libre, el hombre es responsable de su existencia y de la de los demás con quienes coexiste. Y la patencia, la revelación de la libertad como responsabilidad, se produce en la angustia» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 60). Sin embargo, una autorizada doctrina filosófica española ha criticado fuertemente esta posición. Así, se pregunta: «¿No será oportuno volver los ojos con algún rigor a esta vieja idea de la *ataraxia*?» (MARÍAS, Julián. «Ataraxia y alcionismo». En: MARÍAS, Julián. *El oficio del pensamiento*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1958, p. 34). Para tal efecto, el autor se remonta a las corrientes escépticas, sobre todo a PIRRÓN, afirmando que «el fin del escéptico es la impertubabilidad (*ataraxía*) en lo que depende de la opinión, y la moderación de las pasiones (*metriopátheia*) en lo necesario» (*op. cit.*, p. 35). La *ataraxia* epicúrea «es una liberación del temor» (*op. cit.*, p. 37). Continúa el autor sosteniendo que «de Zenón y Crisipo a Cicerón, Séneca y Marco Aurelio, la misma idea resuena a lo largo de medio milenio en las escuelas estoicas de Grecia y de Roma. La naturaleza coincide con lo que es racional; lo que importa es que el hombre se comporte *según la razón*, le pase lo que le pase» (*op. cit.*, p. 38). En efecto, «no se trata de "aguantar" pasivamente o de desinteresarse con indiferencia, sino de considerar a la situación en que se

extrínsecos. Uno de los elementos del Derecho es la conducta humana, que no es más que la libertad fenomenalizada. El Derecho es intersubjetividad, que significa confrontación de voluntades.

Para autorizada doctrina española, la autonomía privada «es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses. Es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegada por el mismo titular de ellas. Podría definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica».[3] Agrega la citada doctrina que: «[...] no se trata simplemente de reconocer un ámbito de libre actuación a la persona, sino de algo más. No es por esto autonomía privada lo mismo que la libertad individual. Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica».[4]

Se sostiene que el acto de autonomía es libre, eficaz, vinculante y preceptivo. Asimismo, se incurre en equívoco cuando se habla de «autonomía de la voluntad», porque «el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino el

---

encuentra uno y las cosas en ella con mirada alerta para discernir, distinguir y hallar la prosperidad y bienestar» (*op. cit.*, p. 39). Así, «la ataraxia consiste en un término medio (*mesótes*) y no, en modo alguno, en la falta de reacción, impasibilidad o ausencia de indignación y coraje, que es expresamente censurada. No es, pues, falta de emoción, sino su mesura» (*op. cit.*, p. 40). Para el autor, «la ataraxia consiste en un estado de *alerta*, que es serenidad y clarividencia *en orden a la acción*. El valor en los peligros, y sobre todo en los peligros súbitos, inesperados e imprevistos, es una actitud hecha de serenidad, de calma perspicaz, que permite obrar con prontitud y acierto, aun sin una preparación previa [...]. Adviértase la enorme distancia semántica entre la abstención o suspensión de los escépticos, la "apatía", la ausencia de perturbación y dolor de los epicúreos y este sereno y tenso estado de alerta frente a todo peligro inesperado» (*op. cit.*, pp. 40-41). La ataraxia griega corresponde al «sosiego español» (*op. cit.*, p. 41). Así, «el hombre, aun en las situaciones más apretadas, es capaz de retraerse a sí mismo y *sosegarse*, acaso mediante un enérgico esfuerzo. Es siempre algo que el hombre hace, que tiene que lograr, pero cuando lo consigue no ha llegado a otra cosa, sino *a sí mismo*. El sosiego es la autenticidad conquistada desde la alteración o el enajenamiento» (*op. cit.*, p. 42). Por ello, comparto plenamente que «no es en la "angustia" sino en esa "calma" que la supera y pone en ella orden, donde el hombre puede verdaderamente tomar posesión de su vida y, en efecto, "existir"; en ella propiamente se humaniza» (*op. cit.*, p. 46).

[3] DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982, p. 387.

[4] *Ibid., loc. cit.*

individuo, la persona, como realidad unitaria».[5] Dentro de este contexto, el negocio jurídico puede definirse «como un acto de autonomía privada».[6]

Recientemente, autorizada doctrina nacional, partiendo de una premisa iusfilosófica, ha entendido que «la libertad es el sustento de la voluntad».[7] Dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que: «[...] cuando nos referimos al acto «jurídico» como un acto «voluntario», estamos haciendo dos simultáneas afirmaciones. La primera, que el acto «jurídico», como cualquier otro acto, es una expresión contemporánea de la libertad que es mi existencia; y la segunda, que la voluntad no se presenta o se da solitaria, sino que se manifiesta conjuntamente con todas las demás potencias de mi *psique*. Es decir, con el discernimiento o inteligencia y con nuestros sentimientos o pasiones.[8]

Se concluye que: «[...] la "autonomía" radica en la persona en cuanto esta es un ser libertad. Es el ser humano, en tanto ser libre, quien es autónomo o autárquico. Es en la libertad donde radica su autonomía. Es esta libertad la que sustenta o fundamenta la "voluntad" y los demás ingredientes del psiquismo. Es su supuesto. Resulta equívoco, como se ha sostenido, referirse a la "autonomía" de la "voluntad". En todo caso, esta expresión debería entenderse como que la "voluntad" es la expresión fenoménica de la autonomía inherente a la libertad constitutiva del ser humano».[9]

Como advirtiera al comentar el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, para cierta doctrina brasileña, el negocio jurídico, a través de la autonomía privada, es otra fuente de derecho, por cuanto *positiviza* normas jurídicas.[10] Según esta doctrina, el negocio jurídico es importante

---

[5] *Ibid., loc. cit.*

[6] BIANCA, Masssimo. *Diritto civile 3. Il contratto*. Milán: Giuffrè, 1987, p. 9.

[7] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El supuesto de la denominada «autonomía de la voluntad»». En: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2000, p. 243. El autor afirma que «la autonomía de la que goza la persona en la esfera de las relaciones jurídicas encuentra en ella [la libertad] su fuente generadora. La llamada «autonomía de la voluntad2 es una realidad básica y fundamental de lo jurídico, un principio de derecho. El acto, producto de una decisión libre y actuado por la voluntad y las demás potencias o energías de la persona, se exterioriza en el mundo. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se centrará jurídicamente en la validez, el poder vinculante y en la calidad preceptiva de los actos que se sustentan, en última instancia, en la libertad» (*loc. cit.*).

[8] *Ibid.*, pp. 251-252.

[9] *Ibid.*, pp. 254.

[10] REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 6ª edición. Madrid: Pirámide, 1984, p. 112.

en tanto fuerza generadora de normas jurídicas no, en este caso, de generales, sino de particulares, porque solo vinculan a los participantes de la relación jurídica.[11] De esta manera, se desprenden dos supuestos:[12]

a) que las partes se ajusten a los modelos previstos en las leyes dispositivas; y
b) que construyan estructuras negociales atípicas que no correspondan a los tipos elaborados por el legislador.

De ello se desprende que existen dos tipos de autonomía[13]:

a) Autonomía creadora de normas jurídicas
b) Autonomía creadora de relaciones jurídicas

En el ámbito de la doctrina nacional, también se admite que «el acto jurídico es una fuente formal del derecho, aun cuando las normas que generan sean de un alcance particular».[14] Se ha criticado, en opinión que comparto, que la autonomía privada, a través del negocio jurídico, sea considerada fuente de derecho. En efecto: «[...] no cabe reconocer a la autonomía privada como fuente de normas jurídicas si por norma jurídica entendemos el mandato con eficacia social organizadora o con significado social primario. El poder individual carece de aptitud para crear normas de derecho. Puede, sin embargo, manifestarse como poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas».[15]

De esta manera, el gobierno individual de las relaciones jurídicas en que el individuo toma parte, a través de la autonomía privada, se desarrolla en un doble sentido:[16]

a) es un poder de constitución de relaciones jurídicas; y
b) es un poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas.

Siguiendo la doctrina española citada, se afirma que: «esta eficacia preceptiva indudable de la autonomía privada ha hecho que algunos autores la consideren como fuente de derecho objetivo, es decir, como poder de

---

[11] *Ibid.*, p. 136.
[12] *Ibid.*, p. 137.
[13] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 388.
[14] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 207.
[15] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.* El propio Miguel REALE define a la norma jurídica como una «estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de manera objetiva y obligatoria» (*op. cit.*, p. 74).
[16] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

eficacia de creación de normas jurídicas». Sin embargo, se advierte la diferencia entre las normas jurídicas y el negocio jurídico, observando que: «[...] la diferencia estriba en que los preceptos del primer tipo (leyes, costumbres, etc.) tienen una eficacia primaria de organización social que les otorga el rango de normas jurídicas, mientras que los preceptos del segundo tipo (preceptos privados, negocios jurídicos) carecen de aquel significado, limitándose a servir de reglas de conducta en las relaciones interparticulares, lo que les priva de la categoría de normas jurídicas. Pero no puede negarse que todo acto de autonomía contiene un precepto, una regla».[17]

En efecto, la autonomía privada, a través del negocio jurídico, crea normas (entendidas como reglas de conducta), que son las relaciones jurídicas objeto del mismo (con efectos entre las partes); pero no crea normas jurídicas que, por su especial naturaleza, tienen eficacia social. Por ello, se sostiene que: «[...] basta tener en cuenta que la esencia de la norma consiste en un mandato general y abstracto, proveniente de un sujeto (una autoridad) superior, o bien en un acto heterónomo; el negocio, por el contrario, es una expresión de la autonomía de los particulares, a los que está permitido dar regla, por sí mismos, a sus propios intereses, pero no mandar a los demás, y con la asunción, por añadidura, de las cargas establecidas por las normas legales que regulan la materia y dentro de los límites que estas imponen».[18]

Según otro sector de la doctrina española, es importante distinguir y evitar intercambiar los conceptos de libertad jurídica y autonomía de la voluntad. La libertad jurídica (que no define esta doctrina) consistiría en actuar libremente con trascendencia jurídica y tiene dos manifestaciones:[19]

a) constitutiva, que consiste en establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y
b) normativa, que consiste en regular total o parcialmente esas relaciones. Dentro de esta se encontraría la autonomía de la voluntad. Esta doctrina comprende aquí la ley, la costumbre y los principios generales

---

[17] *Ibid.*, p. 389.

[18] SCOGNAMIGLIO, Renato. «El negocio jurídico: aspectos generales». En: BETTI Emilio; Francesco GALGANO; Renato SCOGNAMIGLIO; y Luigi FERRI. *Teoría general del negocio jurídico 4. Estudios fundamentales*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 175-176.

[19] GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I* («Parte General»). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1979, p. 652.

del derecho, y cae en el mismo error de confundir norma jurídica con norma-regla de conducta (y, dicho sea de paso, comparte la tradicional concepción de fuentes de derecho que incluye a los denominados principios generales del derecho).

En resumidas cuentas, «el negocio jurídico sería el instrumento técnico para realizar la libertad jurídica, en cualquiera de sus aspectos, separada o conjuntamente».[20] De ello tenemos que:

a) El matrimonio no es más que un negocio constitutivo, ya que la libertad jurídica en esta institución está limitada a establecer dicha relación jurídica. La libertad normativa (autonomía de la voluntad) está sustraída a los particulares.
b) El testamento es un negocio normativo parcial.
c) El contrato de compra-venta es un negocio normativo total.

En mi opinión, esta propuesta doctrinaria resulta interesante; pero está impregnada de un dogmatismo inútil. En efecto, la discusión acerca de si el negocio jurídico resulta ser un instrumento de la autonomía privada o de la libertad jurídica acusa tintes de filigrana mental. Ello se verá con más evidencia cuando se analice la diferencia conceptual entre acto y negocio jurídico.

2. Esbozo para una introducción a la teoría del negocio jurídico

Se ha afirmado que tres son las características de la figura conceptual del negocio jurídico:[21]

2.1. Historicidad

El concepto de negocio jurídico surge a finales del siglo XVII y a principios del siglo XIX «como una respuesta que los juristas teóricos dan a una serie de problemas prácticos y presupone una evolución determinada del pensamiento jurídico».[22]

Se afirma que «el concepto o idea de *negocio jurídico* es una conquista de los civilistas modernos; en concreto, es la aportación básica de la

[20] *Ibid., loc. cit.*
[21] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 500.
[22] *Ibid., loc. cit.*

pandectística alemana al aplicar el método inductivo deductivo, en combinación con el iusnaturalismo racionalista, al estudio de las Pandectas de Justiniano».[23]

Se sostiene que «el vocablo "negotium" se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero [fue] usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico».[24] A ello se agrega que «desarrollando esta idea, Althusio (1617) trata, en la parte general de su sistema, del "negotium symbioticum" (de cooperación humana) como "factum civile" o negocio de este mundo, al que caracteriza como "actividad humana que precede al establecimiento de derechos"».[25]

Alcanzada por la dogmática civilista en el siglo pasado la distinción primaria entre acto y negocio, el primer instrumento legislativo en acoger el nuevo planteamiento fue el Código Civil de Sajonia en 1863.[26]

2.2. Abstracción

El negocio jurídico aparece como un supraconcepto.[27] El negocio jurídico «es un concepto coextensivo al de la autonomía privada; reduce a una unidad conceptual toda posible manifestación de esta, tanto del derecho de familia (acto de matrimonio, reconocimiento del fijo natural, etc.) y del derecho sucesorio (testamento), cuanto del derecho patrimonial (contratos, promesas unilaterales, etc.)».[28] Se afirma que los juristas piensan en diversos

---

[23] GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 654.

[24] DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 19.

[25] *Ibid.*, p. 20.

[26] Cuyo artículo 88 establece que «un acto cuya voluntad se dirige, en concordancia con las leyes, a crear, extinguir o modificar una relación jurídica es un negocio jurídico» (en GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 655).

[27] Se sostiene que «la teoría del derecho se mueve a impulsos de sucesivas abstracciones y de sucesivas generalizaciones. Cada concepto procede de una abstracción de experiencias concretas» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*).

[28] GALGANO, Francesco. «*Il negozio giuridico in Germania e in Italia*». En: GALGANO, Francesco y Franco FERRARI. *Atlante di diritto privato comparato*. Bolonia: Zanichelli, 1992, p. 53. En este sentido, se sostiene que el negocio jurídico «es —un poco— como el hijo de un clima cultural particularmente sensible a las conceptualizaciones y a las sistematizaciones, derivadas de esfuerzo de introducir elementos de racionalización en el tronco del método iusnaturalístico» (FERRI. «El negocio jurídico». En: BETTI, GALGANO, SCOGNAMIGLIO y FERRI, *op. cit.*, p. 190).

grados de abstracción;[29] así, al nivel de derecho comparado: «[...] el *common law* se ha detenido en el primer grado de abstracción: *contract* es solamente aquello que en el *civil law* se define como contrato a título oneroso. El lenguaje jurídico corresponde al lenguaje "de las cosas"»; para el *common law*, es contrato lo que es tal según el sentido común, es decir, el acuerdo para el intercambio de una prestación con una contraprestación. El sistema romano-francés se ha detenido en el segundo grado de abstracción: el contrato puede ser a título oneroso o gratuito. El sistema romano-alemán ha llegado hasta el tercer grado de abstracción: el negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral».[30]

2.3. Instrumentalidad

El concepto de negocio jurídico, «más que un término legislativo en sentido propio, es una construcción de carácter científico».[31] Dentro de esta posición, se alinea quien sostiene que «el negocio jurídico se caracteriza por ser un instrumento puesto al servicio de los interesados para que ejerzan, con las

---

[29] Proponiéndose el siguiente esquema:

«-Primer grado de abstracción:

La compraventa y el arrendamiento son acuerdos para el intercambio de prestaciones siempre y cuando se trate de prestaciones distintas una de la otra; de ambos se puede obtener, por abstracción, el concepto de contrato como acuerdo para el intercambio de prestaciones;

-Segundo grado de abstracción:

La donación tiene en común con la compraventa el hecho de ser un acuerdo para la ejecución de una prestación; pero en la primera no existe intercambio con una contraprestación. De ello se obtiene, por abstracción, un concepto de contrato que prescinde del intercambio de prestaciones y que presenta dos subespecies: el contrato a título oneroso, basado en el intercambio, y el contrato a título gratuito, no basado en el intercambio;

-Tercer grado de abstracción:

La compraventa, la donación y el testamento tienen en común el hecho de ser declaraciones de voluntad con las cuales se dispone de derechos propios; pero el testamento no requiere, como sí lo hacen la compraventa y la donación, de dos declaraciones de voluntad concordantes, destinadas a conformar un acuerdo: basta la voluntad del solo disponente. Por abstracción puede obtenerse, entonces, el concepto de declaración de voluntad, o negocio jurídico, del cual son subespecies, a su vez, tanto el contrato a título oneroso cuanto el contrato a título gratuito» (GALGANO, Francesco. «El crepúsculo del negocio jurídico». En: BETTI, GALGANO, SCOGNAMIGLIO y FERRI, *op. cit.*, pp. 103-104).

[30] *Ibid.*, p. 104.

[31] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

limitaciones del ordenamiento, la potestad de establecer un precepto con un contenido reglamentador de sus intereses».[32]

Sin embargo, se afirma que «el valor fundamental del negocio jurídico es un valor conceptual».[33] Se sostiene así que «el trazar las líneas generales del negocio jurídico, destacar el significado de sus elementos y poner de relieve su fundamento es una tarea necesaria para ver en conjunto y apreciar bien el significado institucional de la autonomía privada».[34] Ello debido a que, «conocidas las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, se podrán colmar las lagunas del texto codificado»,[35] pudiéndose «librar del limbo jurídico»[36] a determinadas figuras jurídicas.

3. Hecho, acto y negocio jurídico

3.1. Hecho jurídico

El ser humano, a lo largo de su vida y como ser ontológicamente libre, realiza una serie de acciones de diversa índole y, como consecuencia, dichas acciones tienen distintos efectos. Lo que habría que preguntar es por qué algunas acciones tienen efectos jurídicos y otras no. La respuesta que se da es que entre acción y reacción hay un nexo causal, que es el ordenamiento jurídico. Sin dicho nexo no habría consecuencia relevante para el ordenamiento jurídico. Autorizada doctrina italiana define así a los hechos jurídicos: «[...] por hechos jurídicos se entienden aquellos *acontecimientos* o aquellas *situaciones* (o *estados*) que produzcan una modificación de la realidad jurídica, o sea, un efecto *jurídico*, y que por eso son *jurídicamente relevantes*. Los hechos jurídicos son los *antecedentes necesarios (aunque no siempre suficientes)* para que se produzca un efecto, cualquiera que sea, en el mundo jurídico: sin hechos jurídicos (relevantes), el ordenamiento jurídico permanece inerte y no nacen efectos jurídicos».[37]

---

[32] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed. Lima: Grijley, 1994, p. 46.

[33] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 501.

[34] DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 23.

[35] *Ibid., loc. cit.*

[36] *Ibid.*

[37] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 321.

Frente a esta posición, autorizada doctrina nacional prefería utilizar el *nomen* «hecho jurígeno»[38] para referirse a todo hecho que produce una consecuencia de derecho. Lo que se debería precisar es que el hecho por sí mismo no produce efectos jurídicos, no los genera, ya que esto está condicionado por el ordenamiento jurídico y, por ello, me parece más propia la nomenclatura de *hechos jurídicos*.

Al utilizar la expresión *hecho jurígeno*, se está aludiendo a un hecho que de por sí genera consecuencias jurídicas. Esta nomenclatura confunde una realidad con una posible consecuencia. Al hablar de hecho jurídico ya se está haciendo referencia al resultado (hecho que produce consecuencias jurídicas). Dicha denominación no impide concebir la existencia de un nexo causal entre hecho y efecto.

En resumidas cuentas, es hecho jurídico aquel que produce efectos jurídicos, ya que el ordenamiento legal así lo prescribe. Aquí se configura la causa inicial (hecho jurídico) con la causa final (efecto jurídico), las mismas que están vinculadas por un nexo causal (ordenamiento jurídico).[39]

3.2. Clasificación de los hechos jurídicos

3.2.1. Hechos jurídicos naturales

Son aquellos en los cuales no participa la voluntad humana y existe una presencia de los fenómenos de la naturaleza, que son la causa de dichos hechos.[40] Pueden ser considerados hechos jurídicos naturales el nacimiento, la desaparición y la muerte. Por ejemplo, el transcurso del tiempo, recogido y valorado por el ordenamiento jurídico, puede asumir la calificación de plazo (acontecimiento futuro y cierto del cual dependen los efectos del acto jurídico). Insisto que el tiempo, por sí solo, no puede producir efectos jurídicos. Se requiere, como mencioné anteriormente, que el ordenamiento jurídico le dé relevancia a tales hechos.

---

[38] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil* (concordado con el Código Civil de 1984), t. II. Lima: WG Editor, 1991, p. 23.

[39] Así, se sostiene, con razón, que «el hecho para ser hecho jurídico necesita una declaración de la ley que vincula tal hecho a determinado efecto jurídico» (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. «El negocio jurídico». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, n.° 1, 1972, p. 122).

[40] Así, «se les denomina bien naturales, bien hechos jurídicos en sentido estricto, bien hechos jurídicos, a secas, dando por sobreentendido que la expresión no abarca los hechos voluntarios» (ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993, p. 18).

3.2.2. Hechos jurídicos legales

Cierto sector de la doctrina nacional introduce la clasificación de hechos legales, manifestando que: «[...] la ley sí es productora de consecuencias jurídicas modificando la situación pre-existente (cuando, por ejemplo, lo que era comerciable deja de serlo); pero aclarando que lo es de forma mediata y en ausencia del hecho o acto o de una voluntad consciente dirigida a obtener el efecto que la ley asigna. De alguna manera, podríamos llamarlos efectos colaterales. A tal fin, podrían mencionarse como ejemplos el caso de la hipoteca legal y el de la garantía por construcción».[41]

Los supuestos de la hipoteca legal están regulados en los artículos 1118 y 1119 del Código Civil.

La ley, el orden jurídico o, si se quiere, el derecho, siempre recogerá hechos de la conducta humana, que luego son valorizados para después convertirlos en jurídicos, vale decir, que tengan efectos jurídicos. En sentido estricto, la ley recogerá, ora hechos humanos, ora hechos naturales, mas nunca a la ley misma, ya que no puede recoger ni valorar ni asignarle efectos jurídicos a aquellos hechos, relaciones o situaciones que ya han sido recogidos, valorados y *juridizados*, como es el caso de la ley.

3.2.3. Hechos jurídicos humanos

Son aquellos en los cuales es relevante la voluntad humana. A su vez, los hechos jurídicos humanos se subclasifican en:

3.2.3.1. Hechos jurídicos humanos involuntarios

Son aquellos hechos que realiza el hombre; pero cuya consecuencia no es deseada e incluso pueden haber sido realizados sin discernimiento.

3.2.3.2. Hechos jurídicos humanos voluntarios

Son aquellos hechos que se realizan, siguiendo al Código Civil argentino, con discernimiento, intención y libertad. Para autorizada doctrina argentina, el discernimiento es «la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias»;[42] la intención es el ejercicio correcto del discernimiento;[43] y la libertad es la facultad de elección entre varias opciones.[44] Estos hechos se distinguen en:

---

[41] LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 27.

[42] CIFUENTES, Santos (con la colaboración de COBAS y ZAGO). *Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 37.

[43] *Ibid.*, p. 37. El autor afirma que la intención es «la tendencia o dirección de la voluntad esclarecida por el discernimiento para ese hecho» (*loc. cit.*).

a) Hechos jurídicos voluntarios ilícitos

Es aquí donde surge la discusión doctrinaria. Se dice que estos hechos no constituyen actos jurídicos, en contraposición a los hechos jurídicos humanos voluntarios lícitos que, según el Código Civil peruano, son los únicos que pueden configurarlo. El razonamiento de este sector de la doctrina descansa en el hecho de que por ser ilícito se abandona la estructura del acto jurídico. Ejemplo de un hecho jurídico voluntario ilícito sería la simulación (artículos 190 y 191 del Código Civil).

Para autorizada doctrina italiana, «[...] actos *ilícitos* (desde el punto de vista del derecho privado y prescindiendo de los actos ilícitos penales) son aquellos que, queridos por el sujeto que los realiza y cumplidos contra una norma de ley, producen un *daño* a otro sujeto; y, a causa de ello, importan, para quien ha realizado el acto, la obligación de *resarcir* el daño inferido. El acto ilícito puede ser *extracontractual* o *contractual*. En este segundo sentido, coincide con el hecho del incumplimiento voluntario de una obligación».[45]

Sin embargo, la doctrina que vengo citando distingue el acto ilícito del negocio ilícito. En el primero, «un efecto jurídico (a cargo de quien lo comete, o de quien debe responder de él) *se verifica contra la voluntad* del agente».[46] En el segundo, «el efecto que perseguiría quien declara la voluntad *no se verifica, aun cuando sea querido*».[47] En el caso de los actos ilícitos, el efecto jurídico no querido, al cual se está haciendo referencia, es a la obligación de resarcir el daño. Los negocios ilícitos, a su vez, se subclasifican en negocios ilegales, negocios contrarios al orden público y negocios inmorales.

---

[44] *Ibid.*, p. 42. El autor sostiene, además, que «la facultad de elección puede recaer [tanto] sobre motivos propios del agente que toma la decisión, y es la libertad moral, como sobre la posibilidad material de ejecutar o manifestar el acto, y es la libertad física» (*op. cit.*, pp. 42-43).

[45] MESSSINEO, *op. cit.*, p. 337.

[46] *Ibid.*, p. 478.

[47] *Ibid., loc. cit.* El autor afirma que «en general, el negocio ilícito es aquel al que el ordenamiento jurídico no solo no presta su garantía, sino que además le niega validez en consideración al hecho de que, aun siendo perfecto desde el punto de vista de sus elementos y requisitos, *se propone fines no-consentidos*; se tiene, aquí, un límite a la libertad o autonomía negocial.

En tal negocio, debe tenerse en consideración la *causa* jurídica concreta en que se inspira; incluso, la mayor parte de los negocios ilícitos está constituida, precisamente, por los que tienen *causa ilícita*. Se habla también de *contenido prohibido* [del negocio]» (*loc. cit.*).

Vistas bien las cosas, hay una exacta correspondencia entre el binomio hechos jurídicos humanos voluntarios ilícitos-actos ilícitos y el de actos ilícitos-negocios ilícitos.

b) Hechos jurídicos voluntarios lícitos

Tradicionalmente se les entiende como aquellos que no contravienen al ordenamiento legal imperante[48] o los que «no sea(n) contrario(s) a las normas de orden público ni a las buenas costumbres».[49] Incluso, hay quien distingue una «acepción objetiva y otra subjetiva de licitud».[50] Sin embargo,

---

[48] Como pareciera interpretarse de la siguiente afirmación: «[...] no son dignas de protección jurídicas [las conductas] cuando vulneran el orden público, las normas imperativas o las buenas costumbres, o atentan contra derechos legítimos de terceros, o estatuyan sobre el estado y la capacidad, o sobre atributos esenciales de las personas (cf. artículo 5 Del Código Civil) o, en general, que estén prohibidas por ley [el subrayado es mío]» (LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 80). En este mismo sentido, quien sostiene que «ilicitud, en términos amplios, es obrar contrariando a la ley, o sea, el acto reprobado por la ley» (CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil. Parte general.* 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 261). De igual parecer es quien sostiene que al concepto de acto lícito «se le define comúnmente como todo acto u omisión (faz activa y pasiva de la actividad), celebrados en cumplimiento de los preceptos legales o en uso de las facultades conferidas por ellos» (BOFFI BOGGERO, Luis María. *Estudios jurídicos. Primera Serie.* Buenos Aires: Centro de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, p. 67). Particular mención merece quien, sosteniendo que la ilicitud es la violación «de leyes que no pueden ser transgredidas», establece que «la ilicitud puede resultar de una *ilegalidad* o de una *inmoralidad*; ambas conducen al mismo resultado.

Para que haya *ilegalidad* es necesario que la ley transgredida sea de *orden público*; para que haya *inmoralidad*, con consecuencias en el orden jurídico, es menester que haya un atentado contra las *buenas costumbres*» (PESCIO VARGAS, Victorio. *Manual de Derecho Civil*, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, pp. 305-306).

[49] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico.* 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 130.

[50] Así, desde el punto de vista objetivo, «un acto es conforme al ordenamiento jurídico y, por tanto, lícito cuando no viola normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres». Por otro lado, «en su acepción subjetiva, el acto voluntario con el que se transgrede el ordenamiento jurídico es ilícito si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; si falta el dolo o culpa, el acto es lícito» (TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico.* Lima: San Marcos, 1998, pp. 36-37). En mi opinión, en esta diferenciación existe una confusión entre ilicitud (juicio de valor respecto del acto) y el factor de atribución en materia de responsabilidad civil (que responde a la pregunta a título de qué se es responsable): el dolo y la culpa son factores de atribución subjetivos. La ilicitud (o antijuricidad como prefieren otros) permite establecer qué daños son susceptibles de ser resarcidos (si se producen en el ejercicio

el concepto de licitud no debe ser confundido con el de legalidad. Esta última «significa, en el sentido más amplio y general, existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometidos».[51] La licitud, en cambio, es la conformidad con los valores jurídicos, entre ellos y en primer orden, la justicia. Es por ello que existe una afinidad conceptual entre ilicitud y acto conforme al valor justicia (vale decir, justo). En otras palabras, se podría decir, que legalidad es la conformidad con la ley, mientras que la licitud es la conformidad con la justicia, entendida como «la expresión unitaria e integrante de todos los valores de la convivencia, [que] presupone el valor trascendental de la persona humana y representa, a su vez, el presupuesto de todo el orden jurídico».[52].

A su vez, los hechos jurídicos voluntarios lícitos se distinguen en hechos jurídicos voluntarios lícitos con (o sin) sin declaración de voluntad[53]

---

regular de un derecho, en legitima defensa o en estado de necesidad, no son susceptibles de resarcimiento). El juicio de valor del acto dañino se desenvuelve en un escenario totalmente distinto del factor de atribución del mismo. Por lo tanto, un acto no es ilícito porque se haya realizado con dolo y la culpa, sino porque, a través de este acto, se ha producido un daño, lesionando una situación jurídica digna de tutela. Sin embargo, debe tenerse presente que «desde la vertiente de la Teoría del Derecho [...], al ser jurídica toda la conducta humana intersubjetiva, debemos concluir que no cabe utilizar la expresión de "antijurídica" para calificar a determinada conducta humana intersubjetiva. En definitiva, deberíamos eliminar esta expresión del léxico jurídico, ya que no existe objeto alguno en el mundo del Derecho que responda a este vocablo. Existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido, lo lícito y lo ilícito, pero no lo "antijurídico"» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho». *Temas de Derecho*, n.º 3, 1996, p. 31).

[51] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5ª ed. Barcelona: Bosch, 1979, p. 598.

[52] REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho 1. Introducción filosófica general*. Madrid: Pirámide, 1979, p. 226. El autor afirma que «el bien considerado como valor social es a lo que denominamos propiamente como *lo justo* y constituye el valor fundante del Derecho» (*loc. cit.*).

[53] Como diferencia, TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 2001, p. 15. BELTRÁN PACHECO prefiere distinguir el hecho humano voluntario lícito «con o sin manifestación de voluntad en la medida que se logre exteriorizar la voluntad interna mediante algún canal de comunicación expreso o a partir de la valoración de una serie de rasgos conductuales que conllevarán a una manifestación tácita» (BELTRÁN PACHECO, Jorge. «La revelación de lo oculto: la simulación del acto jurídico, mentiras y verdades». *Diálogo con la jurisprudencia*, año 7, n.º 37, octubre, 2001, p. 93.

o, como prefiere otro sector de la doctrina nacional, con (o sin) efecto inmediato de producir consecuencias jurídicas.[54]

3.3. *Fattispecie* o supuesto de hecho

Doctrina italiana que ha devenido en clásica ha advertido que se debe distinguir el hecho jurídico de la *fattispecie*, llamada también supuesto de hecho. Así, por *fattispecie* se entiende la peculiar «*figura jurídica*, o *situación típica*, o *hipótesis*, *a la que la norma se refiere*, con su precepto o prohibición, y que es el presupuesto o conjunto de presupuestos [...] *para la aplicación* de la norma misma y para la producción de los efectos jurídicos».[55]

La *fattispecie* es una abstracción normativa, especie del género hecho jurídico, a la cual sería mejor denominar hecho genérico o hecho constitutivo. La *fattispecie* precede a la norma y a los efectos de la norma cuando esta se convierte en un hecho factible, concreto, es decir, cuando se hace realidad.[56]

Como se mencionó, la norma jurídica regula a la *fattispecie*, ya sea admitiéndola o prohibiéndola. Asimismo se clasifica en:[57]

- *fattispecie* simple cuando se trata de un presupuesto jurídico; y
- *fattispecie* compleja cuando se refiere a un conjunto de presupuestos jurídicos.

La *fattispecie* simple y llanamente es un supuesto de hecho típico al cual la norma se refiere y al que lógicamente le adscribe un determinado efecto.

---

[54] TORRES VÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 39. El autor sostiene, además, que «los simples actos lícitos que tienen trascendencia en la vida de relación social son regulados por el Derecho, confiriéndoles algunos efectos, previo el cumplimiento de determinados requisitos y con independencia de lo que quiso el agente al llevarlos a cabo, verbi gracia, la adquisición de la posesión o el dominio de los bienes producto de estas actividades (los bienes producto de la caza, la pesca, la siembra, la cosecha, el cuadro, la estatua, etc.), surgiendo así en forma mediata relaciones jurídicas en las cuales los sujetos del deber son todos y cada uno de los miembros de la colectividad que están en la obligación de no lesionar ese derecho de posesión o de propiedad.

[...] A los actos meramente lícitos con trascendencia jurídica que se asemejan al acto jurídico, pueden serle aplicables las normas del acto jurídico. Pero si estos actos no guardan semejanza con el acto jurídico, como sucede con los actos reales, no es posible aplicarles las normas del acto jurídico, puesto que no se puede hablar de nulidad, anulabilidad, vicios de la voluntad, confirmación, etc. Los efectos de estos actos serán los que específicamente la ley les atribuye» (*op. cit.*, pp. 40-41).

[55] MESSINEO, *op. cit.*, p. 321.

[56] *Ibid.*, p. 322.

[57] *Ibid.*, p. 321.

3.4. Acto jurídico

En la delimitación conceptual que traza la doctrina nacional tradicional, es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos jurídicos. Así, se ha afirmado que el acto jurídico: «[...] es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquel descarta la involuntariedad y la ilicitud. Lo primero es indudable. La palabra misma "acto" indica una determinación de voluntad. Mas algunos son de opinión de que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito (Ennecerus). Este parecer es inaplicable dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico».[58]

El artículo 140 del Código Civil establece que «el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas».[59]

La teoría del acto jurídico es producto de la doctrina clásica francesa, que no fue recogida por el Código Civil francés de 1804. Sin embargo, dicha teoría fue asimilada, aunque con ciertas variantes, en Latinoamérica. Así, tenemos que fue recogida por el Código Civil chileno de 1857; por el *Esboço* de Texeira de Freitas; y por el Código Civil argentino, cuyo artículo 944[60] inspiró a Olaechea, quien en 1925 presentó en el anteproyecto a la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852 la siguiente propuesta: «[...] son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos».[61] El artículo 1075 del Código Civil de 1936 no definió lo que es el acto jurídico.[62]

---

[58] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil. Acto jurídico* (concordado con el Código Civil de 1984), t. II. Lima: WG Editor, p. 36.

[59] A propositito de la redacción de este numeral, se propone «la supresión de la definición clásica contenida en el artículo 140 del Código y que se deje en libertad al intérprete de optar por una concepción o por la otra (acto o negocio jurídico), teniendo en cuenta que se trata de un tema doctrinario, bastante discutido y opinable como todos» (TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. «La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico». *Thémis*, segunda época, n.º 30, 1994, p. 65).

[60] Este establece que «son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos».

[61] *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*, creada por Supremo Decreto del 26 de agosto de 1922. 2ª ed. Fascículo IV. Sesiones 101 a 120. Lima: Imprenta C.A. Castrillón, 1928, p. 208. En el texto original, se comete un error (asumo tipográfico) al citar al artículo 978 del Código Civil argentino, como fuente inspiradora de la propuesta peruana, debiendo ser, como ya se señaló, el artículo 944 del citado cuerpo legislativo.

Según acreditada doctrina nacional, el acto jurídico se diferencia del negocio jurídico en los siguientes aspectos:

- El presupuesto de los negocios jurídicos es la declaración o manifestación de voluntad. No ocurre lo mismo en todos los actos jurídicos ni en los actos ilícitos por negligencia.[63]
- La finalidad de las partes en el negocio es crear un vínculo; en los actos no negocios, el vínculo aparece por imperio de la ley, sin tener su origen en una manifestación volitiva.[64]
- La intención es indispensable en el negocio jurídico; no necesariamente en el acto jurídico.[65]

Para aquellos que siguen la doctrina tradicional, el problema de la distinción entre acto y negocio jurídico se reduce al de una «sinonimia conceptual»[66] y optan por el *nomen iuris* de acto jurídico «por razones de tradición jurídica».[67] Desde mi particular punto de vista, se observan las siguientes distinciones:

- Tanto el acto como el negocio jurídico son especies del género hecho jurídico, pero el negocio jurídico es una *sub specie* del acto jurídico.
- El acto jurídico se materializa a través de la manifestación de la voluntad (entendida como «la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos»[68]); el

---

[62] Solo se limitaba a establecer los requisitos para su validez. Así, prescribía que: «para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no está prohibida por la ley».

[63] LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 52.

[64] *Ibid.*, p. 53.

[65] *Ibid., loc. cit.*

[66] VIDAL RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 53. En este mismo sentido, TORRES VÁSQUEZ sostiene que «para el derecho peruano, las expresiones «acto jurídico» y «negocio jurídico» son sinónimas. La distinción entre ambas expresiones es solamente doctrinaria» (TORRES VÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 49).

[67] Así, ZUSMAN TINMAN, Shaschana y Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. «De los actos jurídicos. Anteproyecto sustitutorio». En: *Proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, t. II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, p. 41. En sentido contrario, Lizardo TABOADA CÓRDOVA cuando sostiene que «lo que no podemos afirmar en sentido alguno es que entre ambas nociones exista una relación de sinonimia conceptual, pues esta solo se dio en las versiones clásicas» (*op. cit.*, p. 65).

[68] LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 102.

negocio, a través de la declaración de la voluntad (entendida como «aquel acto responsable que exteriorizando la "coordinación jerárquica de nuestros deseos", tiene como propósito producir efectos jurídicos mediante la comunicación de la voluntad contenida en la expresión»[69]). Nótese que la relación entre manifestación y declaración de voluntad es de género a especie.[70] Sin embargo, en ambos supuestos, las consecuencias jurídicas ya se encuentran predeterminadas por el ordenamiento jurídico.

- Dentro de esta concepción, es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito. La licitud (o ilicitud) de un hecho humano voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de acto. Para un sector de la doctrina, el negocio jurídico solo puede ser lícito cuando el ordenamiento jurídico faculta a las partes para autoregularse en virtud del principio de la autonomía privada y esta tendría como límite su «fin lícito»[71]. Sin embargo, para otro sector de la doctrina, en opinión que comparto, también podría configurarse un negocio jurídico ilícito.
- Lo que se legisla en el artículo 140 del Código Civil (teniendo como antecedentes el artículo 1075 del Código Civil de 1936 y el artículo 1235 del Código Civil de 1852[72]) no es el acto jurídico sino el negocio jurídico, porque alude a la intención de las partes para determinar sus efectos y a sus requisitos:
  - agente capaz;
  - fin lícito;
  - objeto física y jurídicamente posible; y
  - observancia de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad.

---

[69] Siguiendo a DEMOGUE, *Ibid., loc. cit.*

[70] *Ibid., loc. cit.*

[71] En este sentido, quien sostiene que «como el efecto del negocio jurídico es protegido por el derecho, es obvio que el negocio jurídico es solamente el acto lícito, porque el ilícito —aparte de la eventual aplicación de normas penales— produce consecuencias contrarias a los fines perseguidos por el autor: el ordenamiento jurídico impide que el acto produzca los efectos que pretendía [...] o constriñe a su autor a reparar la lesión causada a otro» (STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 2).

[72] Este establecía que: «para la validez de los contratos se requiere:

1. El consentimiento de las partes
2. Su capacidad para contratar
3. Cosa cierta que sea materia del contrato
4. Causa justa para obligarse».

Estos son los elementos propios de los negocios jurídicos. En mi opinión, el acto jurídico es aquel hecho humano realizado voluntariamente, lícito o ilícito, del cual surgen efectos jurídicos. Ejemplos de actos jurídicos *tout court* son el reconocimiento de deuda (artículo 1996.1 del Código Civil), la notificación de la cesión (artículo 1215 del Código Civil) y el hallazgo (artículo 935 del Código Civil), entre otros.

Se sostiene que identificar el concepto del acto jurídico con el de manifestación de voluntad «es inexacto y ha contribuido a oscurecer el concepto del acto jurídico».[73]

3.5. Negocio jurídico

Frente a la doctrina francesa que crea la teoría del acto jurídico, surge la doctrina alemana que instituye la teoría del negocio jurídico, que luego fue seguida por los españoles y los italianos. La teoría del negocio jurídico se origina en la corriente *pandectista* alemana y se consagra, entre otros cuerpos legislativos, en el Código Civil alemán de 1900. El negocio jurídico es definido como «el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y con el que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)».[74] Doctrina nacional ofrece una explicación que intenta justificar la sinonimia conceptual entre acto y negocio jurídico basándose en doctrina española: el término francés *acte* tiene dos sinónimos, uno masculino que significa *acta* (documento) y otro femenino que significa *acto* (negocio). Al ser imposible usar el término *affaire juridiquè* para traducir el negocio jurídico, se usó la locución *acte*. Por consiguiente, por una confusión en la traducción, se equiparó *acto* con *negocio jurídico* para distinguirlo del *acta*.[75]

Para cierto sector de la doctrina española: «[...] la línea divisoria entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto deriva de la propia definición de aquel. En el negocio, el autor o autores autoregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio, en el acto jurídico que

---

[73] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *La causa del negocio jurídico*. 2ª ed. Lima: San Marcos, 1999. p. 42.

[74] BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. pp. 51-52.

[75] VIDAL RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 42.

consideremos se halla ausente todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias porque están predeterminadas por la ley».[76]

Doctrina italiana define al negocio jurídico como «una manifestación de la autonomía de la "persona" que, con su propia voluntad, atiende a la satisfacción de sus necesidades mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, que pueden ser o no patrimoniales (verbi gracia, derechos de familia). El negocio jurídico está formado, pues, por una o más declaraciones de voluntad dirigidas a tal fin».[77]

Se afirma, con razón, que «la noción de autorregulación de intereses privados, deducida de la consideración de la realidad económico-social, constituye el dato básico a tener en cuenta para establecer la noción de negocio jurídico».[78]

Hace algunas décadas, de manera precursora en nuestro medio, se sostuvo que «el negocio jurídico es, pues, un acto jurídico como cualquier otro. Dicho negocio jurídico no produce efectos por sí, sino porque el ordenamiento jurídico lo reconoce y le presta su fuerza. Está contenida en él la voluntad del sujeto, pero los efectos del negocio derivan de la ley».[79] Agrega esta doctrina que «el acto jurídico se distingue del negocio jurídico en que en este no solo encontramos una expresión de la voluntad del hombre,

---

[76] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 504. Los autores afirman que «así, pues, estaremos ante un acto jurídico en sentido estricto cuando los efectos del mismo sean obra exclusiva de la norma jurídica.

Esta concepción deja fuera evidentemente del ámbito del negocio jurídico a los actos de autonomía de la voluntad que afectan a las relaciones familiares puras, al estado civil de las personas. Piénsese que, con arreglo a ello, ni el matrimonio ni la mancipación, por poner ejemplos significativos, son negocios jurídicos en realidad. Las personas utilizan aquí la autonomía para crear un estado civil, una relación familiar, pero no poseen el poder para conformar el contenido. La ordenación de la relación surgida está ya en la ley; es ella la que atribuye los efectos correspondientes en vista de los intereses generales de la comunidad» (*op. cit.*, p. 504).

[77] BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*, t. I. Barcelona: Bosch, 1955, p. 157.

[78] SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 140. El autor afirma, además, que «la autonomía negocial conquista y mantiene en la sociedad moderna, a través de episodios sucesivos, el papel de instrumento unitario para la regulación, con carácter jurídico, de las relaciones entre los sujetos privados. Por otro lado, la posibilidad de disponer de los propios intereses, en el ámbito de las relaciones sociales y económicas, representa el elemento esencial de la libertad misma de la persona y constituye, hoy en día, un valor irrenunciable de la civilización humana» (*op. cit.*, pp. 135-136).

[79] CASTAÑEDA, *op. cit.*, p. 154.

sino que se trata de una voluntad que persigue un fin que la ley protege y que es una voluntad manifestada, expresada, exteriorizada. No es posible concebir un negocio jurídico sin declaración de voluntad».[80]

Otro sector de la doctrina nacional ha sostenido que: «[...] el negocio jurídico está constituido por una declaración de voluntad privada encaminada hacia un fin práctico susceptible de producir efectos jurídicos previstos y aun imprevistos. Es decir, pues, que no se basta la voluntad interna aunque sea legítima; es necesario que dicha voluntad se exteriorice.

El negocio jurídico es manifestación de voluntad dirigida hacia un fin práctico y lícito (si fuera ilícito, no sería negocio jurídico)».[81]

Merece particular atención la doctrina que afirma que el negocio jurídico «es un mandato particular de origen eminentemente social que determina una nueva situación económica y jurídica que depende del ejercicio de la autonomía atribuida al privado».[82]

Para la doctrina nacional que más rigurosamente ha defendido la autonomía conceptual del negocio jurídico, este es entendido como la: «[...] declaración o declaraciones de voluntad de derecho privado que por sí o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, el derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico».[83]

Sus características son las siguientes:[84]

a. El negocio jurídico es una figura de derecho privado.
b. Entre el contenido de la voluntad y el efecto que el Derecho atribuye a un negocio, no hay una inmediata relación de causalidad.
c. Las consecuencias jurídicas son paralelas a las de carácter económico o social que los agentes han querido estatuir.
d. Los efectos serán esenciales, naturales o accidentales.
e. La declaración de voluntad, o el acuerdo de varias, puede requerir en ocasiones de otros supuestos para obtener la finalidad práctica deseada (no el nacimiento del negocio).

---

[80] *Ibid.*, pp. 185-186.

[81] FERRERO COSTA, Augusto. *El negocio jurídico*. Lima: Rocarme, 1974, pp. 63-64.

[82] PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico». *Thémis*, segunda época, n.º 30, 1994, p. 77.

[83] LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 46.

[84] *Ibid.*, pp. 47-48.

f. El negocio aspira al logro de un fin que normalmente reviste un aspecto económico.

Respecto a quienes sostienen que el negocio jurídico se distingue del acto jurídico porque en el primero los efectos jurídicos son establecidos por las partes y en el segundo, por la ley, se afirma que: «[...] las declaraciones de voluntad por sí solas , o junto con otros requisitos, forman el supuesto de hecho de un negocio jurídico. Si la voluntad manifestada es capaz de producir efectos jurídicos es porque ha estado incorporada en un supuesto de hecho, *fattispecie*, *tatbestant*, presupuesto abstracto, porque ha formado parte de él. La voluntad manifestada por sí misma, si no está contenida en un supuesto de hecho, es incapaz de producir efectos jurídicos. El efecto jurídico nace como consecuencia de la realización del supuesto de hecho de un negocio jurídico, respecto del cual la declaración de voluntad es uno de sus requisitos. En el negocio jurídico, la declaración de voluntad es reconocida como fundamento de un efecto jurídico y este reconocimiento se produce a través del supuesto de hecho. El supuesto de hecho negocial es el conjunto de requisitos tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, entre los cuales figura una o más declaraciones de voluntad, para la producción de efectos jurídicos».[85]

Resumiendo: los actos jurídicos en sentido estricto tienen lugar cuando no hay negocio.[86] Se trata de actos voluntarios —no hechos— (que producen efectos jurídicos) y hay negocio cuando el autor o autores declaran su

---

[85] TABOADA CÓRDOVA, *op. cit.*, pp. 62-63. En este mismo sentido, se sostiene que «es prevalente la opinión que lo que fundamenta los efectos es el propio ordenamiento (en la norma) y que es irrelevante lo que el particular quiera conseguir con el negocio que celebra» (PALACIOS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 70). El autor agrega que «la labor del ordenamiento por antonomasia sería la de calificación (por medio de criterios abstractos) de los intentos prácticos para elevarlos a la categoría de negocios jurídicos. Mientras no se realice esta calificación, los intentos prácticos podrán a lo sumo calificarse como negocios sociales. La idea de este reconocimiento por el ordenamiento de una realidad preexistente es importante a nuestro juicio: indica la trascendencia de lo social en lo jurídico, porque solo la constatación del fondo social permitirá propiamente al ordenamiento acercarse a la realidad social, que es intrínseca a su naturaleza de sistema de convivencia humana; se logra satisfacer la necesidad de hacer que nuestros sistemas jurídicos toquen piso, asuman su compromiso con la realidad y alcancen así el objetivo de una auténtica convivencia social entre los seres humanos» (*op. cit.*, p. 71).

[86] Se afirma que «el acto jurídico termina siendo una figura prácticamente residual, que se puede recabar **en sentido negativo**, de algún modo, a partir de la figura del negocio; ello en razón de que todas aquellas hipótesis que no se pueden remitir al negocio jurídico terminan refiriéndose, por exclusión, al acto.

voluntad, a efectos de autoregular sus propios intereses,[87] con la consecuencia de crear (modificar o extinguir) o regular relaciones jurídicas. En efecto, si abordamos al negocio jurídico desde un punto de vista socioeconómico (empírico), lo entenderemos como la autorregulación de los propios intereses y, si lo entendemos como categoría técnico-jurídica, será aprehendido como una declaración de voluntad destinada a establecer (en el más genérico de los sentidos) relaciones jurídicas.

Se sostiene que «en el negocio jurídico los efectos no han sido previstos con anterioridad ni taxativamente por el ordenamiento jurídico; los efectos deben vincularse, más bien, y según cada caso, con la declaración de voluntad (según las doctrinas más antiguas) o con la composición de intereses fijados en la regla que el negocio (entendido como acto de autonomía) expresa».[88] No estoy de acuerdo con esta posición. Es una falacia sostener que la diferencia entre el acto y el negocio jurídico estriba en que los efectos jurídicos están predeterminados por ley en el primero y que los fijan las partes en el segundo. Tanto en el negocio jurídico como en el acto los efectos están predeterminados por el ordenamiento jurídico.[89] Lo que sucede es que, en el ámbito del negocio jurídico, los efectos están delimitados, principalmente, por normas supletorias. En los actos jurídicos, los efectos están regulados, principalmente, por normas imperativas o inspiradas en el orden público (y, si se quiere, en las buenas costumbres). En ese sentido, la autonomía de la voluntad (a través del instrumento negocio jurídico) se puede desplegar (e imponer) sobre las normas supletorias y producir efectos jurídicos, porque

---

Así, en las tendencias predominantes de la doctrina, la figura del acto jurídico está destinada a quedar oscilando entre el mero hecho jurídico (con el que comparte la naturaleza de presupuesto de efectos jurídicos preestablecidos legislativamente) y el negocio jurídico (por la presencia en ambas figuras, si bien con distintos papeles, del elemento volitivo)» (FERRI, *op. cit.*, p. 212).

[87] Como agudamente se ha observado, «si el negocio jurídico es considerado en su realidad socioeconómica, se presentará, sobre todo, como un instrumento que los sujetos privados emplean para realizar sus propios intereses» (FERRI *op. cit.*, p. 198). Se agrega que «el autor o autores del negocio se valen de esta institución, esencialmente, para realizar finalidades personales, de naturaleza predominantemente (aunque no exclusivamente) económica. Ya en la realidad social, entonces, el negocio constituye el instrumento destinado a expresar regulaciones de intereses» (*op. cit.*, p. 216).

[88] FERRI, *op. cit.*, p. 210.

[89] Así, se afirma que «es pertinente precisar, sin embargo, que dicha fuerza vinculante (de la regla negocial) no radica en el interior de la autonomía privada, sino más bien en un principio normativo externo a ella, expresado precedentemente, en el ámbito de la realidad social, con la regla de oro *pacta sunt servanda*» (SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 138).

así lo ha decidido (y predeterminado) el ordenamiento jurídico, como reconocimiento (y consecuencia, a su vez), obviamente, de la persona entendida como un valor (o como dice nuestra Constitución: un «fin supremo de la sociedad y del Estado»).[90] He aquí la verdadera diferencia, a mi modo de ver, entre el acto y el negocio jurídico.

Autorizada doctrina nacional afirma que «la noción de acto jurídico tiene, en el fondo, dentro de su propia teoría, el mismo contenido que la del negocio jurídico en la teoría de este y que ambas cumplen adecuadamente su rol en el ámbito de sus respectivas teorías».[91]

Un sector de la doctrina brasileña parte de la premisa de que «no existe unanimidad de opinión»[92] sobre la diferencia entre negocio y acto jurídico, así como advierte que, sin negarse «sobre la viabilidad de la distinción doctrinal»,[93] no se le encuentra a esta «ninguna utilidad práctica para la vida del Derecho».[94]

No obstante todo este planteamiento doctrinario —que es válido, al existir una serie de negocios (o de actos como prefiere nuestro Código Civil) tan distintos unos de otros—, llama a cuestionamiento la presencia de un libro separado de acto jurídico cuando contamos ya con una sección dedicada a la parte general de los contratos, al matrimonio y a los testamentos

---

[90] El fundamento constitucional de la autonomía privada lo podemos encontrar, en el ámbito nacional, de manera genérica, en el artículo 2, inciso 1, en la parte que consagra que toda persona tiene derecho «a su libre desarrollo y bienestar» y, de manera más específica, en el inciso 14 del mismo artículo cuando reconoce además el derecho «a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». Creo que la última fórmula debería ser más genérica (por un lado) y más específica (por el otro), y establecer que una persona tiene derecho «a celebrar actos jurídicos con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes imperativas ni de orden público».

[91] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, p. 40. El autor advierte, además, que «hay que actuar con prudencia» respecto de pretender aceptar la prevalencia de la teoría del negocio jurídico sobre la del acto jurídico, «pues existe el peligro de no ganar nada con el cambio, ya que bien puede ocurrir que mediante ambas teorías se llegue a los mismos resultados» (*op. cit.*, p. 38). Sin embargo, el mismo autor, se perfila con la identificación del codificador de 1984 de conservar la noción del acto jurídico (*op. cit.*, p. 41).

[92] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituçoes de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 125.

[93] *Ibid., loc. cit.*

[94] *Ibid., loc. cit.*

¿Qué tipo de actos jurídicos se regulan es este libro? ¿No se podría fusionar el libro de acto jurídico con la parte general de los contratos? Una audaz doctrina italiana ha observado que: «[...] ni el contrato en general del Derecho francés ni el negocio jurídico del Derecho alemán tienen referentes en el mundo de la realidad; existen solamente en el mundo del Derecho, solo en el escenario jurídico verbalizado, como afirmaría la filosofía analítica. El contrato en general, aun en la limitada acepción de los *common lawyers*, se concilia mal con el empirismo anglosajón y la literatura jurídica lo emplea como categoría descriptiva, mientras que en clave operativa se continúa haciendo referencia a los particulares tipos contractuales. La locución *contract* ha entrado en el *Uniform Comercial Code* norteamericano, pero solamente para designar la compraventa, como sinónimo de *sale*».[95]

En sentido contrario, se sostiene que: «[...] dado que el negocio jurídico es, precisamente, una categoría conceptual no se puede exigir que la ley adopte una posición explícita en relación con la misma, pero tampoco es dable deducir del silencio de la ley una indicación distinta de la que sigue (que sí puede compartirse): que es inoportuno efectuar una decisión de campo en una materia que hasta ahora suscita arduos debates».[96]

Debe tenerse en cuenta que este debate doctrinario se da en un contexto jurídico en el cual no hay una regulación jurídica del negocio en el ámbito legislativo (concretamente en el Código Civil italiano). Sin embargo, hace llamar la atención sobre la necesidad de contar con esta categoría conceptual a escala doctrinaria (o si se quiere de dogmática jurídica) y sin que ella, necesariamente, se encuentre regulada en un Código Civil (como sería en el caso peruano).

4. El orden público

Con razón se sostiene que «la autonomía privada, aparte de que solo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo ordenamiento. Prohibiciones generales y especiales

[95] GALGANO, *op. cit.*, p. 104.

[96] SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 142. No obstante, el mismo autor posteriormente afirma que «la relevancia particular del negocio jurídico no constituye una mera abstracción conceptual; ella repercute, por el contrario, en la producción de sus efectos» (*op. cit.*, p. 177).

restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada».[97] Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres.

Doctrina francesa tradicional decía, con razón, que «es preciso admitir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea».[98] En efecto, sobre el concepto de orden público se han dado variadas definiciones. Punto de partida forzoso es entender que no debe interpretarse este concepto en la «acepción corriente, que alude a la tranquilidad de la calle, a la regularidad de la vida cotidiana».[99] Ha sido común asimilar el concepto de imperatividad al de orden público.[100] Por eso, no se duda en expresar que el orden público es un «conjunto de disposiciones imperativas».[101] Sin embargo, se ha observado que «una disposición no es

---

[97] FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 24. En este mismo sentido, se sostiene que, independientemente de la noción que se tenga de negocio jurídico, «es evidente que su nudo central continúa rodando, en modo irresoluble, en torno de una suerte de competencia de fuerzas, por decirlo así, entre **libertad** del individuo y la **autoridad** del ordenamiento estatal, la cual se ha reconocido históricamente y se ha reservado la tarea (y el poder) de calificar jurídicamente dicha libertad» (FERRI, *op. cit.*, p. 206).

[98] JAPIOT citado por LEZANA, Julio. *El orden público. Los actos del demente anteriores a su declaración*. Buenos Aires: Perrot, 1963, p. 8. En este mismo orden de ideas, se sostiene que «puede la ley de orden público ser caracterizada mas no definida» (DE GASPERI, Luis y Augusto MORELLO. *Tratado de Derecho Civil I. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1964, p. 564).

[99] ARAUZ CÁSTEX, Manuel. *Derecho Civil,* t. I (Parte General). Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 110. El autor afirma que «en el sentido técnico en que estamos empleando los vocablos a que estamos refiriéndonos, "orden" equivale a categoría, clase; y "público" alude a lo propio del pueblo, de la nación, de la sociedad entera. En la frase "el matrimonio es una institución de orden público", por ejemplo, la expresión está usada con propiedad y significa que el matrimonio es una institución que está por encima del mero interés de los contrayentes, así como se afirma que es de otro "orden", pues interesa a toda la sociedad» (*loc. cit.*).

[100] Así, dentro del doctrinario nacional en formación, VIDAL RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 55 y «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En: *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar*. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 250.

[101] RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 100. En doctrina argentina, en este mismo sentido, se afirma que las «leyes de orden público son las leyes imperativas» (BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 13ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 44).

de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario».[102] Así, «el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas».[103]

En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público.[104] Por ejemplo, el artículo 1328 del Código Civil contiene una norma imperativa que expresa que todas las estipulaciones sobre exoneración y limitación de la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga son nulas. El artículo 242 del Código Civil, inciso 2, contiene una norma de orden público en la cual se establece que no pueden contraer matrimonio entre sí los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grados. Sin embargo, se prescribe que, en el caso del tercer grado, el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves. En esta última disposición, como puede verse, está ausente el carácter de ineludibilidad o inevitabilidad.

---

[102] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil* (concordado con el Código Civil de 1984), t. I. Lima: WG Editor, 1991, p. 42.

[103] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Reforma del Título Preliminar del Código Civil». En: *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y propuestas*. Lima: INDEJ, Gaceta Jurídica, 1988, p. 61. Particular atención merece DE LA PUENTE Y LAVALLE, por cuanto, aun aceptando la diferencia entre normas imperativas y normas de orden público, hace depender la existencia de las segundas en función de las primeras cuando afirma que «hay normas imperativas que encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y la tutela a los intereses generales de la colectividad [...] el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento» (*El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 100).

[104] LONARDO, Lotis. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Nápoles: ESI, 1993, p. 137. El autor propone, además, que toda estructura normativa impone un propio y definido orden que deriva de la organización de un cierto modelo ético, político, institucional y económico (en una palabra: social) por medio de reglas previamente dispuestas y que, además, es necesario tomar conciencia del hecho de que, si los fundamentales criterios reguladores se obtienen principalmente del conjunto de valores normativos, el orden público no puede considerarse agotado en su genérica previsión (*op. cit.*, p. 337).

Se observa que el orden público es el conjunto de «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 observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)».[105] Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que «el orden público indica los principios de base de nuestro ordenamiento social».[106]

Un sector tradicional de la doctrina argentina afirma que «el orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización social establecida».[107] En este mismo sentido, se observa que orden público «es el conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida».[108]

Para otro sector de la doctrina argentina, el orden público «está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso».[109] El orden público «no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para desecharla como lastre cuando impide

---

[105] MESSINEO, *op. cit.*, p. 480.

[106] BIANCA, *op. cit.*, p. 584.

[107] SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino* (Parte General). 5ª ed. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931, p. 129.

[108] LLAMBIAS, Joaquín. *Tratado de Derecho Civil,* t. I (Parte General), 12ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 158. En este mismo sentido, se afirma que el orden público es «un conjunto de principios estructurales de la orga-nización de una sociedad» (ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho privado*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, p. 81) también se sostiene que pertenecen al orden público «aquellos principios de orden superior que constituyen los basamentos del orden jurídico de un Estado. Esto es, el conjunto de principios excelsos, de orden moral, religioso, político y económico, que forman los pilares en que se asienta la organización jurídica de un Estado y que se vinculan al modo de la vida social digna que los individuos quisieron asegurar al organizarse jurídicamente» (ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil,* t. I (Parte General). Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 109).

[109] LEZANA, *op. cit.*, p. 10.

el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada a realizar su función».[110]

En esta misma orientación, se entiende por orden público a los principios de orden superior, que constituyen nuestra organización política y social, dentro de la cual son esenciales.[111] El artículo V del Título Preliminar del Código Civil habla de acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. En efecto, cuando en este artículo se establece la nulidad por actos contrarios al orden público, el legislador ha entendido este concepto como sinónimo de imperatividad. Por consiguiente, al haber normas de orden público que no implican, necesariamente, que sean insustituibles, debería reformularse el tenor de este artículo.[112]

El concepto de orden público se modifica continuamente en la medida que evoluciona la sociedad. Por eso, se le entiende como un «modelo social definido por el derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores».[113] En otras palabras, el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídicos sino sociales, económicos y morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.

Al lado del concepto estático del orden público como límite de la autonomía privada, debemos considerar el concepto dinámico del mismo, entendido como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes. Un ejemplo en el ámbito legislativo lo encontramos en la Constitución italiana, cuyo artículo 3, segundo párrafo, establece que «es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país».

---

[110] *Ibid.*, p. 14. El autor agrega que «hay que tener en cuenta que, en muchos casos, lo que interesa al orden público es negar la validez del acto mientras subsistan las condiciones que llevan a negarle esa eficacia. Pero modificadas las circunstancias, la conveniencia de reconocer el hecho consumado, de aceptar las consecuencias de lo que a pesar de todo sucedió, vuelve a imponerse, puesto que hasta puede suceder que ya no esté en juego el orden público» (*op. cit.*, p. 25).

[111] GENY, François. *Methode d'interpretation et sources en droit privé positif.* Paris : Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs, 1899, p. 326.

[112] El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil establece en su artículo 7 que «son inválidos, total o parcialmente, los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres. La ley determina la sanción aplicable».

[113] LONARDO, *op. cit.*, p. 389.

Así, se sostiene que el orden público dinámico «se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico» y «admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas entre supuestos de hecho abstractos y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación».[114]

Debemos cambiar la conceptualización del orden público de *ordo ordinatus* (orden establecido e inmutable) a *ordo ordinans* (orden con «una capacidad coherente de dirección hacia la finalidad del ordenamiento»[115]). Dentro de esta filosofía, se alinea la intervención del Estado a través del INDECOPI «al remover los obstáculos» que permiten una sana y libre contratación sin ningún tipo de discriminación.

5. Sobre la aplicación en la experiencia jurídica nacional del principio del orden público dinámico

Punto de partida del caso que se va a comentar[116] fue la publicación, en diversos medios de comunicación, por parte del Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), del aviso titulado «¿Discriminación en locales abiertos al público?», de fecha 19 de abril de 1998. En dicha publicación, INDECOPI no solo recuerda la obligación de trato igualitario a los consumidores en el mercado, sino que además intenta, en pocas líneas, delimitar el contenido de la tan socorrida muletilla «nos reservamos el derecho de admisión».

Con anterioridad a dicha publicación, el Sistema de Apoyo al Consumidor del INDECOPI[117] había recibido diversas denuncias telefónicas, que fueron ratificadas a través de informes periodísticos en

---

[114] *Ibid.*, p. 346.

[115] *Ibid.*, p. 28.

[116] Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan y Hugo SIFUENTES DOMENACK *«¡Vamos a la discoteca, cholito!». Diálogo con la jurisprudencia*, año 5, n.° 11, 1999.

[117] Los datos sobre el procedimiento seguido por INDECOPI han sido tomados de las diversas resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor. Estas forman parte del Expediente N.° 180-1998/C.P.C. y son recogidas por el Documento de Trabajo N.° 003-1998-AEE, publicado por el INDECOPI en el Diario Oficial el 27 de noviembre de 1998.

diferentes medios de comunicación, y eso solo hacía reiterar un secreto a voces por todos conocido. Aparentemente, en algunos lugares públicos de Lima, como restaurantes, discotecas, *pubs* y cafés, se discrimina no solo en el ingreso sino, también, a través de en un trato diferenciado a los clientes por criterios inadecuados, entre otros, por razón de su raza o de su (aparente) condición socioeconómica.

Dentro del marco descrito, INDECOPI inicia un procedimiento de oficio a fin de confirmar las denuncias interpuestas e inicia una serie de visitas de inspección con el fin de determinar en qué lugares y en qué medida se realizaban actos de discriminación. Posteriormente, INDECOPI recibe la denuncia de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) por hechos similares a los expuestos. En agosto de 1998, luego de comprobar los hechos demandados, la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI decide sancionar a cada uno de los cinco locales que persistían con sus prácticas discriminatorias con una multa ascendente a 20 UITs (Unidad Impositiva Tributaria) y 20 días de clausura temporal. Las cinco empresas apelaron la resolución de la Comisión, elevándose el expediente al Tribunal de INDECOPI.

Paralelamente, una de las empresas involucradas interpuso una acción de amparo contra INDECOPI para de poner fin a la «amenaza cierta de violación a su libertad de contratación». En Primera Instancia, el juez respectivo declaró infundada la acción de amparo. No obstante ello, con fecha 2 de octubre de 1998, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público declaró fundado el amparo decidiendo que «el INDECOPI se abstenga de practicar publicaciones y realizar actos, inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes la demandante [...] decida prestarles su servicio».

La *ratio* de esta decisión la podemos encontrar en el siguiente pasaje:

> [...] que la existencia de una política de discriminación no puede comprobarse mediante la simple constatación en la vía administrativa, sobre hechos relacionados a consumidores individuales, que no representan necesariamente la integridad de un grupo social determinado, más aún si este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental de la persona, que no le corresponde conocer al aparato administrador, pues, de conformidad con el artículo 65 de

> la Constitución, la defensa del consumidor y usuario está referida al derecho de información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, así como a la salud y seguridad de la población; consecuentemente, tal norma no le asigna al Estado en su parte administrativa la protección de derechos fundamentales constitucionales, que están **reservados por su trascendencia, necesidad de discusión e independencia al Poder Judicial** a través de sus órganos competentes, lo cual se corrobora con lo Dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 716, Ley de Protección al Consumidor, cuyo artículo 51 señala que, en caso de patrocinio de intereses difusos a favor de los consumidores, INDECOPI debe recurrir al Poder Judicial.

Sobre el particular, creo importante realizar las siguientes aclaraciones:

a) Resulta intrascendente que el acto que lesione los derechos de los consumidores no represente «necesariamente la integridad de un grupo social determinado». Se debe sancionar este tipo de actos independientemente del *quantum* de los mismos.

b) La interpretación restrictiva que se le da al artículo 65 de la Constitución no solo es asistemática sino, también, anticonstitucional. Este precepto tiene que ser leído conjuntamente con el artículo 3 del mismo cuerpo legislativo, que consagra constitucionalmente la técnica del *numerus clausus* en lo que a protección de los derechos de la persona se refiere. Por ello, resulta del todo inaceptable que, por un lado (artículo 3), se tutele integralmente a la persona y, por otro (artículo 65), se entienda una tutela restringida (cayendo en la absurda conclusión —de la que al parecer son autores los vocales que han suscrito esta decisión— que existe una tutela diferenciada para las personas y para los consumidores).[118]

c) Si bien es cierto que el hecho que motiva esta decisión es un caso típico de intereses difusos,[119] la interpretación que se hace al artículo 51 de

---

[118] Autorizada doctrina sostiene que «la dimensión del consumo está englobada en aquella de la posición social y, por consiguiente, confluye en el debate sobre la defensa de los valores de la persona y sobre la ciudadanía entendida en sentido lato» (ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma-Bari: Laterza, 1995, p. VIII).

[119] Cf. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «La defensa procesal de los intereses difusos» *Ius et Praxis*, n.º 24, 1994, pp. 121 y ss. El autor afirma, asimismo,

la Ley de Protección al Consumidor es inexacta por cuanto la vía judicial no es la única para proteger este tipo de intereses: también el INDECOPI en vía administrativa lo puede hacer.

En respuesta a ello, con fecha 28 de diciembre de 1998, se promulga la Ley N.º 27049, en la cual se precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados, adicionándose a la Ley de Protección al Consumidor el artículo 7-B, que establece que «los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público».[120] Con lo cual —al menos al nivel legislativo— se ha dado punto final al problema de la discriminación en las discotecas.

Una peligrosa aplicación del principio de orden público dinámico la podemos encontrar en materia de una (pretendida) discriminación al mercado de crédito. Los hechos son los siguientes. La señora Reynoso solicitó su afiliación a la «Tarjeta Ripley» en julio de 1999, brindando sus datos personales, copia de su documento de identidad y de su tarjeta de crédito CMR. Dos semanas después le fue denegado el crédito y se le informó que su nombre no había ingresado al sistema, debido a que domiciliaba en un distrito «no verificable», por lo que se encontraba fuera de la pauta de crédito. Este hecho fue probado con una cinta magnetofónica que aportó la señora Reynoso. El 12 de agosto de 1999, la señora Reynoso denunció a Ripley y a Colocadora (empresa que realizó la calificación del crédito) ante la Comisión de Protección al Consumidor por discriminación, señalando

---

que, «cuando el interés pertenece a un número indeterminado de personas [...], podemos decir que nos encontramos ante un interés difuso, es decir, es extenso, amplio y pertenece a un número indeterminado de personas, pero no por esto es un interés débil o abstracto; se trata de un interés cierto y el hecho de que pertenezca a "todos en general y a nadie en particular" no lo debilita» (*op. cit.*, p. 123).

[120] En este numeral se agrega que «está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando esta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios».

que al evaluar su solicitud de crédito no se tuvo en consideración su condición crediticia ni sus ingresos, sino que se limitaron a evaluar el lugar de su residencia y se denegó su solicitud porque domiciliaba en el distrito de La Victoria. La denunciante agregó que el distrito de residencia era una manera de calificar la condición socioeconómica de una persona y que, por tanto, Ripley había cometido un acto discriminatorio en su contra. Por su parte, Ripley y Colocadora manifestaron que no se había efectuado trato discriminatorio alguno contra la señora Reynoso, puesto que la denegatoria de su solicitud de crédito respondió a una política de evaluación objetiva de créditos de consumo, ofreciéndose en prueba un documento titulado «Políticas generales del crédito de consumo». Debido a que Ripley no se encargó de evaluar el crédito, en Resolución Final N.º 747-2000-CPC, del 1 de diciembre de 2000, la Comisión declaró improcedente la demanda respecto de Ripley. Asimismo, declaró infundada la denuncia presentada por cuanto no quedó acreditada la existencia de un trato discriminatorio por parte de Colocadora, estimando que los requisitos exigidos por esta empresa para la aprobación de créditos «para solicitantes con domicilio en el distrito de La Victoria responden a criterios objetivos». En efecto, se afirmó que:

> [...] debe distinguirse entre dos mecanismos distintos que pueden ser utilizados por los proveedores para restringir el acceso de su «público objetivo» a sus establecimientos. Uno de dichos mecanismos es el trato diferenciado; el otro es el trato discriminatorio. Mientras que el primero es lícito siempre que exista una razón objetiva que lo justifique; el segundo es en esencia ilícito.
> En efecto, la utilización de un trato diferenciado para la selección del público objetivo por parte de las empresas no constituye por sí mismo un mecanismo ilícito en tanto que este puede encontrarse sustentado en razones objetivas y justificadas. Por el contrario, el trato discriminatorio sí constituye un mecanismo ilícito en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas.

Al respecto, se agregó el caso concreto del mercado de crédito que:

> [...] la aplicación de una política crediticia determinada por parte de una entidad financiera no implica necesariamente que la negativa en el otorgamiento del crédito responda a la comisión de un acto de discriminación y que, por tanto, el proveedor deba ser considerado responsable del mismo. Por el contrario, la respuesta lógica y natural al incumplimiento de determinados requisitos establecidos por el proveedor para el otorgamiento del crédito será la no aprobación del mismo y no la determinación *per se* de un acto de discriminación por la negativa en el acceso a dicha línea de crédito.
> En este orden de ideas, la evaluación crediticia de los solicitantes de un crédito debe realizarse atendiendo a criterios objetivos que no conlleven una afectación a los derechos de los consumidores, pero que permitan al proveedor brindar el servicio reduciendo sus riesgos y, también como es natural, sus costos. Estos criterios suelen ser, entre otros, los ingresos, bienes, antecedentes crediticios, antigüedad laboral, entre otros. No obstante ello, la Comisión considera que el proveedor podría tomar en cuenta elementos adicionales a fin de evaluar la condición económica de la persona a quien le otorga el crédito, siempre que éstos sean objetivos.
> Finalmente, debe también considerarse que sancionar *per se* cualquier denegatoria al otorgamiento de un crédito originado por el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la empresa financista como un acto discriminatorio implicaría obligar a las empresas a otorgar un tratamiento igualitario a todos los solicitantes, incluso a aquellos que importan mayor riesgo crediticio, elevando así el costo del crédito para todos los clientes como categoría (o reduciendo su bienestar agregado, lo que es lo mismo), lo que constituiría un efecto no deseado de la intervención del Estado en el mercado de créditos de consumo.

Respecto del comportamiento del proveedor, la Comisión entendió que:

> Conforme a lo señalado por Colocadora, la razón objetiva que sustentaría dicha clasificación sería que el índice promedio de morosidad e incumplimiento en el pago de los créditos otorgados en dichos distritos (en el cual está incluido

La Victoria) es muy alto, lo cual generaría que las gestiones de verificación y cobranza en las zonas consideradas como «Zona Roja», generaran mayores costos.

La Comisión concluye apreciando que:

Resulta lógico suponer que, debido al mayor porcentaje promedio de morosidad existente en un determinado distrito, las empresas establezcan restricciones adicionales que conlleven a limitar el acceso a los productos o servicios ofrecidos sin que ello implique necesariamente la práctica de conductas discriminatorias.
En tal sentido, es pertinente precisar que, si bien dichas limitaciones importan la aplicación de medidas restrictivas para la evaluación crediticia de los potenciales clientes de una empresa, ello no significa que esta distinción sea efectuada de forma arbitraria. De este modo, el proveedor tendrá que acreditar cuáles son las razones que justifican la adopción de dichas restricciones.
En el presente caso, la señora Reynoso presentó los medios probatorios que acreditarían la existencia de un trato diferenciado por parte de Colocadora en relación con los clientes que habitan en el distrito de La Victoria.
Por su parte, Colocadora presentó los medios probatorios que, a juicio de la Comisión, acreditan que la decisión de adoptar mayores restricciones en el otorgamiento de la tarjeta de crédito Ripley a los potenciales clientes de La Victoria obedece a razones objetivas y justificadas, tales como el alto promedio de morosidad en comparación con otros distritos existente al momento de adoptar la decisión de restringir el otorgamiento de los créditos de su empresa.
Conforme a lo señalado en el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor, si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada respecto a un trato diferenciado, le corresponde a quien alegue las prácticas discriminatorias probar que esta es, en realidad, un pretexto o una simulación para incurrir en dichas prácticas.
Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento, y luego de presentada la información por parte de Colocadora, la señora Reynoso no ha cumplido con remitir los medios

> probatorios que acrediten que las razones argüidas por la denunciada para restringir el acceso a la tarjeta de crédito Ripley a los clientes de la Victoria constituirían un pretexto o una simulación para incurrir en dichas prácticas.

Importante en es esta decisión fue la prueba de Colocadora de acreditar que se emitieron tarjetas de crédito Ripley a usuarios que vivían en La Victoria,[121] advirtiéndose que «de dicha información se desprende que el hecho de que un consumidor domicilie en un distrito que puede ser considerado "riesgoso o costoso" por Colocadora no lo descalifica inmediatamente como sujeto del crédito Ripley». En efecto, la aplicación de las restricciones «no constituye un hecho *per se* discriminatorio, sino únicamente una señal de alerta en su proceso de aprobación de créditos para requerir mayor información crediticia al cliente a fin de que sustente su afiliación».

En sentido contrario se pronunció la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que, con fecha 8 de agosto de 2001, revocó la Resolución de la Comisión, entendiendo que Ripley también era infractor de la Ley de Protección al Consumidor y que sí se había configurado un supuesto de discriminación. Respecto al primer punto se sostuvo que: «Tiendas por Departamentos Ripley S.A. debía ser considerada como parte en el procedimiento toda vez que, por las circunstancias donde se desenvuelven los hechos, los consumidores trasladarían su confianza a esta última empresa debiendo ésta responder frente a ellos ante algún incidente».

Se fundamenta esta decisión, afirmando que:

> Una de las formas por la cual un consumidor obtiene información sobre un producto o servicio es a través de su marca. Este signo llega a convertirse en un elemento relevante, sino determinante, en la decisión de los consumidores al momento de adquirir un bien o contratar un servicio [...]. Dentro de este contexto, un consumidor razonable entendería que, en caso solicitara un crédito, estaría entablando una

[121] Al 19 de agosto de 1999, contaban con una cartera de 4600 afiliados al sistema de Ripley en el distrito de La Victoria, de los cuales 1500 se mantenían con un saldo activo.

> relación obligacional con Ripley. Para el consumidor, quien le ofrece el servicio de crédito es Ripley; en caso de obtener el crédito, quien respondería ante alguna irregularidad sería Ripley. Sería a esta empresa a quien los consumidores trasladarían su confianza al momento de solicitar el servicio de crédito.
> Si bien en la solicitud de afiliación o de crédito aparece en el extremo superior derecho el logo de la empresa Colocadora, ello no desvirtuaría la impresión que se llevaría este consumidor razonable al momento de aplicar a este sistema de crédito. Incluso cabe mencionar que, en esa misma solicitud, en el extremo superior izquierdo aparece también el logo que identifica a Ripley.

Sin embargo, en el aspecto relativo a la discriminación, con el voto dirimente del Presidente de la Sala, se sostuvo que:

> [...] no ha quedado acreditado, en el presente caso, que las empresas denunciadas hayan adoptado para con la señora Reynoso una política diferenciadas basada en causas objetivas y justificadas al momento de rechazarle el acceso al sistema de crédito Ripley al no existir constancia de haberle requerido elementos adicionales como sus boletas de pago o al no haber quedado acreditado fehacientemente que se realizaron visitas a su domicilio ni a su centro de trabajo, labor que normalmente realizan.

No obstante la decisión, la Sala precisa que:

> El otorgamiento de un crédito es precisamente uno de los servicios que por sus propias características requiere la satisfacción de elementos adicionales por parte de los solicitantes a los que normalmente requeriría otro servicio. El proveedor pondría a disposición del solicitante una línea de crédito a fin de que este realice consumos con cargo a dicha cuenta, los que deberán ser cancelados de acuerdo a la forma pactada. Evidentemente, existe un riesgo para el proveedor del no repago oportuno del crédito, al encontrarse en una desventaja informativa respecto del solicitante, por lo que resulta razonable que vaya a exigirle el cumplimiento de una serie de requisitos que le otorguen el respaldo que necesita que evidentemente variarán según el caso particular, dada la

> heterogeneidad de los potenciales sujetos de crédito. Si bien esos requisitos seguramente serán más exigentes, deben estar igualmente basados en criterios objetivos.

Se agregó que:

> En este caso, la señora Reynoso domiciliaba en una zona clasificada como roja cuando presentó la solicitud del sistema de crédito Ripley, con lo cual existían razones objetivas y justificadas para requerir de otros elementos para determinar si se le otorgaba o no el crédito.
> Sin embargo, en el presente caso, no ha quedado acreditado fehacientemente que, posteriormente a que la denunciante haya llenado su solicitud, las empresas denunciadas le hayan requerido mayor información o documentación para definir si se le daba acceso al sistema de crédito Ripley. En efecto, las denunciadas afirman que luego de verificar que la señora Reynoso domiciliaba en el distrito de La Victoria, calificada como zona roja, se le requirió que presentara algunas boletas de pago para verificar sus ingresos, requerimiento que habría sido efectuado al momento que se le entregó la tarjeta de cartón similar a la tarjeta Ripley. No obstante, la denunciante afirma que nunca se le entregó esa tarjeta de cartón y que menos aún se le requirió la presentación de boleta de pago alguna al momento de suscribir la solicitud o en algún otro documento.

Para la Sala, «la política adoptada por las empresas denunciadas para otorgar el sistema de crédito Ripley» se basa en razones «objetivas y justificadas que permiten realizar un trato diferenciado a la señora Reynoso». Sin embargo, se considera que «no ha quedado acreditado que se le hayan continuado exigiendo requisitos de carácter objetivo cuya falta de presentación haya originado la negativa al sistema de crédito Ripley». En efecto, la Sala entiende que «el derecho a no ser discriminado es un derecho individual, que no está supeditado a que anteriormente otros no lo hayan sido». Resulta oportuno citar la principal *ratio decidendi* de la Sala:

> En el caso bajo análisis, la denunciante ha presentado indicios de que ha sido víctima de discriminación por residir en La Victoria y la empresa ha señalado razones objetivas que

> fundamenten el pedido de información adicional a los residentes de este distrito, pero no para negar la opción de crédito. Sin embargo, la empresa no ha acreditado que en el caso de la demandante haya pedido dicha información adicional. Si bien esto podría haber sido por negligencia y no por discriminación, el mandato legal no puede interpretarse de tal manera que obligue a comprobar fehacientemente que el motivo del trato diferenciado ha sido indubitablemente la discriminación, pues sería ineficaz para cumplir el bien jurídico que busca proteger. En tal sentido, debe entenderse que el mandato legal de no discriminar requiere que las empresas no solo adopten políticas que no sean discriminatorias, lo cual sí ha sido acreditado por la denunciada, sino que también las empresas efectivamente cumplan con dichas medidas, lo cual no fue acreditado en el presente procedimiento [el subrayado es mío].[122]

Es importante señalar que tres vocales de la misma Sala votaron en discordia en el sentido de que se confirme la Resolución de la Comisión en el extremo referido a la discriminación, partiendo de la premisa que «no queda acreditado qué es lo que sucedió exactamente», por cuanto «cada parte ha alegado una versión distinta de cómo habrían ocurrido los hechos». Su fundamento es el siguiente:

> Teniendo en cuenta las características del servicio que se encuentra en análisis y considerando que no existe certeza

[122] Esta resolución fue suscrita por el Presidente de la Sala (quien ejerció su voto dirimente) y un vocal. Sin embargo, un tercer vocal emitió un voto singular, en el cual, respecto a la discriminación, coincidiendo con el sentido, difiere en los fundamentos. Así, respecto a las negativas telefónicas a la señora Reynoso, opina que «es importante destacar que tal respuesta le fue proporcionada por tres representantes de la empresa en tres momentos distintos, representantes que, además, se encontraban entrenados para atender al público en relación con estos y otros temas. Las conversaciones que la señorita Reynoso sostuvo, que se encuentran grabadas y obran en el expediente, no dejan lugar a dudas en el sentido de que se informó que su pedido no había procedido por razón de la ubicación de su domicilio en el distrito de La Victoria». Se agrega que «la secuencia de los hechos, a criterio del suscrito, acreditan que la tarjeta que le fue ofrecida a la denunciante al momento de suscribir la solicitud le fue negada —única y exclusivamente— por domiciliar en el distrito de La Victoria, sin que ello tenga relación alguna con sus ingresos u otros criterios objetivos, lo que determina un acto de discriminación que debe ser sancionado» (el subrayado es mío).

sobre los hechos ocurridos, en segundo lugar debe recurrirse a aquellos elementos que constituyan indicios sobre lo que podría haber ocurrido para finalmente llegar a una conclusión sobre la base de los mismos.

Consideramos que se presentan dos elementos claves que nos han permitido arribar a la posición inicialmente planteada. El primero de ellos es el procedimiento detallado por las empresas denunciadas que tienen establecido y siguen al momento de analizar a un posible sujeto de crédito Ripley (el requerir información básica, el haber dividido los distritos de Lima y las áreas que los componen en zonas que varían de acuerdo al riesgo que significa para ellas y, en el supuesto de que la persona solicitante domicilie en una «zona roja», requerir mayor documentación, entre otro tipo de requerimientos que efectúan para, de alguna manera, equilibrar la asimetría informativa en que se encuentran las prestadoras del servicio). Las denunciadas manifiestan que para el caso de la señora Reynoso aplicaron, como en cualquiera de los otros casos, este procedimiento, lo que resulta razonable, más aún (y este constituye el segundo elemento relevante a nuestro criterio) si se tiene en cuenta que existen más de 4,500 personas que domicilian en La Victoria y a quienes sí se les brindó el acceso al crédito Ripley.

En efecto, ha quedado acreditado en el procedimiento que el domiciliar en La Victoria y ser sujeto del crédito Ripley no constituyen situaciones incompatibles. Estos indicios refuerzan la conclusión de que existe un procedimiento establecido por las empresas denunciadas que siguen antes de otorgar el crédito, el mismo que se prosiguió en este caso, al igual como en los muchos otros casos de posibles clientes con domicilio en La Victoria.

Los elementos indiciarios nos señalan que no hubo discriminación razón, por lo cual nuestro voto es porque se confirme la resolución apelada en ese extremo.

Estas contradictorias decisiones me generan los siguientes comentarios:

a) Respecto a la responsabilidad administrativa de Ripley, comparto la decisión de la Comisión, por cuanto, si bien en el encabezado del contrato de solicitud de crédito firmado por la señora Reynoso se

consignan los logotipos de Ripley y Colocadora, en la parte final del mismo se indica lo siguiente: «[...] reconozco que es derecho exclusivo de Colocadora S.A. aprobar o rechazar mi solicitud de crédito y que, en ninguno de los casos, los antecedentes o formularios presentados me serán devueltos».

En verdad, cuesta entender los parámetros de medición de los miembros de la Sala respecto al concepto del «consumidor razonable». En efecto, ellos sostienen que «un consumidor razonable entendería que, en caso solicitara un crédito, estaría entablando una relación obligacional con Ripley». ¿Qué consumidor es más razonable? ¿Quién lee en su contrato de crédito que Colocadora va a hacer la evaluación del mismo? ¿Quién a mérito de un logotipo hace que Ripley también responda respecto de una calificación de crédito que no hizo, de lo cual se informó oportunamente al solicitante? Desde mi punto de vista, la responsabilidad administrativa frente a la (eventual) discriminación corresponde solo a Colocadora. Ello, porque fue informado al solicitante y, por tanto, el parámetro del «consumidor razonable» debe ajustarse al consumidor que ha leído su solicitud de crédito. Esto quiere decir que la responsabilidad administrativa de Colocadora se dará a propósito de la aprobación (o no) del crédito y la responsabilidad administrativa corresponde a Ripley una vez que se entable la «relación obligacional con Ripley». Cuesta, además, entender cómo puede entablarse una relación obligacional con Ripley si es que previamente Colocadora no ha calificado el crédito. Es importante distinguir una cláusula que limita la responsabilidad (y que sería nula) de una cláusula que delimita el objeto del contrato (y que es absolutamente válida).[123] En este supuesto, estamos frente al segundo caso: la obligación de Ripley surge después de la calificación del crédito.

b) Respecto a la pretendida discriminación, también prefiero la decisión de la Comisión y de la minoría de los miembros de la Sala. El problema, principalmente, se ha centrado en la evaluación de las pruebas

[123] Sobre esta problemática en materia de cajas de seguridad, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad» *Derecho*, n.º 50, diciembre, 1996, p. 315. Este mismo artículo fue publicado y actualizado conjuntamente con Alessandro GNANI, bajo el título «La responsabilità delle banche nel servizio delle cassette di sicurezza». *Responsabilità civile e previdenza*, año LXIII, fascículo 6, 1998, p. 1317.

ofrecidas por las partes. A criterio de la Comisión y de la minoría de la Sala, no quedó acreditada la discriminación. A criterio de la mayoría sí, advirtiendo que: «Si bien esto podría haber sido por negligencia y no por discriminación, el mandato legal no puede interpretarse de tal manera que obligue a comprobar fehacientemente que el motivo del trato diferenciado ha sido indubitablemente la discriminación, pues sería ineficaz para cumplir el bien jurídico que busca proteger».

En verdad, podría discutirse si se trató de una infracción de la Ley de Protección al Consumidor por la idoneidad o calidad del servicio (artículo 8[124] del Decreto Legislativo N.º 716, Ley de Protección al Consumidor) o por la información (artículos 5, inciso b) [125] y 15[126] de la Ley de Protección

---

[124] Este establece lo siguiente: «**Responsabilidad de los proveedores**. Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase en lo que corresponde».

Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N.º 085-96-TDC, del 13 de noviembre de 1996, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L. a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

«a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren estos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de este, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que este no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo».

[125] Este establece lo siguiente: «**Derechos de los consumidores**. En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: [...]

al Consumidor). Y es que aquí se revela la inseguridad (e inconsistencia) de la decisión de los miembros de la «mayoría» de la Sala. En efecto, si el motivo fue la negligencia, se habría configurado una infracción en materia de idoneidad o información. Si el motivo fue la discriminación (cosa que —como se ve— para nadie quedó fehacientemente acreditada, salvo para el vocal que emitió el voto singular), se debió aplicar el artículo 7-B de la Ley que estoy comentando.

A mi modo de ver, el error se inició desde el planteamiento de la denuncia: debió haberse interpuesto por infracción de idoneidad (o en todo caso de información), pero no por discriminación (principalmente por no contar con una prueba consistente). En cambio, las pruebas aportadas por Colocadora han sido suficientes para acreditar que tenían criterios objetivos de selección

Es imposible sancionar por otras causales cuando solo se invocó la discriminación. Y es que al no configurarse esta, aunque se hubieran configurado las otras causales (idoneidad, calidad o información), no cabría sancionar por discriminación al proveedor.

No debe olvidarse que el mercado en el que se está calificando la discriminación es un mercado de crédito (totalmente distinto al de consumo, como se presentó en las discotecas). En ello, la opinión de los miembros de la Comisión y de la Sala (mayoría, minoría y votante singular comprendido) fue unánime. Por ello, el derecho a diferenciar puede asumir matices más acentuados (sin que con ello se llegue a discriminar). Una respuesta como la dada por la mayoría de la Sala, ante la inconsistencia de la prueba de la discriminación, es una mala señal en el mercado de crédito, por cuanto se revela como una (cuanto menos) indebida intervención dentro de la política de crédito de una institución financiera que, a su vez, generará un encarecimiento de los costos en este segmento. En efecto, como autorizada doctrina italiana sostiene, si se impusiese irrestrictamente el principio de la igualdad, «la autonomía privada quedaría completamente destruida, por

---

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios [...]».

[126] Este regula: «**Información sobre productos y servicios ofertados.** El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario la información sobre los productos y servicios ofertados [...]».

los límites absurdos que se acabaría por poner a la libertad de contratar, de testar, de disponer».[127]

Por ello, el concepto de orden público dinámico, que está siendo asimilado por la jurisprudencia administrativa del INDECOPI, debe ser interpretado y actuado por los operadores jurídicos de manera muy prudente: a veces los cambios que generan efectos de impacto inmediato no nos dejan ver las (verdaderas) consecuencias que, a largo plazo, se podrían presentar.

6. Buenas costumbres: ¿es necesaria su distinción con el orden público?

Las buenas costumbres son entendidas como «los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social».[128] También se las conceptúa como: «[...] 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, puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral 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*».[129]

---

[127] RESCIGNO, Pietro. *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*. Pádova: CEDAM, 1987, pp. 351-352.

[128] BIANCA, *loc. cit.*

[129] MESSINEO, *op. cit.*, p. 481. Así, también se sostiene que «la calificación del pacto, para decidir si se conforma o no a las buenas costumbres, corresponde al juez. Pero su apreciación no puede ser la propia, subjetiva, personalísima; pues ello conduciría a soluciones arbitrarias. El juez tiene que hacer una compulsa serena de los sentimientos o ideas generales dominantes para inspirarse en el criterio general de hombre de bien. No puede primar su opinión propia, que podría pecar por original, extravagante, ora excesivamente intemperante, rigurosa, ora excesivamente tolerante y liberal. La apreciación tiene que hacerse con carácter social, de acuerdo al **standard** general de manera de comportarse de las gentes de buena conducta de una colectividad» (LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, pp. 43-44). Por ello, cuando una norma sanciona con nulidad los actos contrarios (a las leyes que interesan) a las

Por otro lado, se sostiene que por buenas costumbres «se ha de entender los hábitos inveterados de la sociedad que sean conformes con la moral del Código. La moral extra-Código está exenta de la autoridad de los magistrados».[130]

Hay un sector de la doctrina nacional que entiende que las buenas costumbres son las costumbres (jurídicas) que tienen el juicio de valor de buenas. Así, a propósito de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, se sostiene que «la expresión *buena costumbre* requiere tres calificaciones: que sea una *costumbre jurídica*; que pueda ser cualificada como *buena*; y, además, que el acto jurídico materia de análisis sea *contrario* a tal buena costumbre jurídica».[131] Desde mi punto de vista, se incurre en error cuando se pretende que exista un punto de convergencia entre la costumbre jurídica (entendida como norma jurídica) y las buenas costumbres. El concepto de costumbre al que se refieren (valga la redundancia) las buenas costumbres es uno que puede definirse como un hábito socialmente aceptado (que no consiste fuente de derecho, como la costumbre jurídica) y que merece el calificativo de bueno por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada.[132]

No objeto que el sustrato común entre la buena costumbre y la costumbre jurídica resida en la habitualidad de ambas; pero, mientras la primera se ciñe a los valores morales, la segunda es un tipo de norma jurídica, calificación que no ostenta la primera, por cuanto una presupone la estructura de poder que la hace obligatoria y la otra no. Aceptar lo contrario haría difícil la explicación acerca de cómo es que la costumbre jurídica (que ya tiene el juicio de valor de la *opinio iuris necessitatis*, vale decir, que ya fue entendida como buena y justa dentro de su entorno social) sea calificada nuevamente como buena. Asimismo, originaría serias dificultades para entender la diferencia y articulaciones entre la costumbre

---

buenas costumbres, «la norma jurídica no define qué es lo que se entiende por buenas costumbres, decoro, decencia, pudor, compostura, sino que se remite a lo que dispongan las costumbres que estén vigentes sobre estas materias» (RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México D.F.: Porrúa, 1981, p. 106).

[130] DE GASPERI y MORELLO, *loc. cit.*

[131] RUBIO CORREA, *op. cit.*, p. 103.

[132] Así, cuando se sostiene que «de las costumbres, o sea hábitos públicos, nos referimos a las buenas, o sea, que son morales [el subrayado es mío]» (ARAUZ CÁSTEX, Manuel. *Derecho Civil. Parte General*, t. II. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 195).

secundum legem y la buena costumbre.[133] No obstante, ¿tiene sentido hablar de una costumbre mala o buena conforme a ley o que un acto jurídico sea contrario a una mala o buena costumbre *secundum legem*? En mi opinión, son distintos los escenarios en que se desenvuelven las costumbres jurídicas y las buenas costumbres, y sería un error confundirlos: la costumbre jurídica es una norma jurídica, mientras que la buena costumbre es la adecuación de la conducta a las reglas de la moral.

Si se entiende al orden público como un conjunto de principios sobre los cuales se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad; y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, es forzoso llegar a la conclusión de que la relación entre ambos es de género a especie y no se encuentra justificación para que se mantenga la autonomía conceptual de las buenas costumbres frente al orden público por cuanto las primeras están subsumidas en el último. Ello se pone de manifiesto si se hace un análisis del tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. En efecto, como lo ha señalado un sector de la doctrina nacional,[134] se pueden inferir los siguientes supuestos:

a) Es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público.
b) Es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan a las buenas costumbres.

Advirtiendo que la redacción del artículo V Título Preliminar del Código Civil es equívoca, se sostiene que, en materia de buenas costumbres: «[...] puede entenderse 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 el segundo, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación».[135]

---

[133] Aunque la doctrina nacional que vengo citando las entiende como sinónimas (RUBIO CORREA, *op. cit.*, 92).

[134] *Ibid.*, *loc. cit.*

[135] *Ibid.*, *loc. cit.*

Comparto la posición que sostiene que la interpretación correcta es la primera.[136] En efecto, no se justifica por qué el orden público (concepto más amplio y general) deba pasar por el tamiz del reconocimiento de la norma jurídica y no el de las buenas costumbres (que forma parte del mismo). Sin embargo, creo necesario precisar que, partiendo desde la perspectiva que el concepto de buenas costumbres está subsumido dentro del concepto de orden público (y, por consiguiente, deviene en totalmente prescindible), bastaría con la fórmula de que «es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público».

7. Sobre la diferencia entre la nulidad y la anulabilidad

El negocio jurídico, en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos, el de validez, en el cual se estudia su estructura[137] (dentro del que se analizan, principalmente, sus elementos —denominados— esenciales); y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo.[138] La regla general es que un negocio jurídico válido produzca efectos jurídicos, vale decir, sea eficaz. Sin embargo, nos podemos encontrar frente a casos de negocios jurídicos válidos pero ineficaces, como el supuesto del negocio jurídico sometido a condición suspensiva, o el caso de negocios inválidos pero eficaces, como el supuesto del (denominado) matrimonio putativo, regulado en el artículo 284 del Código Civil,[139] en el que el matrimonio invalidado produce efectos

---

[136] *Ibid.* También comparte esta interpretación VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En: *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar*. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 249.

[137] Así, se sostiene que «la estructura negocial está conformada por el complejo de las relaciones entre los elementos y los requisitos, la cual está conceptualizada en una situación estática. Por lo demás, este aspecto negocial es parte de un proceso jurídico unitario en donde existe una estrecha relación y unión sucesiva» (MORALES HERVIAS, Rómulo. «Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano». *Revista del Foro*, año LXXXVI ,n.º 1, 1998, p. 43).

[138] Se sostiene, con razón, a propósito del contrato (que no deja de ser un negocio jurídico) que «la eficacia es una noción distinta respecto de la de validez. El contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales [...]. La eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos.

De esta diversidad de nociones, se colige que la invalidez no importa siempre la ineficacia del contrato» (BIANCA, *op. cit.*, pp. 496-497).

[139] Este prescribe que «el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.

jurídicos (como si se tratase de un divorcio) respecto al cónyuge que lo contrajo de buena fe.

Por consiguiente, en su momento patológico, el negocio jurídico puede atravesar por una invalidez (que es definida como una «irregularidad jurídica») del negocio «que implica la sanción de la ineficacia definitiva», advirtiendo que «tal sanción puede ser automática o de aplicación judicial»;[140] o por una ineficacia, que se entiende como la no producción de efectos jurídicos o, como sostiene un sector de la doctrina nacional, como «la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela».[141] Estas dos categorías deben distinguirse de la inexistencia, que «está más allá de la nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que [...] el contrato o el acto nulo producen».[142]

Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.

El error de derecho no perjudica la buena fe».

[140] BIANCA, *op. cit.*, p. 573.

[141] MORALES HERVIAS, *loc. cit.*

[142] GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 261. Entre nosotros, se sostiene que «razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda en el primer caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe en el segundo caso. Se requiere, entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación y esa figura es la de la inexistencia del negocio jurídico» (ZUSMAN TINMAN, Shoschana. «Teoría de la invalidez y la ineficacia». *Ius et Veritas*, año IV, n.º 7, 1993, p. 161). La autora agrega que «pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, esta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no pueda ser aceptado como tal. De otra forma y aplicando la misma lógica formalista, se llegaría al absurdo de considerar al negocio inexistente por su naturaleza, como un negocio válido, al no estar incluido en alguna de las hipótesis del artículo 219» (*op. cit.*, 162). La autora, además, afirma que el inciso 1 del artículo 219 es un supuesto de inexistencia, por cuanto no cabe la conversión de un acto jurídico en el cual no ha habido manifestación de voluntad. En este mismo sentido, Rómulo MORALES HERVIAS, cuando define a la «inexistencia como el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la nulidad negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio)» (*op. cit.*, p. 55). Manuel DE LA PUENTE

Para autorizada doctrina italiana, en opinión que comparto, dentro de la categoría de la invalidez, se encuentran la nulidad, la anulabilidad y la rescindibilidad.[143] La *nulidad* «es la forma más grave de invalidez negocial» e «importa la definitiva *inidoneidad* del acto para producir efectos».[144] Sin embargo, esta no excluye que el negocio «pueda ser relevante frente a terceros y que pueda producir efectos entre las partes».[145] La nulidad puede ser total o parcial.[146]

Y LAVALLE recurre a la figura de la inexistencia en el supuesto del artículo 1359 del Código Civil. Así, «si se hubiera declarado que es nulo el contrato cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, habría surgido la duda respecto a la probabilidad de que el acto jurídico, aunque inválido, hubiera existido como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos, que es una de las posibles manifestaciones de nulidad» (*op. cit.*, p. 390). Hugo FORNO FLOREZ advierte que «nuestro Código Civil, al menos en la parte relativa a los contratos en general, ha sido muy poco riguroso al emplear los conceptos de "existencia", "validez" y "eficacia". Es evidente que, tal como lo hace el artículo 1359, el artículo 1360 debe ser entendido respecto a la existencia del contrato. Ahora bien, esto quiere decir que el contrato no se forma en el momento en que se estipula la reserva, ya que, eventualmente, solo se formará en el futuro, cuando aquella se haya satisfecho» («La oferta al público: razones para una discrepancia». *Derecho*, n.º 45, diciembre, 1991, p. 222).

En sentido contrario, Fernando VIDAL RAMÍREZ, quien subsume el concepto de inexistencia en el de nulidad, al precisar que «lo nulo, del latín *nullus*, viene a ser lo que no es o le falta valor y fuerza para tener efecto. Esta acepción llevada a su significado jurídico nos da la idea de la ineficacia y la invalidez absolutas y, de ahí, a la idea de lo nulo como algo inexistente jurídicamente, esto es, a la inexistencia del acto o negocio, pero no a la negación de lo que existe como un hecho que se ha producido. De ahí, también, que lo nulo sólo implique una inexistencia jurídica» (*El acto jurídico*. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 498). Para RUBIO CORREA, «los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, entre nosotros, son de nulidad» (*La invalidez del acto jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, p. 25). Se advierte «la fragilidad filosófica en que se sustenta la teoría de la inexistencia. Si la inexistencia es la nada, es imposible imaginársela; solo sería virtualmente posible definirla no a través de ella misma, sino como carente de que es el ser. Tampoco puede ser enfocada desde un género próximo y diferencia específica, porque la nada no puede ser confrontada sino con lo que es. Pero la inexistencia jurídica no es tan inexistencia, porque no se respalda en negaciones y porque los actos supuestamente inexistentes pueden generar consecuencias de alguna especie» (LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 523).

[143] BIANCA, *op. cit.*, p. 574.

[144] *Ibid.*, p. 576.

[145] *Ibid.*, p. 593.

[146] La primera parte del artículo 224 del Código Civil y establece que «la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables».

La *anulabilidad* es aquella forma de invalidez que somete al negocio «a la sanción de ineficacia de aplicación judicial». A diferencia del negocio nulo, el negocio anulable «es provisionalmente productivo de sus efectos; pero es susceptible de ser declarado ineficaz mediante sentencia».[147]

La *rescindibilidad* «es una forma de invalidez del contrato puesta principalmente a tutela de quien contrata en condiciones inicuas por su estado de necesidad o peligro».[148]

Para el Código civil Peruano, la rescindibilidad es un supuesto de ineficacia y no de invalidez. Así, en el artículo 1370 del Código Civil, se establece que «la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de su celebración». El artículo 1447 del Código Civil admite la configuración de la pretensión rescisoria por lesión solo en el caso de

---

Sobre el particular, se afirma que «del texto citado se pueden inferir dos proposiciones lógicas interdependientes: que la nulidad parcial viene siendo considerada como la regla general en nuestro sistema de ineficacias y que ella se verificará sólo cuando la disposición o disposiciones afectadas por la nulidad sean separables.

En lo que concierne a lo primero, se confirma que nuestro ordenamiento jurídico positivo está inspirado en el aludido principio de conservación del negocio jurídico, que, como es conocido, tiende, en la medida de lo posible, a proteger los intentos prácticos de los particulares salvándolos de la sanción de ineficacia. Este es un punto importante en la decantación de los lineamientos rectores de nuestro sistema y que servirá eventualmente como punto de apoyo para una deseable construcción dogmática.

Con respecto a lo segundo, conviene aclarar, de acuerdo al propio criterio, cuál es el significado del término *separable* en nuestra codificación civil.

Particularmente, pensamos que la idea de separabilidad es fácilmente reconducible a la idea de prescindibilidad, expuesta por nosotros como requisito central de operatividad de la nulidad parcial. Para ello, debemos asumir que la separabilidad de cierta parte del contenido implica que esta no va a afectar la función objetiva-esencial que cumple el negocio concreto en el contexto social. En síntesis, la separabilidad es la consecuencia directa del juicio de prescindibilidad, efectuado sobre el parámetro de la función objetiva que el específico tipo de negocio desempeña en el contexto jurídico-social. Los otros requisitos enunciados en nuestro tratamiento, es decir, la nulidad de un punto específico en un negocio unitario y la no existencia de voluntad contraria de los sujetos, se encuentran inmersos respectivamente en el texto de artículo aludido cuando señala el marco de actuación de la figura materia de tratamiento a través de la expresión *nulidad de una o más de las disposiciones* y en la propia esencia de la nulidad parcial enfocada como expresión del principio de conservación» (PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Contribución a la teoría de nulidad parcial del negocio jurídico». *Thémis*, segunda época, n.° 38, 1998, p. 54).

[147] BIANCA, *op. cit.*, p. 603.

[148] *Ibid.*, p. 642.

aprovechamiento de estado de necesidad, mas no de peligro.[149] Si entendemos que la nota característica de la anulabilidad es la de contener un vicio de la manifestación de voluntad (sea por error, dolo, violencia o intimidación), ¿acaso no se puede decir lo mismo respecto a una persona que, en estado de necesidad, ha tenido que manifestar una voluntad, seguramente no coincidente con su voluntad interna?. Máxime cuando observamos que la lesión, por ejemplo, se presenta como una causal coetánea a la formación del acto, al igual que la anulabilidad. Por ello, suscribo plenamente la posición que sostiene que la rescindibilidad debe ser entendida como un supuesto de invalidez y no de ineficacia del acto jurídico.[150]

Dentro de la categoría de la ineficacia, se encuentra la *resolución*, la cual, según el art. 1371 c.c., «deja sin efecto un contraro por causal sobreviniente a su celebración». El segundo párrafo del art. 1440 c.c. admite la posibilidad de la resolución de un contrato por excesiva onerosidad de la prestación.[151]

Tradicionalmente, al referirse a la nulidad, se ha esgrimido el aforismo romano «*quod nullum est, nullum producit effectum*». Sin embargo, esta regla no se aplica siempre. Con razón se ha afirmado que esta regla «no tiene una aplicación inflexible».[152] Para demostrar esta afirmación, señalaré las siguientes coordenadas legislativas:

a) El artículo 220 del Código Civil establece que la nulidad «puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público» y que «puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta».

---

[149] Este establece que «la acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos».

[150] En sentido contrario, sostiene que la rescisión es un supuesto de «ineficacia funcional», TABOADA CORVODA, Lizardo. *Nulidad del acto Jurídico.* 2ª ed. Lima: Grijley, 2002, p. 32.

[151] El artículo completo prescribe que «En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

[152] LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, p. 367.

De ello se desprende que, si se configura un acto atacado de nulidad, pueden darse las siguientes posibilidades:

i. que las partes no se exijan entre sí el cumplimiento del acto (hecho que no produce efectos jurídicos);
ii. que una de las partes haya cumplido con realizar lo acordado en el acto afectado de nulidad y la otra no (frente a lo cual, la parte afectada puede —o no— reclamar lo que le corresponde); o
iii. que ambas partes hayan cumplido con ejecutar el acto afectado de nulidad.

El hecho de que el acto jurídico afectado de nulidad no produzca efectos jurídicos depende, inicialmente, de las partes.[153] Si es que existe discusión respecto a la producción (o no) de dichos efectos, interviene el juez, declarando dicha nulidad. La resolución judicial de la nulidad tiene efectos *ex tunc* (o sea, retroactivos a la fecha de celebración del acto).[154]

b) Abona esta interpretación el artículo 2001, inciso 1, que establece que, transcurridos diez años, prescribe la acción de nulidad del acto jurídico. La excepción a esta regla la tenemos en el artículo 276 del Código Civil, que establece que la acción de nulidad de matrimonio no caduca. Ello quiere decir que transcurridos los diez años, no obstante se pueda invocar judicialmente la pretensión de nulidad del acto jurídico, existe una alta contingencia que esta pretensión no sea acogida.[155]

---

[153] Así, aunque inicialmente se sostenga (en posición que no comparto) que «no se requiere pronunciamiento judicial que declare que el acto es nulo», se afirma que «si hubiera disputa entre las partes acera de si el acto es o no nulo, corresponderá al juez resolver sobre el particular, no pronunciando su nulidad, pero si reconociéndola o constatándola» (LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, p. 364).

[154] Así, se sostiene, con razón, que «puesto que la acción mira a impedir o destruir los efectos negociales, se puede notar de ello mismo que cuando se interpone la acción, tal vez los efectos prácticos pueden haberse obtenido íntegramente, parcialmente, o quizá todavía no se han producido ningún género de consecuencias prácticas ni jurídicas típicas propias, porque, como dijimos, el negocio nulo produce efectos jurídicos como válido hasta la sentencia judicial que lo sancione» (LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, 546).

[155] Se observa que «son muchos los autores que piensan –y con razón- que la nulidad absoluta no debe prescribir. En el caso de simulación absoluta los motivos para sostener esta tesis son más poderosos, pues no hay razón para que la falsedad jurídica se convierta con certeza válida por el transcurso de tiempo» (*Ibid., op. cit.*, p. 392).

En efecto, en este supuesto, frente a una pretensión de este tipo, la parte demandada puede interponer una excepción de prescripción extintiva (artículo 446.12 del Código Procesal Civil) y el juez deberá ampararla. Solo si no es invocada la prescripción, podrá tener suceso la pretensión de nulidad del acto jurídico, porque ello implica una renuncia tácita a la prescripción ya ganada (artículo 1991 del Código Civil) y el juez no podrá fundar su fallo en la prescripción si no ha sido invocada (artículo 1992 del Código Civil).

c) Se podrá criticar la severidad o injusticia de establecer un plazo prescriptorio, convalidando, de esta manera, los actos afectados de nulidad; pero la seguridad en el tráfico jurídico así lo exige. Recuérdese que no solo los celebrantes del acto jurídico afectado de nulidad pueden solicitar la declaración judicial de nulidad; también está legitimado el Ministerio Público y el que tenga (no obstante la literalidad del artículo 220 del Código Civil) legítimo interés.

En atención a ello, sostengo que el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos (aunque sean precarios) entre las partes. Por ello, la diferencia entre el acto jurídico afecto de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí sino en las siguientes cuestiones:

a) El plazo de prescripción del acto afectado de nulidad es de diez años y el del acto anulable es de dos años (artículo 2001, inciso 4).

b) La legitimación para pedir la declaración judicial de nulidad del acto jurídico la tienen las partes afectadas, el que tiene legítimo interés y el Ministerio Público. En el caso de anulabilidad, la legitimación solo la tiene la parte afectada (artículo 230 del Código Civil).

c) En el acto afectado de nulidad cabe la conversión legal (como es el caso de los artículos 703 y 1829 del Código Civil); en el acto anulable, la confirmación (artículo 230 del Código Civil).

8. La nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público (y a las buenas costumbres) en la jurisprudencia nacional

En materia de testamentos, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 22 de agosto de 1987 (Casación N.º 87-96), ha establecido, frente a una cláusula testamentaria, en la que se dispone que la propiedad no podrá ser vendida por ninguno de los herederos «en su

acción y derecho y por fallecimiento de sus herederos asumirán los dos sobrevivientes y por fallecimiento de cualquiera de ellos asumirá definitivamente la propiedad, en su totalidad, el último sobreviviente para que lo posea libremente como propietario único»,[156] lo siguiente:

> [...] debe señalarse que esta condición impropia que sujeta la transmisión de propiedad a la muerte previa de dos personas en beneficio de una tercera repugna al orden público y carece de toda validez y eficacia.
> [...] Que nuestro ordenamiento legal no puede tolerar la existencia de una disposición semejante que propenda a generar expectativas patrimoniales derivadas de que una persona muera con anterioridad a otra.
> [...] Que, en ese sentido, la finalidad perseguida con dicha disposición testamentaria es ilícita, siendo de aplicación lo dispuesto en los incisos cuatro[157] y ocho[158] del artículo doscientos diecinueve y doscientos veinticuatro[159] del Código Civil.[160]

En efecto, se consideró ilícita (por atentatoria contra el orden público) la cláusula testamentaria, configurándose un supuesto de nulidad parcial. Resulta interesante la precisión que hace la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 25 de noviembre de 1997 (Casación N.º 1021-96), al establecer que:

> [...] el acto jurídico es nulo, además de otras causales, cuando es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres tal como lo dispone el inciso octavo del artículo doscientos diecinueve del Código Civil en concordancia con el artículo quinto del Título Preliminar del mismo Código sustantivo.

---

[156] Según la propia resolución de casación, en ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *Op. cit*, p. 49.

[157] Que establece que es nulo el acto jurídico cuando su fin sea ilícito.

[158] Este prescribe la nulidad del acto jurídico «en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

[159] Que regula la nulidad parcial (el artículo ya fue citado anteriormente).

[160] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *op. cit.*, t. II, pp. 49-50.

> [...] Que, en la anotada causal sustantiva de nulidad, se fundamenta la limitación de la autonomía de la voluntad en razón de que los actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público; estas nulidades no operan automáticamente, sino que los jueces tienen la facultad de declararlas con el sustento de la norma imperativa contravenida por la autonomía privada; por lo general, estas nulidades están integradas a las normas prohibitivas provenientes del conjunto del ordenamiento jurídico.[161]

Estoy totalmente de acuerdo con la advertencia de que la nulidad surte efecto con la declaración judicial. Sin embargo, no comparto la opinión que las normas imperativas son la expresión del orden público, por cuanto, como ya se advirtió, se trata de conceptos independientes y pueden haber normas imperativas que no sean la expresión del orden público, así como normas de orden público que no tienen carácter imperativo.

Frente a un caso de venta de un bien ajeno, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 25 de noviembre de 1997 (Casación N.º 282-T-97), aplicó el principio de nulidad del acto jurídico contrario al orden público, fundamentando su decisión en el hecho de que «quien no es propietario de un bien, no puede disponer de él y vender un bien ajeno y el dueño no puede ser privado de su dominio, sin que medie su voluntad, porque la Ley no ampara el abuso del derecho (*sic*)».[162]

En verdad, cuesta entender la referencia al principio del abuso de derecho, por cuanto la privación del derecho de propiedad es un acto ilícito que se realiza sin el amparo de potestad jurídica alguna (dicho en otras palabras: sin derecho), mientras el abuso de derecho es el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés. En este mismo sentido, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 28 de setiembre de 1999, cuando afirma que «resulta indudable que la venta de un bien ajeno, sin autorización o consentimiento de su verdadero dueño, es un contrato contrario a las leyes que interesan al orden público, ya que tanto la Constitución derogada de mil novecientos setenta y nueve como la vigente garantizan el derecho de propiedad.[163]

---

[161] *Ibid.*, pp. 51-52.

[162] *Ibid.*, p. 54.

[163] *Ibid.*, t. III, p. 737. Dentro de la misma orientación, también puede

Confunde gruesamente el concepto del orden público (y buenas costumbres) con el carácter «continuo, pacífico y público» de la posesión (regulado en el artículo 950 del Código Civil), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 15 de mayo de 1998 (Casación N.º 1818-97), cuando afirma que:

> [...] la precariedad en el uso de inmuebles no se determina únicamente por la carencia de un título de propiedad o arrendatario; debe entenderse como tal la ausencia absoluta de cualquier circunstancia que permita advertir la legitimidad de la posesión que ostenta el ocupante obviamente en armonía con el orden público y las buenas costumbres; es con amplitud de criterio con el que se debe interpretarse la norma contenida en el artículo novecientos once[164] del Código Civil para su debida aplicación[165] [el subrayado es mío].

Otro significado alternativo que hace la jurisprudencia nacional del orden público es cuando lo asimila a la noción de seguridad o tranquilidad. Así, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 14 de abril de 1999 (Casación N.º 2516-98), establece que:

> [...] el orden público debe entenderse conforme a la doctrina imperante a aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios

---

citarse la Resolución de fecha 8 de setiembre de 1997 (Expediente N.º 397-96), en la que se afirma que «no es por lo tanto jurídicamente posible ni lícito vender como propio un bien ajeno» (*Diálogo con la Jurisprudencia*, año IV, n.º 9, 1998, p. 181) y la Resolución de fecha 20 de marzo de 1996 (Expediente N.º 693-95), que sanciona que «al haberse vendido bienes de ajena propiedad, el acto jurídico resulta nulo por imperio de lo dispuesto por el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil y nulo también el instrumento que sirve para probarlo» (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996)*. Lima: Legrima Editoriales, 1997, p. 393).

[164] Este sanciona que «la posesión precaria es la que ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido».

[165] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO, *Op. cit.*, t. II, pp. 55-56.

> públicos, la seguridad y moralidad de las relaciones entre los particulares.[166]

Mientras que, en jurisprudencia administrativa se trabaja, principalmente, con el concepto de orden público dinámico, la jurisprudencia judicial (al igual que la doctrina) interpreta, de manera no uniforme, el orden público estático. Es imperativo un diálogo entre los operadores jurídicos para que homogenizar este concepto que se yergue como uno de los pilares fundamentales del Derecho.

[166] *Ibid.*, p. 57.

Capítulo VI

Naturaleza Jurídica del Legítimo Interés: hacia el rescate de su autonomía conceptual

Autorizada doctrina procesal nacional ha llegado a afirmar que «el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil de 1984 es una norma defectuosa y prescindible en nuestro sistema jurídico»,[1] basada, principalmente, en los siguientes motivos:

a) El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil de 1984 es el (intacto) heredero del artículo IV del Título Preliminar del abrogado del Código Civil de 1936. Este, a su vez, tomó como fuente inspiradora (prácticamente textual) al artículo 76 del Código Civil brasileño de 1916.[2]

b) En el modelo jurídico importado del Brasil, se incurre en una confusión de categorías materiales y procesales. En efecto, se pretende denominar como *legítimo interés* a una categoría procesal distinta, que es el *interés procesal* o el *interés para obrar*, definido como «el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable, actual o inminente, egoísta y abstracto».[3]

Personalmente, suscribo esta opinión. Ya en otra sede había observado que los principios que contiene el Título Preliminar del Código Civil, «lejos de comprender solamente al derecho privado, involucran a todo el ordenamiento jurídico nacional».[4] Sin embargo, creo que «el Código Civil

---

[1] MONROY GÁLVEZ, Juan. «*El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*». *Thémis*, segunda época, n.º 30, 1994, p. 47.

[2] El cual establece que «*Para propor, ou contestar uma ação, é necesario ter legítimo interesse económico, ou moral.*

Parágrafo unico. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua familia».

Juan MONROY GÁLVEZ se remonta al artículo 175 del Proyecto del Código Civil brasileño (*op. cit.*, p. 50).

[3] *Ibid.*, p. 56.

[4] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del derecho y los derechos de las personas*. Lima: Huallaga, 1996, p. 21.

está pasando por una etapa de redimensionamiento, vale decir, ha dejado de ser un monumento casi sagrado e intocable para convertirse, con otros cuerpos normativos, en instrumento integrante de un orden superior».[5] El rol actual del Título Preliminar del Código Civil debe adecuarse a esta actual exigencia histórica: se debe prescindir de regular supuestos de hecho procesales que, dicho sea de paso, están mejor regulados en el Código Procesal Civil y, con el riesgo de caer en decir lo evidente, debe regular categorías materiales propias de su disciplina. Esto es lo que sucede con el legítimo interés: el Código Procesal Civil, en el artículo IV de su Título Preliminar, ya se refiere al interés procesal.[6] Por ello, en las propuestas de reforma al Código Civil peruano ya se ha eliminado el actual (y vigente) artículo VI del Título Preliminar del Código Civil.

No obstante ello, el propósito de esta parte del trabajo es rescatar el concepto de legítimo interés como categoría material (y distinta del interés procesal). Para ello, haré una breve reseña al nivel del formante doctrinario nacional respecto a su conceptualización. Posteriormente, se confrontarán estas posiciones con aquellas que ha elaborado la doctrina extranjera y se evaluará su posible aplicación dentro de la normatividad actual en el sistema jurídico peruano.

1. El legítimo interés para la doctrina civilista nacional: ¿interés procesal, legitimidad para obrar o situación jurídica material?

La más calificada doctrina que comenta el abrogado Código Civil de 1936 entendía que: «[...] en general, se puede sostener que todo derecho, apreciado en el sentido subjetivo, acompaña una acción; de modo que esta es un predicamento de aquel. El derecho, en el anotado sentido, es un interés protegido jurídicamente, conforme a la indicación de Ihering. El interés legitima, por lo mismo, el ejercicio de la respectiva acción tendiente a proteger un derecho».[7]

---

[5] *Ibid.*, p. 18.

[6] Cuando establece, en su primera parte, que: «el proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará *interés* y legitimidad para obrar».

[7] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, t. I. Lima: WG Editor, 1991, p. 46.

El mismo autor, al comentar el actual artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, observó que «está tratando exclusivamente del derecho subjetivo».[8]

Otro sector de la doctrina opinó inicialmente que «la expresión *legítimo interés*, dentro del Código, parece referirse a aquellos intereses que son jurídicamente exigibles a su arbitrio por el interesado».[9] Posteriormente, el autor registra un afinamiento conceptual y prefiere hablar de «*interés subjetivo*, entendiendo por tal aquel que legitima a actuar a la persona dentro del ámbito civil».[10] Sin embargo, se entiende al interés subjetivo como una categoría genérica que engloba al simple interés, al interés social, al legítimo interés y al interés público.[11]

Por mi parte, pretendo introducir la siguiente definición *de legítimo interés*: «[...] situación de ventaja (sustancial e inactiva) que se ubica en el interior de una (verdadera) relación jurídica estructurada en el sentido de la complementariedad y caracterizada, en el lado opuesto, por la presencia de situaciones activas (en el sentido de comportamiento) de libertad o de necesidad; pero siempre ejercidas de manera discrecional».[12]

A efectos de contar con un claro entendimiento del concepto del legítimo interés es necesario remontarse a un concepto previo, el de la

---

[8] LEÓN BARANDIARÁN, José. «Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil IV, Exposición de motivos y comentarios,* compilados por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985, p. 28.

[9] RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 119.

[10] RUBIO CORREA, Marcial. «El interés subjetivo». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 253.

[11] Como puede desprenderse de RUBIO CORREA, «*El interés subjetivo...*,» p. 300.

[12] BIGLIAZZI GERI, Lina. «Interesse legitimo: diritto privato». En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile.* Turín: UTET, 1993, p. 549. Esta definición ya fue propuesta anteriormente a propósito del denominado abuso de poder en las sociedades en ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría». *Thémis*, segunda época, n.º 37, 1998, p. 50. En este mismo sentido, Giovanni PRIORI POSADA, cuando sostiene que el legítimo interés «es una situación jurídica de ventaja inactiva pues con el *interés legítimo,* la satisfacción del *interés material* que le sirve de presupuesto no depende del comportamiento del agente titular del *interés material,* sino de un sujeto diverso que normalmente resulta ser titular de una potestad» (en *Comentario* al artículo VI del título Preliminar c.c., Legitimidad para obrar, en *Código Civil Comentado,* t. I, *Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico,* Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

situación jurídica subjetiva, que debe ser considerado desde diversos puntos de vista. A saber: «[...] desde el perfil estático como interés; desde el de eficacia como consecuencia de un hecho; desde el dinámico como ejercicio, actuación, expresión de la voluntad de un sujeto; desde el funcional; y en el perfil normativo-reglamentario, como norma de conducta, de comportamiento para los titulares de la situación misma y de los otros centros de intereses que están en relación con la situación».[13]

En efecto, el concepto de situación jurídica que, por simplicidad en su comprensión, ha sido concebido como una «posición del sujeto frente al ordenamiento jurídico» no debe agotarse en una mera percepción descriptiva y debe tomar en cuenta los diversos perfiles ya señalados. Este tipo de percepciones unilaterales, como la que entiende al derecho subjetivo (que es una situación jurídica activa) como un interés jurídicamente relevante, puede hacer llegar a definir de manera inexacta al legítimo interés confundiendo categorías procesales con categorías materiales.

La situación jurídica subjetiva puede ser de ventaja, «en cuanto apta para asegurar al titular la obtención de un resultado favorable»,[14] o de desventaja, en tanto «instrumento para la realización de la primera».[15] Asimismo, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser clasificadas en activas e inactivas «por cuanto, en su orden, se caracterizan por un «poder obrar» o un «no poder obrar»».[16] Dentro de esta clasificación, entenderemos al denominado derecho subjetivo como una situación jurídica de ventaja activa,[17] al deber jurídico como una situación jurídica de desventaja activa y al legítimo interés como una situación jurídica de ventaja inactiva. En este último, «la satisfacción del interés-presupuesto no depende del comportamiento del sujeto que aspira a ella (ausencia del *agere-licere*), sino del de un sujeto distinto (que se puede llamar convencionalmente agente o contrapuesto), titular de una situación de derecho o de «deber» (potestad)».[18]

---

[13] PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1991, p. 248.

[14] BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI: Ugo NATOLI; y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*, t. I, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 353.

[15] *Ibid., loc. cit.*

[16] *Ibid.*, p. 356.

[17] *Ibid.*, p. 366.

[18] *Ibid.*, p. 430.

La *relación jurídica* ha sido entendida como «una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de una función social merecedora de la tutela jurídica».[19] Dentro de esta línea de pensamiento, se observa que «dos son, por consiguiente, los requisitos necesarios para que haya relación jurídica. En primer lugar, una relación intersubjetiva, un vínculo entre dos o más personas. En segundo lugar, que este vínculo corresponda a una hipótesis normativa, de tal suerte que se deriven consecuencias obligatorias en el plano de la experiencia».[20] Sin embargo, no se debe olvidar que los sujetos protagonistas de la relación jurídica se encuentran, a su vez, en distintas situaciones jurídicas. Por ello, se dice, con acierto, que, «en la relación (jurídica), la vinculación es entre situaciones subjetivas».[21]

Volviendo al legítimo interés: en el momento fisiológico y dentro de una relación jurídica de complementariedad, se encuentran dos situaciones jurídicas de ventaja, una activa (derecho subjetivo) y otra inactiva (legítimo interés). El titular del derecho subjetivo debe ejercer el mismo discrecionalmente para no lesionar el legítimo interés del otro. Caso contrario, pasamos al momento patológico de la relación jurídica de complementariedad en la cual, al no ejercerse de manera discrecional el derecho subjetivo, se lesiona el legítimo interés. Esta situación material (legítimo interés lesionado o con amenaza de serlo) genera una situación procesal en la cual hay un demandante (titular del legítimo interés lesionado) y un demandado (titular del derecho subjetivo lesionante). Es aquí donde observamos una configuración, por parte de quien ejerce el derecho subjetivo de manera no discrecional, del denominado abuso de derecho, el cual ha sido entendido como el «conflicto con un interés ajeno no tutelado por una norma jurídica específica»[22]. En mi opinión, el denominado abuso de derecho no es más que el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés.

---

[19] DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, t. I. Madrid: Tecnos, 1982, p. 251.

[20] REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Pirámide, 1984, p. 173.

[21] PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 296.

[22] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El abuso del derecho». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 168.

Al lesionarse el legítimo interés se genera el derecho de acción por parte del dañado. Con ello, la situación jurídica de ventaja no deja de ser inactiva, sino que, a través del derecho de acción, se llega a tutelar a la misma. En efecto, «la lesión (concretándose en un hecho inmediatamente lesivo o solo peligroso) de una situación de ventaja (activa o inactiva) atribuye, de regla, a su titular un derecho potestativo (acción) destinado a operar procesalmente, en virtud del cual se le consiente recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la tutela prevista».[23]

2. El legítimo interés en el Código Civil peruano (y la urgente necesidad de unificar criterios)

El Código Civil menciona expresamente en trece casos el término legítimo interés, a saber, en los artículos 4, 49, 127, 129, 253, 275, 351, 366, 399, 599, 956, 1260 inciso 2 y 1999.[24] No es mi intención hacer una exégesis de estos numerales sino evidenciar que no hay un concepto uniforme de esta categoría jurídica a lo largo de este cuerpo de leyes. Así, el artículo 4 identifica al legítimo interés con el interés procesal; y el artículo 351 confunde el legítimo interés con el derecho subjetivo;[25] entre otros casos. Prefiero hacer una búsqueda del legítimo interés entre los supuestos en los cuales no está previsto específicamente.

El primer caso lo ubicamos en el artículo 2 del Código Civil.[26] Si bien es cierto que el Código solo le reconoce a la mujer el derecho de solicitar judicialmente el reconocimiento del embarazo o del parto, al marido (por

---

[23] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 564.

[24] Marcial RUBIO CORREA, antes de la reforma del Código Civil por el Decreto Legislativo N.° 768, en 1993, había detectado quince casos (*El interés subjetivo...*, pp. 300–301).

[25] Artículo 351: «Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el **legítimo interés** personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por reparación del daño moral». Ya Marcial RUBIO CORREA había advertido el «fenómeno de plurisignificación» en este numeral (*op. cit.*, p. 301).

[26] 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».

ejemplo) le asiste el legítimo interés. En efecto, de no ejercer discrecionalmente este derecho la mujer, el marido estaría legitimado para interponer la acción correspondiente.[27]

Sucede lo mismo con el denominado fraude del acto jurídico (artículo 195 del Código Civil), que no es más que «la facultad que la ley otorga al acreedor para pedir la declaración de *inoponibilidad* o ineficacia respecto de él de ciertos actos de disposición —no necesariamente fraudulentos [...]— que el deudor efectúe de su patrimonio y que causen perjuicio a sus derechos hasta el límite de ellos».[28] En efecto, nos encontramos ante una pretensión procesal por parte del acreedor a «pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito». El deudor tiene el derecho a disponer de sus bienes; pero el acreedor tiene el legítimo interés de que aquel lo haga de manera discrecional a efectos de que cumpla con su obligación.[29]

Ya en el ámbito jurisprudencial se ha tenido que evaluar la inercia del cónyuge inocente frente al derecho que le otorga el artículo 354 del Código Civil.[30] En efecto, se puede extraer la siguiente máxima de la decisión de fecha 20 de mayo de 1994 de la Primera Sala Civil de la Corte Suprema:

> Si bien, conforme al segundo párrafo del artículo 354 del Código Civil, el cónyuge inocente tiene derecho a pedir que se declare disuelto el vínculo de matrimonio tratándose de la separación por causal específica, también es cierto que dicha

---

[27] Se afirma que «la norma contenida en el artículo IV del Título Preliminar podría servir de fundamento legal para que el marido interesado solicite el reconocimiento del embarazo o del parto» (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima: Studium, 1986, p. 33.

[28] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1994, p. 407.

[29] Así, se observa con razón, que lo que justifica la pretensión de inoponibilidad o ineficacia es el incumplimiento de reglas de conducta por parte del deudor, «porque se comporta impropiamente, falta a la buena fe y a la honestidad y lealtad normales, quien, a la vista de un próximo y seguro débito a su cargo, dispone de sus bienes para impedir el oportuno cobro al inminente acreedor» (LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, pp. 407-408).

[30] Sobre el particular, permítaseme remitir a Juan ESPINOZA ESPINOZA. «Algo más sobre el abuso de derecho y la arquitectura interpretativa del operador jurídico en materia de disolución y decaimiento del vínculo conyugal». *Diálogo con la jurisprudencia*, año III, n.º 6, 1997, pp. 129 y ss.

> norma no prohíbe categóricamente que el cónyuge culpable pueda formular ese pedido, máxime cuando la reconciliación entre las partes en controversia es impracticable.
> Cuando no hay posibilidades de reconciliación entre las partes en controversia, admitir que solo el cónyuge inocente está autorizado para pedir la disolución del vínculo del matrimonio, en el fondo, constituiría amparar la omisión abusiva de un derecho, la cual está vedada por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.[31]

También, en este caso, el denominado cónyuge culpable es titular de un legítimo interés frente al derecho del denominado cónyuge inocente dentro de la relación jurídica matrimonial (en decaimiento) y, en caso de imposibilidad de reconciliación, puede solicitar la disolución definitiva del mismo. Si bien es cierto que se resolvió este conflicto a la luz del principio general del abuso del derecho, hubiera sido interesante que se analizara la situación jurídica (vale decir, de legítimo interés) en la cual estaba posicionado el denominado cónyuge culpable.

3. Alguna precisión respecto al carácter de abstracción del derecho de acción

La primera parte del artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 establece que: «Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos y legítimos intereses». Pareciera que esta disposición iría en contra de una de las características del derecho de acción, por la cual se la entiende como «derecho abstracto».[32] Comparto plenamente que este derecho sea calificado como público (por cuanto participa el Estado), subjetivo (todo derecho lo es), así como autónomo. Y es aquí, en esta última característica, en la que, siendo profano en materia procesal, me aventuraría a sostener

---

[31] ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pp. 129-130.

[32] Como, entre nosotros, sostiene MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, t. I. Santa Fe de Bogotá: Temis-Estudio De Belaúnde & Monroy Abogados, 1996, p. 271. El autor sostiene que es abstracto «porque no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido; se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de se este derecho tiene existencia» (*op. cit.*, p. 272).

que se han confundido las características de autonomía y abstracción. Me explico: el derecho de acción es un derecho distinto conceptualmente del (derecho subjetivo o legítimo interés) que se pretende tutelar y, por ello, es autónomo, atributo que no necesariamente implica que el derecho de acción sea abstracto. En efecto, ¿qué sentido o eficacia tiene ejercer *in abstracto* este derecho sin el soporte material de un derecho subjetivo o un legítimo interés? No se podría configurar ni la legitimidad para obrar ni el interés procesal. Creo que la acción es un derecho, si bien autónomo conceptualmente, derivado o consecuencia del derecho subjetivo o legítimo interés que se quiere proteger. Comparto la autonomía del Derecho Procesal Civil como disciplina jurídica; pero carece de sentido referirse al derecho de acción *in abstracto*.

Podrá objetarse que se está confundiendo acción con pretensión (entendida esta última como el contenido de la primera) y que, por ejemplo, la pretensión puede prescribir extintivamente, mas no la acción, hecho que trae como correlato que, al término de un proceso, si bien no se amparó la pretensión, se ejerció el derecho de acción. El tema aquí es que la acción (y, dentro de ella, la pretensión) aparentemente estaba fundada en un derecho y, durante el proceso, se determinó que no había tal derecho. Ello es tan cierto que el mismo Código Procesal Civil, en su artículo 4, sanciona el «ejercicio de derecho de acción irregular o arbitrario»;[33] y ello se da, justamente, cuando el derecho de acción no se basa en un derecho o legítimo interés. Queda claro que esta sanción se aplica a criterio discrecional del juez.

Por todo ello, considero que la acción, si bien es un derecho conceptualmente autónomo del derecho o legítimo interés que se pretende proteger, es un derecho de garantía (derivado o consecuencia) de dicho derecho o legítimo interés.

4. La lesión del legítimo interés: la responsabilidad administrativa y civil

En el derecho administrativo, se distingue, dentro de la categoría del legítimo interés, el *legítimo interés pretensor*, que se configura en el caso de quien

[33] Cuyo texto completo establece que, «concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado».

postula a un concurso público (tiene una situación subjetiva favorable inactiva «en que las pruebas de tramitación del concurso se rindan de conformidad a la ley»[34]) o de quien solicita ante una municipalidad que se le conceda una licencia o autorización.[35] Así: «[...] el sujeto titular del interés legítimo que promueve el recurso ante los órganos de la jurisdicción administrativa y obtiene la sentencia que declara la ilegitimidad del comportamiento de la Administración Pública puede después ver realizado su interés sustancial, por ejemplo, al resultar vencedor en las pruebas sucesivas al tramitarse nuevamente el concurso, o al adjudicársele el contrato o concedérsele la licencia, como consecuencia del nuevo procedimiento realizado por la Administración en cumplimiento de lo dispuesto en el juicio administrativo».[36]

Es aquí donde surge la controversia de si el sujeto, cuyo legítimo interés ha sido lesionado, «puede también estar legitimado para solicitar el resarcimiento del daño patrimonial que se haya producido eventualmente por el comportamiento de la Administración Pública».[37] En estos supuestos, el daño «es resarcible cuando el interés sustancial sometido a juicio sobre la injusticia del daño asume las connotaciones de una situación de confianza objetivamente valorizable»;[38] pero no es resarcible «cuando el interés sustancial sometido al juicio sobre la injusticia del daño se resuelve en una mera *chance*».[39]

El legítimo interés lesionado, dentro del ámbito administrativo, también puede ser tutelado en el ámbito civil. Ello por cuanto se reconoce «un derecho de reacción dirigido a obtener el resarcimiento específico dentro de los límites en los cuales la nulidad (de la resolución administrativa) no basta para hacer justicia al particular o permanezca siendo estéril de efectos prácticos por inercia de los órganos administrativos competentes».[40]

---

[34] VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Pádova: CEDAM, 1996, p. 451 y ahora en *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 133.

[35] Como el caso de «denegación de autorización de transferencia de la licencia de (funcionamiento) de una actividad comercial» (PALMIERI, Sergio. «Il Commento». En: *Danno e responsabilità*, n.º 1. Milán: IPSOA, 1997, p. 61).

[36] VISINTINI, *op. cit.*, pp. 133-134.

[37] *Ibid.*, p. 134.

[38] BUSNELLI, Francesco. «Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sabarramento" alla "rete di contenimento"». En: *Danno e responsabilità*. n.º 3. Milán, IPSOA, 1997, p. 273.

[39] *Ibid., loc. cit.*

[40] PALMIERI, *op. cit.*, p. 63.

También se habla de *legítimo interés opositor* cuando se hace referencia a «intereses que luchan por un mantenimiento de un bien de la vida»,[41] que se da «en los casos de ilegítima anulación, por parte de la Administración Pública, de precedentes resoluciones constitutivas, o solo de reconocimiento, de posiciones de derecho subjetivo» o «de una serie de comportamientos materiales tales de vaciar el contenido el derecho precedentemente constituido o reconocido».[42] Tal sería el caso en el cual una municipalidad, después de haber autorizado la gestión, a una sociedad privada, de un yacimiento de deshechos especiales, sucesivamente adopte una serie de actos ilegítimos y dirigidos a hacer imposible el desarrollo de la actividad autorizada.[43]

En mi opinión, percibo que se está dando una tutela a la lesión de un derecho subjetivo y no a la lesión de un legítimo interés. Por ello, se sostiene, con razón, que «si el derecho subjetivo surge con la expedición de la licencia de construcción, la anulación posterior lo debilita; pero vuelve a ser tutelable frente al juez ordinario después de la caducidad de la resolución de anulación por obra del juez administrativo».[44]

La jurisprudencia italiana es reacia a reconocer la responsabilidad civil de la Administración Pública, derivada de la lesión de legítimos intereses.[45] Por ello, se sostiene que «cualquiera sea el trazo argumentativo que se escoja, el núcleo teórico fundamental se articula a través de los siguientes pasajes lógicos: actividad discrecional de la Administración Pública-normas de acción-interés legítimo del privado-inexistencia de un daño injusto resarcible».[46] Ante esta situación, se piensa que «no se trata ni de afirmar ni de negar un principio general de resarcibilidad de la lesión del interés legítimo, sino de constatar, en los diversos conflictos tipificables, y sobre la base de la naturaleza y de la protección que surja fuera del interés

---

[41] FOLLIERI, citado por BUSNELLI, *loc. cit.*

[42] PALMIERI, *op. cit.*, p. 65.

[43] *Ibid., loc. cit.*

[44] MONATERI, Pier Guiseppe. «Irrisarcibiltà delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'artículo 2043: la fine di una regola?». En: *Danno e responsabilità*, n.º 5. Milán: IPSOA, 1997, p. 553.

[45] En atención a ello se sostiene que «la historia de la regla del no resarcimiento de las lesiones de intereses legítimos no se remonta a períodos atávicos; se trata de una dogmatización de los años cincuenta, de una regla *centrista* de tutela de la administración» (MONATERI, *op. cit.*, p. 558).

[46] MASTORILLI, Anna Chiara. «Commento». En: *Danno e responsabilità*, n.º 1. Milán: IPSOA, 1997, p. 75.

sustancial imperante, así como de la finalidad de la norma violada por la Administración Pública, si el daño ocasionado al individuo pueda o no considerarse injusto».[47]

La lesión del legitimo interés pretensor y (aun admitiéndolo) del legítimo interés opositor se encuentran, repito, en el escenario de la responsabilidad administrativa, a nivel de la experiencia jurídica italiana. Los supuestos que he mencionado, dentro de la experiencia jurídica nacional, podrían encontrar tutela en la (denominada) acción de amparo. Ello no quiere decir que no existan supuestos de hecho referentes a lesiones al legítimo interés, a nivel de derecho civil. Prueba de ello son los casos de los artículos 2, 195 y 354 del c.c. comentados en otra sede.[48] La más autorizada doctrina italiana que se ha dedicado al legítimo interés ha expresado que si el mismo «es situación de ventaja, resultado de la calificación normativa de un interés jurídicamente relevante, su lesión resultante de un comportamiento *non jure* del sujeto agente debería concretar aquel daño injusto que está en la base no [...] de la sola responsabilidad civil (extra-contractual), sino también de la responsabilidad contractual».[49] Por consiguiente, la lesión del legítimo interés también podría integrar un supuesto de responsabilidad civil.

En efecto: «[...] la injusticia [del daño] no se identifica más con la lesión de un derecho subjetivo si no implica un juicio de relación sobre la base del cual se establece si el interés lesionado es merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico. Cuando el interés lesionado está ya protegido en la forma de derecho subjetivo, tal juicio ha sido ya efectuado por el legislador, por tanto, el juez está exonerado. Viceversa, cuando el interés es relevante, aunque no sea objeto de un derecho, el juicio debe ser efectuado por el intérprete, el cual deberá tener en cuenta las recíprocas posiciones en conflicto».[50]

Un caso en el cual no cabe hablar (propiamente) de la lesión a un derecho subjetivo es el de la responsabilidad civil por muerte del conviviente *more uxorio*. En efecto, ¿puede la conviviente sobreviviente solicitar una indemnización por daño moral por la pérdida de su compañero? ¿Se podría

---

[47] SALVI, Cesare. «La responsabilità civile». En: IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI. *Trattato di diritto privato*. Milán: Giuffrè, 1998, p. 80.

[48] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Naturaleza jurídica del legítimo interés: Hacía el rescate de su autonomía conceptual». *Advocatus*, nueva epoca, tercera entrega, Universidad de Lima, 2000, pp. 43-44.

[49] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 565.

hablar de la lesión de un interés legítimo? En Italia, superando una jurisprudencia decididamente en contra del resarcimiento por parte del conviviente, la *Corte di Assise*[51] de Génova ha considerado «admisible, en un proceso por homicidio, la constitución de parte civil de la conviviente *more uxorio* de la víctima».[52] Por ello, se afirma que «la orientación que se está delineando es sustancialmente favorable; ciertamente ha cambiado mucho respecto al prevaleciente hace algunos decenios».[53] Incluso, en un reciente proyecto de ley, esta situación ya encontró reconocimiento.[54] En Francia, la *Chambre mixte* ha precisado que, en presencia de un caso de convivencia *more uxorio*, caracterizada por las notas de estabilidad y carente de todo aspecto ilegal, «debe ser casada la sentencia que niegue legitimación a la concubina por la demanda de resarcimiento del daño»[55] por muerte del conviviente.

En este supuesto, nos encontramos frente a la lesión de un legítimo interés del cual es titular el (o la) conviviente *superstite*: su situación jurídica de ventaja inactiva no puede quedar desamparada ante este tipo de lesiones. Sin embargo, el reconocimiento de la resarcibilidad de este tipo de daño debe encuadrar, necesariamente, dentro de los requisitos que establece el artículo 326 del Código Civil, vale decir, que se trata de un varón y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial y que hayan convivido, al menos, dos años[56].

---

[50] FRANZONI, Massimo. *Fatti illeciti*. Bolonia-Roma: Zanichelli-Il Foro, 1993, p. 266.

[51] Que es el equivalente a nuestros tribunales correccionales penales.

[52] ALPA, Guido. *I principi generali*. Milán: Giuffrè, 1993, p. 354. En efecto, en esta resolución, se observa «cómo el fenómeno de la convivencia por ser "siempre más difundido y largamente aceptado por el sentir común" no puede ser ignorado y quedar privado de consecuencias también en el plano jurídico» (*op. cit.*).

[53] ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno*. Bolonia: Il Mulino, 1991, p. 173.

[54] El Proyecto de Ley de Reforma sobre el Seguro Obligatorio de la Responsabilidad Civil Automibilística (RCA), aprobado por el Senado el 21 de noviembre de 1990, establece en su artículo 21 que «en el caso de lesiones mortales, el resarcimiento del daño patrimonial y moral compete también al conviviente de la víctima que demuestre la subsistencia de los requisitos de la unión y comunión de vida, del mutuo afecto y de la recíproca asistencia moral y material, por un período no inferior a cinco años».

[55] ALPA, Responsabilitá civile e..., p. 190.

[56] En este mismo sentido, PLÁCIDO VILCACHAGUA sostiene enfáticamente que «el conviviente supérstite tiene un legítimo interés para accionar por la defensa de sus derechos subjetivos familiares derivados de la unión de hecho sostenida permanentemente, singular y notoriamente. En consecuencia, podrá actuar por

5. El legítimo interés en la jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional, al igual que la doctrina civilista mayoritaria, no tiene un concepto uniforme de legítimo interés. Así, la resolución de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N.º 2057-T-96), del 29 de octubre de 1996, en la cual se establece que: «No siendo los demandantes propietarios de los bienes transferidos a SEDALIB, carecen de interés para interponer la demanda, por lo que no resultan de aplicación los artículos doscientos diecinueve del Código Civil[57] y el artículo sexto del Título Preliminar de dicho Código».[58]

En este mismo sentido, de identificar legítimo interés con legitimidad para obrar, también se encuentra la resolución de la misma Sala (Casación N.º 1522-96), del 24 de febrero de 1996, que entiende al legítimo interés como un «principio procesal».[59]

Aunque no forme parte de las decisiones judiciales, en el Dictamen N.º 308-96-MP-FN-FSC, del 10 de diciembre de 1996, se identificó legítimo interés con legitimidad para obrar. En este caso, unas herederas preteridas en una herencia que se declaró vacante y que luego fue entregada a la Sociedad de Beneficencia de Lima interpusieron nulidad de la Sentencia que revocó, a su vez, la Sentencia de Primera Instancia que declaraba fundada la demanda de contradicción de sentencia. En el dictamen fiscal, se precisó lo siguiente:

> El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil establece que, para ejercitar o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés económico o moral, por lo que consideramos que no resulta pertinente impedir el ejercicio de la acción contradictoria a quienes no fueron citados en un

---

derecho propio, en atención a su condición de conviviente emergente de tal estado matrimonial aparente de hecho, para reclamar la indemnización de los daños materiales y morales, así como el reembolso de los gastos de asistencia y sepelio, producidos por la muerte del compañero como consecuencia de un delito; acreditando, previamente, que tal situación de hecho reúne los requisitos necesarios para determinar su reconocimiento conforme a nuestro ordenamiento jurídico» («Indemnización al conviviente de los daños derivados de la muerte del otro como consecuencia de un delito» *Advocatus*, año III, cuarta entrega, 1992, p. 64).

[57] Que se refiere a las causales de nulidad del acto jurídico.

[58] Diario *El Peruano*, Lima, 16 de marzo de 1998, p. 558.

[59] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, t. II. Lima: Ediciones Legales, 2000, p. 60.

> procedimiento no contencioso y por dicha omisión no pudieron apersonarse para hacer valer su derecho de herederas legales, derecho que, como se puntualiza en este pronunciamiento, ha quedado demostrado, por lo que debe observarse lo dispuesto en el artículo 660 del Código Civil.[60]

Sin embargo, la Sala Civil de la Corte Suprema, con Sentencia del 29 de mayo de 1997, se pronunció en el sentido que no había nulidad «dejando a salvo el derecho de las actoras para que lo hagan valer con arreglo a ley».[61]

Sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, con Resolución de fecha 23 de setiembre de 1997 (Casación N.º 62-T-97), se aparta de esta orientación y da un salto de calidad al distinguir categorías materiales de las procesales. El caso es el de una señora que, en representación de la sociedad de gananciales, celebró con una persona jurídica un contrato de mutuo con garantía hipotecaria. Posteriormente, la misma señora solicitó judicialmente la nulidad de la escritura pública en la que se otorgó en contrato, por cuanto su poder solo la facultaba para administrar y no para gravar bienes. En efecto, se sostiene que:

> [...] el derecho subjetivo se halla constituido por un poder de actuar, atribuido a la voluntad del sujeto y garantizado por el ordenamiento jurídico para satisfacer sus intereses jurídicamente protegidos, de donde resulta que solo al titular del derecho se le reconoce una razón de ser suficiente para poder accionar, que la fuerza del derecho subjetivo no proviene de su titular, sino del ordenamiento jurídico y que el contenido del derecho subjetivo está constituido por las facultades jurídicas reconocidas.

Respecto a las categorías procesales, se establece que:

> [...] la legitimidad para obrar (*legitimatio ad causam*) está referida a los sujetos del proceso, quienes, sean demandantes o demandados, están autorizados por la ley procesal a

---

[60] Este artículo establece que, «desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores».

[61] *Normas Legales*, t. 259, Trujillo, diciembre, 1997. A-5.

> formular una pretensión determinada o contradecirla y solo requiere que quien acciona afirme que tiene interés y legitimidad para obrar y que su conflicto de intereses solo tendrá solución con la sentencia que pide y propone al Poder Jurisdiccional; que existen y coexisten una relación jurídica sustantiva y una relación jurídica procesal, la que solo queda saneada cuando se dan los presupuestos procesales, uno de los cuales es la legitimidad para obrar.

En atención a ello, la Sala concluye que:

> [...] en el presente caso, solamente el mandante puede ratificar los actos del mandatario que exceden los límites del mandato conferido, o reclamarlos, como establecen los límites del mandato conferido, o reclamarlos, como establecen los artículos ciento sesenta y uno y ciento sesenta y dos del Código Civil, por lo que nos encontramos frente a un acto jurídico anulable a petición del mandante y no del mandatario, por lo que, evidentemente, la demandante no tiene legítimo interés, además que repugna a la moral y al derecho, que alguien pueda prevalerse o beneficiare de su propio dolo.

Esta resolución merece aplauso y crítica: aplauso porque se aparta del error del legislador civilista y de un gran sector de la jurisprudencia que confunde categorías materiales con aquellas procesales; y crítica porque define al derecho subjetivo desde la óptica *iheringiana* (ya superada) y no lo entiende como situación jurídica, así como confunde la falta del legítimo interés con la falta de derecho.

Conclusiones

Las conclusiones que podemos arribar después de esta breve reseña son las siguientes:

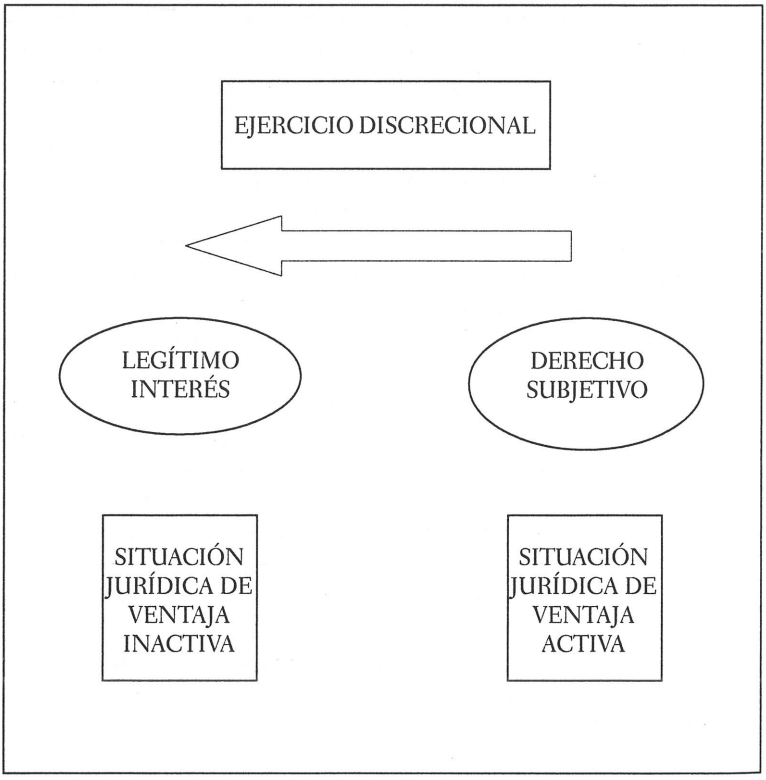
1. Comparto la opinión de quien sostiene que la redacción del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil es inadecuada y equívoca, por cuanto se están confundiendo categorías materiales y procesales.
2. El legítimo interés es una categoría jurídica material distinta del interés procesal (estado de necesidad por el cual se recurre al órgano

jurisdiccional del Estado) y de la legitimidad para obrar (correspondencia entra la situación jurídica material y la situación jurídica procesal).

3. El legítimo interés es una situación jurídica de ventaja inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). El titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario, se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés.
4. Al lesionarse (o con la amenaza de lesión de) el legítimo interés, se genera el derecho de acción. Con ello no se quiere decir que solo con la lesión del legítimo interés uno puede «ejercitar o contestar una acción» (como podría desprenderse del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil) sino como —a continuación— precisa la primera parte del artículo 24 de la Constitución italiana de 1947: «Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus propios derechos y legítimos intereses».
5. La acción, si bien es un derecho conceptualmente autónomo del derecho o legítimo interés que se pretende proteger, es un derecho de garantía (derivado o consecuencia) de dicho derecho o legítimo interés.
6. Se distingue, en la experiencia jurídica italiana, el legítimo interés pretensor del legítimo interés opositor que surgen frente a actos de la Administración Pública y de cuya lesión se origina una responsabilidad administrativa. A partir de esta responsabilidad, puede surgir una responsabilidad civil.
7. La lesión del legítimo interés también es tutelada directamente en el ámbito del Derecho Civil (como el caso de los artículos 2, 195 y 354 del Código Civil) y también puede ser fuente de responsabilidad civil (como el caso de daño por muerte del conviviente *more uxorio*).
8. Urge armonizar el concepto de legítimo interés empleado en diversos artículos del Código Civil (arts. VI, 49, 127, 129, 253, 275, 351, 366, 399, 599, 956, 1260 inc. 2 y 1999 c.c.).

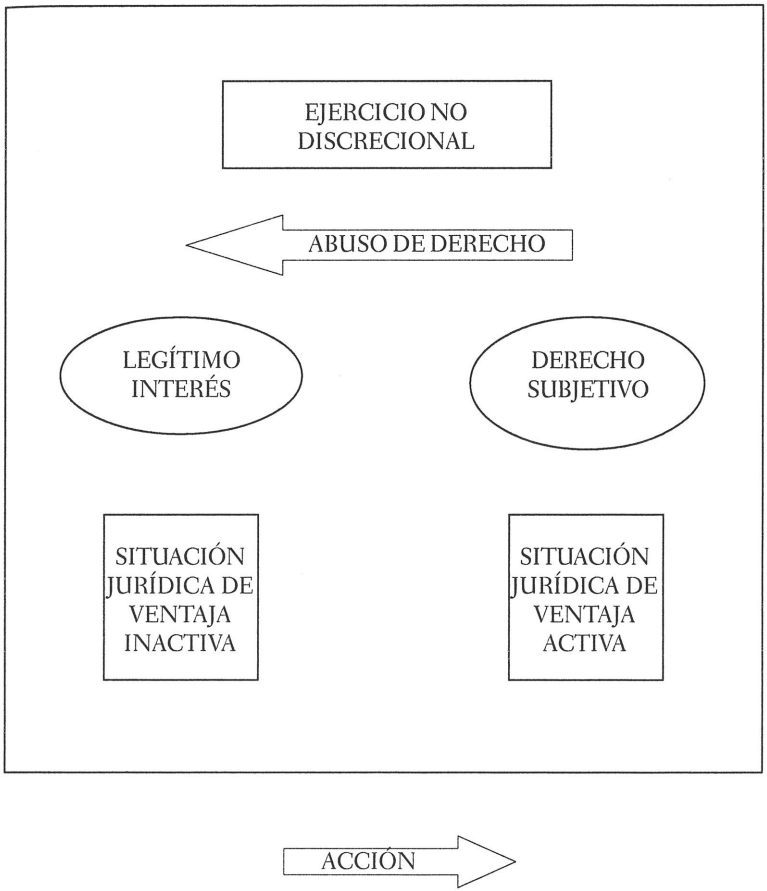
MOMENTO FISIOLÓGICO

RELACION JURÍDICA DE COMPLEMENTARIEDAD



MOMENTO PATOLÓGICO

RELACIÓN JURÍDICA DE COMPLEMENTARIEDAD



Capítulo VII

Sobre la interpretación y el espejismo de la claridad

> Una ley, la misma ley, parece que contiene dentro de sí diversos significados. Mientras las palabras con las cuales esta fue escrita quedan fijas en el papel, encerradas en la literalidad de sus expresiones, su espíritu, es decir, el significado que se le atribuye a las disposiciones normativas con las cuales está compuesta, parece que cobrara vida y que se mueve en distintas direcciones entre sí, dirigidas hacia otras leyes a las cuales esta ley está vinculada.
>
> Vittorio FROSINI. *La lettera e lo spirito della legge.*

Premisa

En opinión que comparto, «la interpretación pude definirse adecuadamente como una técnica integradora del mensaje legislativo, ya que por obra suya (simple o compleja, inmediata o prolongada, fácil o dispendiosa) dicho mensaje adquiere verdadera consistencia en la comunicación a los interesados».[1] En el ámbito hermenéutico, «comprender es encontrar el sentido y sentido es lo que es encontrado en la comprensión».[2] Para cierto sector de la doctrina italiana, la comprensión de los textos es siempre, y al mismo

---

[1] FROSINI, Vittorio. *Teoría de la interpretación jurídica*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1991, p. 99. El autor agrega que «el mensaje legislativo no puede considerarse en forma estática, cerrado en sí mismo y atemporal; sino en su proyección dinámica, orientada al objetivo de su conversión final en una nueva situación jurídica, situación que está determinada por una estructura que se impone sobre otras estructuras, eliminándolas o sustituyéndolas en su funcionalidad operativa o también modificándolas» (*op. cit.*, p. 119).

[2] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI,1991, p. 204.

tiempo, «subjetiva» y «objetiva».[3] Dentro de este contexto, el (viejo y clásico) aforismo *in claris non fit interpretatio*[4] entra en crisis, por cuanto la claridad de un texto no es un *prius* sino un *posterius*.[5] Las interpretaciones literales, lógicas y sistemáticas no son ni pueden ser fases distintas cronológica ni lógicamente; estas son perfiles y criterios de un proceso cognoscitivo unitario.[6] La interpretación es, por definición, lógico-sistemática y teleológico-axiológica, vale decir, finalizada a la actuación de los nuevos valores constitucionales.[7]

Si nos remontamos a las raíces etimológicas, «el término "intérprete" se deriva de la preposición latina *inter* y del vocablo indoeuropeo *pret* (hablar), e indica la función de quien está entre dos personas que hablan y las pone en relación entre sí».[8] Se observa, además, que: «[...] a diferencia de lo que se verifica para las derivaciones modernas, "interpretari" no designaba la atribución de un sentido a un mensaje documentado ni los modos de tal atribución por parte de alguien, sino designaba la específica emisión de un mensaje de particular calidad (por ejemplo, *ius dicere*) por parte de quien *podía*, era capaz de, era legitimado a, emitirlo. Análogas consideraciones podía hacerse para la *ermeneía* de los griegos en los antiguos usos».[9]

Por ello, a propósito del aforismo *in claris non fit interpretatio*, se sostiene que: «[...] los escritores del derecho común llamaban "interpretatio" al producto de la actividad de comentario de los doctores y de la actividad de decisión de los tribunales, a la cual se le reconocía autoridad de derecho (objetivo) en todas las materias no disciplinadas directamente por la "lex", mientras que por "lex" se entendía el cuerpo del derecho romano-justinianeo y —frecuentemente— la producción estatutaria de los soberanos y de otros órganos delegados, donde el principio "in claris non fit interpretatio" era un principio de jerarquía de las fuentes, con el cual se excluía el recurso a la fuente del derecho "interpretatio" en los casos directamente disciplinados por la fuente de derecho "lex"».[10]

---

[3] *Ibid.*, p. 205.

[4] La expresión italiana correspondiente es *a chiaro testo non fare oscura glossa* (a un texto que está claro, no hay que hacerle comentarios que lo oscurezcan) (FROSINI, *op. cit.*, p. 98).

[5] PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 211.

[6] *Ibid., loc. cit.*

[7] *Ibid.*, p. 212.

[8] FROSINI, *op. cit.*, p. 99.

[9] TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 4.

[10] *Ibid.*, pp. 33-34.

El problema preliminar consiste en individualizar, mediante una verdadera y comprometedora actividad hermenéutica en el *mare magnum* de las fuentes y de las propuestas legislativas, cuál es la normativa vigente.[11] La interpretación valorativa representa la superación histórica y cultural de la interpretación literal.[12] El equívoco mayor que se anida en el brocardo *in claris non fit interpretatio* es el presupuesto sobre el cual se funda, o sea, la claridad del texto.[13] El sentido del sistema se deduce no en el aislamiento de la relación del intérprete «con el contenido de las singulares normas», sino confrontando, siempre, la norma singular con todas las otras, es decir, verificando la coherencia constitucional.[14] Por consiguiente, resulta más coherente afirmar que «*in claris* o no, *semper fit interpretatio*».[15]

La actividad interpretativa no es mecánica ni unidireccional, verdadera o falsa, o simplemente declarativa: es actividad, por definición, no solo dirigida sino vinculada al dato normativo. Es una actividad vinculada más específicamente a las elecciones y a los valores del ordenamiento jurídico.[16]

La actividad de la interpretación es creadora, en el sentido que explaya históricamente los valores del ordenamiento, individualiza la normativa idónea, constituye un precedente doctrinal y jurisprudencial que tiene una autoridad y un peso propios en las elaboraciones sucesivas de la jurisprudencia y de la ciencia, y juzga la compatibilidad de la norma al caso concreto.[17]

---

[11] PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 213.
[12] *Ibid., loc. cit.*
[13] *Ibid., loc. cit.*
[14] *Ibid.*, p. 220.
[15] *Ibid.*, p. 222.
[16] *Ibid.*, p. 223.
[17] *Ibid., loc. cit.*

PRIMERA PARTE
GENERALIDADES

1. Tipos de interpretación

Autorizada doctrina iusfilosófica italiana distingue, dentro del género *interpretación en el derecho*, la *interpretación del derecho*, que «designa originariamente la operación de individualizar, encontrar la disciplina jurídica de un comportamiento o de un conflicto», de la *interpretación de la ley*, en la que: «[...] la locución «interpretación» tiene el significado propio del uso ordinario moderno y se refiere, por ello, a la atribución de significado a un ente; tal ente, en el caso de la "interpretación de la ley", es siempre un documento o el conjunto de documentos de los cuales se sabe o se postula que expresan una norma jurídica determinada o un conjunto de normas; la norma jurídica es el significado que mediante la atribución es atribuido al documento o a una combinación de determinados documentos».[18]

Históricamente, la interpretación ha sido clasificada en *interpretatio declarativa*, *interpretatio restrictiva*, *interpretatio extensiva* e *interpretatio correctiva*. Al respecto, se afirma que: «[...] la terminología en cuestión es muy antigua y se remonta a los comentadores (*interpretatio declarativa*), dentro de los cuales tenía otro sentido. Hoy no es usada con frecuencia.

Desde el tiempo de los comentadores, la «interpretatio declarativa» se contraponía a dos resultados de la actividad del intérprete, respectivamente designados como *interpretatio restrictiva* e *interpretatio extensiva*. En ocasiones, estos dos modelos de calificar la interpretación respecto a su resultado eran reagrupados en un género comprensivo, llamado «interpretación correctiva» (*interpretatio correctiva*)».[19]

Así, había *interpretatio restrictiva* «cuando el intérprete excluía que una palabra del documento de ley tuviese en la ley toda la plenitud de significado que tenía en el *comunis usus loquendi* y procedía a la exclusión de algunos de sus significados (*restrictio* o *remisio*)».[20] La *interpretatio extensiva* se presentaba «cuando el intérprete procedía a una *extensio* del significado del documento de ley, sea atribuyendo a una palabra un

---

[18] TARELLO, *op. cit.*, pp. 9-10.
[19] *Ibid.*, p. 35.
[20] *Ibid., loc. cit.*

significado más lato del común, sea extendiendo el alcance de la ley hasta cubrir casos análogos a aquel en el cual el alcance aparente de la ley se refiere sobre la base de razones equitativas (*interpretatio analógica, interpretatio equitativa*)».[21]

Sin embargo, un atento sector de la doctrina ha precisado que esta clasificación, vigente dentro de su contexto histórico, ya no debe ser utilizada, por cuanto se oculta «el hecho de que una cosa es el documento; otra los significados que al mismo, o a sus segmentos, se le atribuye; y que entre estos significados no hay uno "aparente" y uno "real"».[22]

En las últimas décadas del siglo XIX, se comenzó a utilizar las expresiones *interpretación creativa* e *interpretación abrogante*. Por la primera, «se entiende el resultado de la actividad del intérprete que consiste en la individualización de una norma, que no puede ser considerada como uno de los significados atribuibles —según las reglas lingüístico-semánticas del contexto social, cultural y organizativo, en el cual el intérprete opera— a un enunciado o a una combinación de enunciados del discurso legislativo».[23] Por la segunda, «se entiende el resultado de la actividad del intérprete que consiste en la negación que a un particular enunciado del discurso legislativo sea atribuible un determinado significado preceptivo, ello quiere decir que el resultado de la actividad del intérprete consista en la afirmación de que aquel particular enunciado del discurso legislativo no expresa ninguna norma».[24]

Sin embargo, se afirma con razón que, desde el punto de vista de terapia lingüística, se puede aconsejar prescindir de este tipo de clasificaciones, por cuanto se trata de expresiones que sugieren que: «[...] el discurso legislativo tenga un significado propio y principal, independiente de las actividades interpretativas de los usuarios y que hayan entidades, las normas jurídicas, preconstituidas a la búsqueda, individualización e interpretación. Ello oculta el hecho de que "las normas" deben considerarse como el *resultado*, en vez del presupuesto de las actividades, en sentido lato, interpretativas».[25]

Resulta importante distinguir la *interpretación-actividad* de la *interpretación-producto*. La primera es aquella que se refiere a «un fenómeno

---

[21] *Ibid., loc. cit.*
[22] *Ibid.*, p. 36.
[23] *Ibid.*, pp. 36-37.
[24] *Ibid.*, p. 37.
[25] *Ibid.*, p. 38.

mental, como el atribuir significado a un documento».[26] La segunda, en cambio, es entendida como «el resultado de haber interpretado».[27] Ello resulta de suma importancia, por cuanto, en doctrina y en la *praxis* interpretativa, se les suele confundir. En atención a ello, se puede decir que «la actividad interpretativa es, a menudo, objeto de discursos jurídicos persuasivos, propagandísticos e ideológicos, el producto de la interpretación y sus documentos son, a menudo, objeto de discursos jurídicos descriptivos».[28]

En atención a los sujetos que interpretan, la interpretación puede ser *auténtica*, que es «la actividad interpretativa y el producto de la interpretación realizados por el mismo autor del objeto de la interpretación, sucesivamente a la, o separadamente de la, producción del mismo objeto».[29] La *interpretación oficial* es «la actividad interpretativa y el producto de la interpretación realizados por un órgano —diverso de, e inferior a, aquel que ha producido el objeto de la interpretación— del aparato del Estado en el ámbito del ejercicio de su propio mandato institucional».[30] Por *interpretación judicial* o *jurisprudencial*, se entiende «la interpretación cumplida por órganos judiciales mediante sentencias. En un cierto sentido, se trata de un subtipo de interpretación oficial, dado que también los órganos judiciales son ciertamente —en las organizaciones jurídicas modernas— órganos del aparato del Estado».[31] La *interpretación doctrinal* es la «interpretación —como actividad y como producto— realizada por los juristas en las obras de doctrina y en las escuelas de Derecho».[32]

---

[26] *Ibid.*, p. 39.
[27] *Ibid., loc. cit.*
[28] *Ibid.*, pp. 41-42.
[29] *Ibid.*, p. 51.
[30] *Ibid.*, p. 52.
[31] *Ibid.*,, p. 53.
[32] *Ibid.*, p. 54. El autor afirma, además, que «en nuestro actual ordenamiento legislativo, la figura del jurista no está tipificada, por lo cual esta figura no debería, en rigor, entrar entre aquellas propias de los operadores típicos de la interpretación; pero, además de las razones tradicionales y de las lexicales (tipificación del nombre), se considera que, en nuestra cultura jurídica y en la práctica forense y burocrática, la interpretación doctrinal tiene una individualización propia y conserva una cierta autoridad, tanto que se le puede considerar como un eslabón entre la serie de interpretaciones tipificadas por el derecho y la serie de interpretaciones tipificadas por los hechos» (*op. cit.*, pp. 54-55).

2. La interpretación: ¿descubre normas o propone el significado de las normas?

Usualmente se afirma que el objeto de la interpretación son las normas jurídicas. Ello es un error, por cuanto las normas jurídicas son objetos ideales que se representan a través de dispositivos legales o documentos (que sí tienen un soporte material y están al alcance del intérprete). Por consiguiente, el objeto de la interpretación es el documento que es expresión de una norma jurídica. También se dice que, mediante la interpretación, se descubren normas jurídicas, cuando en verdad «el intérprete releva, o decide, o propone el significado de uno o más enunciados preceptivos, relevando, o decidiendo, o proponiendo que el derecho ha incluido, o incluye, o incluirá una norma».[33]

Dentro de esta línea de pensamiento, se sostiene que la actividad de atribuir un significado a un documento puede consistir tanto en una volición como en una intelección, tanto un acto de voluntad como un acto de conocimiento.[34] Así: «[...] el operador de la interpretación puede *decidir* atribuir al documento objeto de interpretación un significado particular; puede *proponer* atribuir al documento objeto de la interpretación un significado particular; puede *relevar* que en el pasado ha sido dado a un documento objeto de interpretación un particular significado; puede también *prever* que en el futuro por parte de alguien se dará a un documento objeto de interpretación un particular significado; y puede, naturalmente, hacer más de una de estas cosas, y quizá las cuatro».[35]

En atención a ello, el operador jurídico que decide o que propone realiza una interpretación-actividad, mientras el operador jurídico que releva o el que prevé realiza una interpretación-producto.[36] Para este sector de la doctrina, la interpretación auténtica es una propuesta de interpretación;[37] la interpretación judicial y la oficial son decisiones de atribuir un determinado significado;[38] y la interpretación doctrinal es una propuesta para atribuir en el futuro un determinado significado a un documento normativo.[39]

---

[33] *Ibid.*, p. 64.
[34] *Ibid.*, p. 61.
[35] *Ibid.*, pp. 61-62.
[36] *Ibid.*, p. 62.
[37] *Ibid.*, p. 64.
[38] *Ibid.*, p. 65.
[39] *Ibid.*, *loc. cit.*

Comparto este criterio, salvo para el caso de la interpretación auténtica, por cuanto, al ser el legislador el que la realiza, no constituye una propuesta de interpretación sino una decisión (de carácter vinculante) de atribuir (por ley) un determinado significado (a otra ley).

Las normas son, pues, las «reglas de comportamiento, es decir, las prescripciones según las cuales algunos comportamientos o las omisiones de algunos comportamientos son obligatorios para algunos agentes»[40] y, por ello, son «los significados que se atribuyen a los documentos de las leyes y de otros actos normativos jurídicos».[41] Por ello, toda interpretación de derecho escrito parte de un documento constituido por un texto escrito.[42] Dentro de un documento, la mínima unidad lingüística que contiene un significado completo se denomina enunciado.[43] En consecuencia, «el objeto de la interpretación jurídica está constituido por enunciados: los enunciados normativos».[44]

3. La argumentación como base del razonamiento jurídico

¿Qué mecanismo utiliza la sociedad para controlar la actividad interpretativa de los operadores jurídicos? Se afirma que el control social sobre el operador jurídico que formula las normas (es el caso del legislador) se refiere a su autoridad y el control sobre los operadores jurídicos que aplican e interpretan las normas (aparte de ser también sobre su autoridad) se da sobre los modos de ejercicio y procedimientos intelectuales de su actividad. En el primer caso, se trata de un control social de legitimidad; en el segundo, de un control social de legalidad.[45] Asimismo, se verifica que, en todas las organizaciones jurídicas

---

[40] *Ibid.*, p. 102.

[41] *Ibid., loc. cit.*

[42] *Ibid.*, p. 105.

[43] *Ibid.*, p. 106.

[44] *Ibid.*, p. 107. El autor advierte que, dentro de los enunciados, se encuentran los vocablos y, por ello, «la ambigüedad de los vocablos, de las palabras, es *una* de las muchas razones de la variabilidad de la interpretación de los enunciados, y que, muchas veces, la ambigüedad de los vocablos y de las palabras se reduce debido a que algunas acepciones de estos quedarían excluidas, porque, si son acogidas, el enunciado que las contiene quedaría privado de sentido y quien interpreta el enunciado presume que este tenga un sentido» (*loc. cit.*).

[45] *Ibid.*, p. 68.

modernas, el legislador no justifica su decisión, por cuanto «el fundamento de la autoridad legislativa está en su «legitimidad» y no en la corrección de procedimiento intelectual a través del cual ejercita su función».[46]

Dentro de la actividad interpretativa, juegan un rol decisivo las argumentaciones, vale decir, los «modelos de motivación interpretativos».[47] No se debe olvidar que el artículo 139.5 de la Constitución del Perú establece, como principios y derechos de la función jurisdiccional, «la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».[48] Por ello, «las decisiones que atribuyen a documentos normativos un particular significado son respectivamente motivadas y argumentadas sobre la base de esquemas de razonamiento jurídico que [...] son considerados correctos».[49]

Autorizada doctrina italiana sostiene que la «lógica del derecho» es cosa bien diversa de la «lógica formal».[50] ¿Qué rol ocupa la lógica dentro del razonamiento jurídico? La verdad, bastante reducido. Si por lógica se entiende el conjunto de relaciones formales que vinculan proposiciones, así como la ciencia que estudia estas relaciones formales[51] y por lógica deóntica se entiende «la aplicación de los métodos de la lógica moderna [...] a

---

[46] *Ibid.*, p. 69.

[47] *Ibid.*, p. 71.

[48] En concordancia con ello, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N.° 017-93-JUS, del 28 de mayo de 1993, establece que «todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado».

[49] TARELLO, *loc. cit.*

[50] BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. t. I. Milán: Guiffrè, 1955. p. 582.

[51] TARELLO, *op. cit.*, p. 76. El autor distingue la lógica analítica aristotélica, que se utilizaba entre los iusnaturalistas de corte naturalista y racionalista, en la cual, se entendía que, si las premisas eran verdaderas, eran verdaderas también las consecuencias, de la lógica formal moderna, que era utilizaba por los positivistas. Esta última indagaba las vinculaciones formales entre proposiciones y también la validez formal de las deducciones de conclusiones de premisas asumidas como tales, independientemente de la verdad de las premisas y del status ontológico de las premisas (*op. cit.*, p. 78). Sin embargo, se advierte que Aristóteles distinguió dos especies de razonamientos, el analítico y el dialéctico. (PERELMAN, Chaim. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Santa Fe de Bogotá: Grupo Editorial Norma, 1998, p. 19).

problemas deónticos, vale decir, a problemas relativos a la aplicación de normas y a la decisión sobre la base de normas»,[52] el radio de acción de las mismas dentro del razonamiento jurídico es asaz limitado. Por ello, se ha llegado a sostener que: «[...] la lógica formal no parece preocuparse de los problemas de los hombres sino de las relaciones entre esqueletos descarnados que comparan el largo de sus delgados huesos y llegan a conclusiones simples en un cementerio conceptual antes que en la riqueza y complejidad el mundo vivo. No es que sus conclusiones no sean correctas; simplemente no son suficientes para el jurista».[53]

En el razonamiento jurídico está presente, por sobre todo, el razonamiento dialéctico. En efecto: «[...] los razonamientos dialécticos parten de lo que es aceptado, siendo su fin el hacer admitir otras tesis que son, o pueden ser, controvertidas. Se proponen, pues, persuadir o convencer: no consisten en inferencias válidas y constrictivas, sino que presentan argumentos más o menos fuertes, más o menos convincentes y que jamás son puramente formales. Un argumento persuasivo es el que persuade a aquel a quien se dirige. Contrariamente al razonamiento analítico, el razonamiento dialéctico no es impersonal, pues él se aprecia por su acción sobre un espíritu. Resulta de ello que es preciso distinguir netamente los razonamientos analíticos de los razonamientos dialécticos; los unos se refieren a la verdad y los otros a la opinión. Cada dominio exige otro tipo de discurso y es ridículo contentarse con argumentaciones razonables por parte de un matemático, como exigir pruebas científicas a un orador».[54]

Así, en la interpretación jurídica, las reglas de la lógica formal, basada en la verdad de los argumentos, o de la lógica deóntica, que no es más que una aplicación de la lógica formal en el campo del Derecho (que se basa en la verdad de los argumentos jurídicos), son desplazadas por la argumenta-

---

[52] TARELLO, *op. cit.*, p. 80.

[53] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El Derecho Civil y la Lógica: los argumenta *a contrario*». *Thémis*, segunda época, n.º 12, 1988, p. 65. El autor, no obstante esta afirmación inicial, sostiene que «la lógica es indispensable para cualquier disciplina intelectual y, con la debida precaución, es un instrumento de enorme utilidad para el Derecho» (*op. cit.*, p. 71).

[54] PERELMAN, *op. cit.*, pp. 20-21.

[55] Diferenciando ambos tipos de razonamiento, se sostiene que «a) el razonamiento lógico depende de axiomas, mientras el razonamiento jurídico depende de presunciones y de normas precedentes; b) el razonamiento lógico tiene como dogma la coherencia, mientras el razonamiento jurídico tiene como dogma la

ción de tipo persuasivo,[55] defendida por la corriente (denominada) de la nueva retórica.[56]

Sin embargo, en actitud crítica, se afirma que esta posición es ambigua, por cuanto: «[...] no cubre todo el campo de los razonamientos jurídicos de cualquier sujeto institucional ni de cualquier contexto histórico-institucional: esta cubre, en cambio, como teoría descriptiva, a algunas operaciones realizadas por cientos sujetos de la interpretación (funcionarios, jueces, juristas, abogados) en las organizaciones jurídicas modernas de cultura iuspositivista y precisamente solo a aquellas operaciones (de motivación y argumentación de elección de premisas y de atribuciones de significados a enunciados preconstituidos) que no son susceptibles de tratamiento lógico-formal».[57]

En suma, la nueva retórica no se aplicaría para el legislador ni para el diseño de modelos legislativos. No obstante ello, los aportes de esta corriente doctrinaria ofrecen nuevas fronteras en materia de técnicas de interpretación jurídica.

Estas reflexiones llaman la atención respecto del (decisivo e importante) rol de quienes interpretan (y a través de dicha actividad llegan a las) normas jurídicas. En efecto, la actividad interpretativa ha sido una preocupación constante de la doctrina de todos los tiempos, debido a la trascendencia de las decisiones del operador del derecho (sea este legislador, juez, notario, registrador o abogado). Las diferentes escuelas que han delimitado los criterios de interpretación de los modelos jurídicos llevan consigo una carga ideológica que (confesada o no) privilegia una determinada concepción del Derecho.

---

completitud (porque el juez tiene la obligación de emitir siempre una decisión); c) un argumento lógico es correcto o incorrecto, mientras un argumento jurídico es fuerte o débil» (TARELLO, *op. cit.*, p. 93).

[56] Entre nosotros, se sostiene, con razón, que «cuando hablamos de una motivación razonable, ya no estamos en el ámbito del razonamiento correcto, de las derivaciones o consecuencias necesarias; sino que, al intervenir el factor axiológico —ajeno al razonamiento lógico puro—, existirá más de una conclusión correcta, por ello lo que se busca es argumentar para lograr persuadir respecto del mayor grado de *razonabilidad* o justicia de la posición que se sostiene. Una vez que hayamos conseguido convencer o persuadir, habremos conseguido «adhesiones», es decir, que la conclusión a la que se llegue sea compartida por los involucrados, por ser la que se ajusta de una mejor manera a lo socialmente aceptable en un momento dado» (ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia». *Thémis*, segunda época, n.º 43, 2001, p. 58).

[57] TARELLO, *op. cit.*, p. 98.

Comparto plenamente la opinión de quien afirma que «lo que aquí interesa no es tanto la reconstrucción de los caminos seguidos por la metodología en diversas épocas, sino lo relevante de estos métodos sobre las técnicas aplicadas hoy en día: cada uno de estos ha dejado huellas, cada uno de ellos constituye una pieza fundamental del actual pluralismo metodológico».[58]

El legislador (entendido como individuo o como grupo y, por ello, sería mejor hablar de los legisladores) es también un intérprete de la realidad social y esta actividad es (o debería ser) plasmada en la ley que el propio legislador diseña. Por ello, se sostiene que la legislación es «una obra de interpretación y aplicación, referida a la voluntad legislativa»,[59] y que «entre el procedimiento legislativo y el procedimiento interpretativo no existe un *hiatus* constante».[60]

4. La jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial

Para un sector de la doctrina argentina, «en sentido, metafórico puede decirse que es la costumbre llevada a los tribunales». A su vez, agrega que es «la forma en que los Tribunales, con suficiente continuidad y generalización, resuelven determinada cuestión. Correlativamente, no puede considerarse jurisprudencia a la solución aislada».[61] Se afirma, con razón, que la función de la jurisprudencia «es actualizar la ley, adecuar la legislación al entorno histórico y social y evitar con ello el desfase en que puede encontrarse la ley respecto a la realidad social de cada momento histórico. La jurisprudencia es un instrumento fundamental para mantener un continuo y prudente ajuste entre la realidad social, Derecho y ordenamiento jurídico positivo».[62] Para autorizada doctrina española,[63] sus requisitos son:

---

[58] ALPA, Guido. «Il metodo nel diritto civile». *Contratto e impresa*, año 16, n.º 1, 2000, p. 363.

[59] FROSINI, Vittorio. *La lettera e lo spirito della legge*. 3ª ed. Milán: Giuffrè, 1998, p. 45.

[60] *Ibid., loc. cit.*

[61] ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho privado*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, p. 57.

[62] OBANDO BLANCO, Roberto. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*. Lima: Palestra, 2001. pp. 50-51.

[63] DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 1982, p. 178.

a) Es preciso una cierta dosis de estabilidad de criterios o doctrinas y la reiteración en su utilización.
b) Es necesario que los criterios, afirmaciones o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (*ratio decidendi*). No se admiten dentro de la misma afirmaciones de carácter incidental (*obiter dicta*).
c) Debe existir identidad entre los casos concretos decididos por las sentencias sin que baste una mera similitud o su analogía.

Para la doctrina española que se viene citando, la doctrina jurisprudencial «es un cuerpo de doctrina, que posee valor de autoridad que le proporciona el órgano del que emana y que debe entroncarse en las funciones que dicho órgano realiza en relación con el ordenamien-to jurídico o con el sector del mismo en el que actúa».[64] El artículo 400 del Código Procesal Civil establece que:

> Cuando una de las Salas [de la Corte Suprema] lo solicite, en atención de la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.
> La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.
> Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.
> El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en sentido determinado.
> El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad (el subrayado es mío).

Se sostiene que a la doctrina jurisprudencial se le pueden asignar las siguientes funciones:[65]

---

[64] *Ibid.*, p. 179.
[65] *Ibid., loc. cit.*

a) Interpretación en sentido estricto.
b) Interpretación integradora de las normas.
c) A falta de normas especiales, ha de llevar a cabo la decantación y aplicación de los principios generales del Derecho.

Las diferencias existentes entre la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial son las siguientes:

a) Para que se configure la jurisprudencia se requiere de una pluralidad de sentencias; en la doctrina jurisprudencial, solo basta una.
b) La jurisprudencia se puede dar en cualquier instancia (juzgados de paz, de primera instancia, Corte Superior e incluso Corte Suprema; pero no en casación); la doctrina jurisprudencial, solo al nivel de Corte Suprema en casación.
c) La doctrina jurisprudencial es vinculante; la jurisprudencia, no.

5. El aforismo *iura novit curia* y su aplicación en la jurisprudencia peruana

Literalmente significa «el tribunal conoce el derecho» y «se refiere a la invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones mantenidas por las partes dentro del proceso».[66] El juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte; pero no puede alterar la naturaleza ni la articulación de la pretensión misma.[67]

Hay un sector de la doctrina procesal nacional que da a este aforismo la naturaleza de principio. Así: «[...] con arreglo al principio *iura novit curia* es al juez como titular de la potestad jurisdiccional quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho aplicable al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la(s) pretensión(es) planteada(s); se funda en la presunción lógica sobre conocimiento de derecho por parte del juez y, en consecuencia, no se

[66] *Ibid.*, p. 225. Se afirma que el *iura novit curia* «era un aforismo manejado ya por los antiguos glosadores, tan aficionados a compendiar la sabiduría jurídica de su tiempo en aforismos y brocados de síntesis jurídica en los que se ha inspirado la ciencia dogmática de nuestra época» (SILVA VALLEJO, José Antonio. «El artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Civil: llave maestra de la Teoría General del Derecho Civil y Procesal». En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, p. 478).

[67] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 227.

encuentra vinculado por las calificaciones de las partes, existiendo el límite de respetar el postulado de congruencia».[68]

Para acreditada doctrina española,[69] la sentencia tiene que ser congruente con:

a) El objeto del *petitum*, vale decir, que el juez no puede conceder algo diferente de lo pedido (es decir, si se pide reivindicación, el juez no puede fallar el pago de una suma de dinero por indemnización).
b) La *causa petendi* (por ejemplo si se pide divorcio por adulterio, el juez no puede fallar divorcio por conducta deshonrosa).

Con razón, se sostiene que «si bien es cierto que el juez puede tener en cuenta una norma jurídica que la parte no haya invocado (*iura novit curia*), es cierto también que no puede encontrar una *ratio decidendi* en un elemento distinto de la *causa petendi* invocada (congruencia de la sentencia)».[70]

En efecto, el juez está obligado a ceñirse a los fundamentos de hecho mas no a los de derecho. Dentro de este orden de ideas, el juez no puede fallar más alla de lo pedido (incurriría en una *extra* o en una *ultra petita*, ni dejar de pronunciarse respecto de una pretensión solicitada (incurriría en una *infra* o *citra petita*).[71]

El artículo VII del Título Preliminar del Código Civil establece (incompletamente) que: «Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda».

---

[68] OBANDO BLANCO, Roberto. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: San Marcos, 1997, p. 352.

[69] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

[70] *Ibid., loc. cit.*

[71] Sobre el particular, se sostiene que «hay un aforismo que reza *ne eat judex ultra petita partium*, que poco más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que pide. A pesar de su antigua data, la vigencia de este principio es absoluta en el proceso civil. Es posible encontrar el origen de su éxito en la paradoja [...] consistente en el hecho de que, si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienden son de naturaleza privada.

Siendo el juez la persona encargada de declarar el derecho que corresponda al caso concreto, y pese a que las normas que regulan el trámite que lo conducirá a producir dicha declaración son de naturaleza pública, el derecho que declara —nos referimos al contenido de su declaración— es de naturaleza privada, en consecuencia, le pertenece a las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que este ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, el juez estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión» (MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*, t. I. Santa Fe de Bogotá: Temis-De Belaúnde & Monroy, 1996, pp. 90-91)

Respecto a la primera premisa, se afirma «que la búsqueda de la norma jurídica pertinente forma parte del razonamiento judicial y que no se mueve en el terreno de los hechos, los cuales sí deben ser materia de prueba».[72] En la redacción de la segunda parte solo se hace referencia a la invocación de la demanda, olvidándose que en la contestación de la demanda también se puede incurrir en error al invocar la norma jurídica pertinente.[73] La aplicación del aforismo *iura novit curia* debe proteger no solo al demandante sino, también, al demandado. Asimismo, el inciso 2 del artículo 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, del 2 de junio de 1993, prescribe que son deberes de los magistrados: «Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente».

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil es más completo al regular que «el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes».

Nótese que el legislador procesal prefiere como fuente al *derecho que corresponde* en vez de la *norma jurídica pertinente* del legislador civil. Si bien es cierto que el derecho correspondiente no se agota en el elenco de las normas jurídicas, es en este último sentido que debe ser interpretado. Caso contrario, obligaríamos (y ante el incumplimiento, se sancionaría) al juez que no aplicó determinada doctrina o principios de carácter no vinculante (que no tienen la categoría de normas jurídicas). Es pertinente haber aludido a las partes en el proceso y no limitarse solo a la demanda que da origen al mismo, a efectos de la esfera de aplicación del aforismo antes mencionado. Queda claro que el art. VII del T.P. del Código Procesal Civil ha derogado tácitamente el art. VII del T.P. del Código Civil; por cuanto, tal como lo expresa el art. I del T.P. del Código civil, la materia tratada en el segundo de los artículos citados ha sido integramente regulada por el primero.

En materia administrativa, el artículo 145 de la Ley N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General, del 10 de abril de 2001, establece que:

---

[72] ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. «Disposiciones de contenido procesal». En: *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 153.

[73] En este mismo sentido, RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 133.

> La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento, determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuera errónea la cita legal, así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida (el subrayado es mío).

Doctrina administrativa nacional señala que esta obligación de las autoridades recibe el nombre de «deber de oficialidad», cuyo fundamento «aparece en la necesidad de satisfacer el interés público inherente, de modo directo o indirecto, mediato o inmediato, en todo procedimiento administrativo».[74]

En el ámbito jurisprudencial, se puede constatar la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, vale decir, la prescripción de que «los jueces deben aplicar el derecho que corresponda al proceso, que es la materialización del principio *"iura novit curia"*».[75] Así, en el dictamen del Fiscal Supremo en lo Civil del 26 de enero de 1990 (Expediente N.º 1078-89, Cusco), se precisa que:

> Del estudio de autos se ha podido establecer que, si bien la actora al interponer la demanda no ha invocado como fundamento de derecho el inciso 3 del artículo 402 del Código Civil,[76] dicha norma ha sido aplicada en la resolución de vista en cumplimiento a lo dispuesto por el numeral VII del Título Preliminar de dicho Código.[77]

---

[74] MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica. 2001, p. 316.

[75] Como se afirma en la Casación N.º 1165-98/Lima, del 30 de noviembre de 1998 (en ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, t. II. Lima: Ediciones Legales, 2000, p. 68).

[76] El cual establece que puede ser judicialmente declarada la paternidad extramatrimonial «cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales».

[77] *Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República*. Año judicial 1990. Tomo LXXVIII. Lima: Imprenta Americana, 1993. p. 32.

Se observa que, bajo el amparo de la aplicación del aforismo *iura novit curia*, se varían las pretensiones invocadas por las partes. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Expediente 376-95/Cusco), con fecha 3 de noviembre de 1995, frente a una demanda de división y partición, descubrió la «pretensión implícita» de liquidación de sociedad de gananciales, al considerar que:

> [...] conforme puede apreciarse, lo que realmente el presente proceso pretende es la liquidación de la sociedad de gananciales, conflicto de interés que resulta de la disolución del vínculo matrimonial declarado en los autos sobre divorcio que se tiene a la vista conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento veintisiete y que requiere de una solución definitiva que establezca los derechos que les asisten a las partes; que aun cuando las sentencias inferiores se han pronunciado disponiendo la división y partición de los bienes sin que se haya liquidado previamente la sociedad de gananciales, en cuyo caso resultaba de aplicación lo dispuesto por los artículos trescientos veinte, trescientos veintidós y trescientos veintitrés del Código Civil y que, a pesar de no haber sido invocados en la demanda, correspondía su aplicación bajo el principio contenido en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil —*iura novit curia*— y por el cual los jueces pueden corregir el derecho mal o insuficientemente invocados por las partes siempre y cuando exista una real congruencia entre los hechos planteados que han dado motivo al conflicto y las pruebas actuadas, ya que el magistrado en realidad es el que debe aplicar la norma legal pertinente a la relación jurídica controvertida.[78]

Frente a un caso de una persona que, mediante un contrato de mutuo, prestó dinero a dos personas naturales, representantes de una persona jurídica, haciendo el depósito respectivo en la cuenta de la mencionada persona jurídica, se generó una discusión al no devolverse el dinero. Al no haberse podido acreditar el contrato de mutuo, la mayoría de la Sala Civil de la Corte Suprema declaró no haber nulidad de la sentencia de vista, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda, mientras que

[78] HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Jurisprudencia civil*, t. IV. Lima: Fecat, 1998, pp. 25-26.

el voto singular del vocal Silva Vallejo, que comparto, es en sentido contrario e invoca el principio del enriquecimiento indebido. En efecto, mediante Sentencia del 13 de febrero de 1989 (Expediente N.º 1705-87/Lima), la Sala establece que:

> [...] conforme lo señala el inciso tercero del artículo trescientos seis del Código de Procedimientos Civiles, para recurrir al órgano jurisdiccional, es indispensable precisar la materia demandada, requisito indispensable para los efectos de la sentencia, la misma que debe circunscribirse a los puntos controvertidos sin que le sea permitido al juez conocer más hechos, a su iniciativa, que los fijados por las partes en virtud de este principio; que el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil, al establecer la obligación del juzgador para aplicar la norma jurídica pertinente, aun cuando no hubiese sido invocada en la demanda, no lo faculta para declarar un derecho no reclamado al plantear la acción.[79]

En el voto singular del vocal Silva Vallejo, se sostenía que:

> [...] aun cuando la obligación de devolver la suma recibida no constituye «estricto sensu» un contrato de mutuo por no estar formalizado debidamente este contrato, debe entenderse que procede la devolución de la suma en referencia a título de enriquecimiento sin causa con el objeto de restablecer el equilibrio patrimonial roto y porque nadie debe enriquecerse a costa de otro, como lo informa la doctrina consagrada en el artículo mil ciento cuarenta y nueve del Código Civil de mil novecientos treinta y seis y mil novecientos cincuenta y cuatro del Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro; que aun cuando el artículo mil novecientos cincuenta y cinco del Código vigente establece que la acción a que se refiere el artículo mil novecientos cincuenta y cuatro no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización; que dicho artículo, en el caso de autos, funciona mediante una interpretación a contrario sensu por la sencilla razón de que, técnicamente, no había otra acción

[79] *Ibid.*, p. 31.

> ejercitable, habida cuenta que no existe típicamente un contrato de mutuo cuyo reembolso pueda demandarse por no estar documentado propiamente el contrato en referencia y, en consecuencia, solo podía exigirse el reembolso en vía de enriquecimiento indebido; que, en consecuencia, esta es la única alternativa técnica que cabe y esto es, precisamente, lo que se ha planteado en el «petitum» de la demanda; que, además, es de aplicación lo dispuesto en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que tiene dos funciones: la primera supletoria, cuando las partes han omitido de plano los fundamentos jurídicos en que se sustenta su demanda, y la segunda, cuando el juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda; que esta función pretoriana de la administración de justicia tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho y la justicia por encima de lo que las partes sustentan en los fundamentos jurídicos de sus pretensiones accionables en aplicación del principio «iura novit curia», los jueces no están obligados a acoger el error en la premisa mayor del silogismo judicial motivado por la defectuosa subsunción del derecho invocado por las partes; que, además, siendo el juez el destinatario de las normas y su máximo intérprete, este es quien, en definitiva, la aplica en su sentencia; que esta es justamente la «ratio legis» del artículo sétimo del Título Preliminar del Código Civil y en tal virtud corresponde a la Corte Suprema sentar la doctrina jurisprudencial correspondiente.[80]

En casación, frente a una demanda de nulidad de escritura pública y de acto jurídico, la instancia inferior, aplicando el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, declara nulo un asiento de inscripción registral. Por tal motivo, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República (Casación N.º 1259-98), con Resolución del 14 de diciembre de 1998, establece que:

> [...] la declaración de nulidad del asiento de inscripción a favor de doña Arabella Ato Rivadeneyra de Pella constituye un pronunciamiento «extra petita», pues no corresponde a

[80] *Ibid.*, pp. 33-34.

> un petitorio, lo que afecta la regla del artículo ciento veintidós, inciso cuarto, del Código Procesal Civil[81] y se sanciona con nulidad como dispone la misma norma.[82]
> [...] Que dicho pronunciamiento no tiene sustento en la aplicación del principio «iura novit curia», el que se contrae a la facultad que tiene el juez de mérito de aplicar a los hechos probados la norma legal pertinente, aun cuando no haya sido invocada o se invoque erróneamente, pero que no permite, como advierte claramente el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, ir más allá del petitorio.[83]

En un caso en el que se invocó un defecto en la motivación *obiter dicta* o *ex abundatia,* la cual no trasciende al fallo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en Casación N.° 2162-98/ Loreto, de fecha 12 de marzo de 1999, precisó que:

> [...] el órgano jurisdiccional es por definición un conocedor del derecho y de su técnica y está, por tanto, obligado a conocer en cada caso la norma objetiva aplicable a la situación concreta que se le plantea , de donde se sigue que las partes no vinculan al juez de mérito en cuanto a las alegaciones que formulen sobre la existencia o interpretación de determinados preceptos y también que, por regla general, no están sujetas a la carga de la prueba de tal existencia o interpretación, pues es deber del juez examinar de oficio la demanda bajo todos los aspectos jurídicos posibles y, por consiguiente, la mejor doctrina establece que el juez puede, en la esfera del derecho puro, suplir a las partes, que es lo que se denomina el principio de «iura novit curia», recogido en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo ciento ochenta y cuatro, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También recogido en los

---

[81] El cual establece que las resoluciones contienen «la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos».

[82] En el mismo sentido, la Casación N.° 506-95, del 8 de abril de 1996 (en ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *Op. cit.*, p. 66).

[83] «Sentencias en casación». En: Diario *El Peruano*. Separata del 21 de enero de 1999, pp. 2516-2517.

aforismos «da mihi factum, dabo tibi ius» y «los abogados al hecho, los jueces al derecho»».[84]

En una Casación (N.º 3215-98/Lima), del 21 de enero de 1999, se determinó que los artículos 7 y 8 (que se refiere a la aplicación de los principios del derecho) del Título Preliminar del Código Civil no son susceptibles de análisis casatorio, por cuanto «son de naturaleza procesal (principios procesales), no obstante encontrarse en el Código Sustantivo».[85]

A continuación, se desarrollarán los principios básicos de algunas de las escuelas que han enfrentado el problema de los métodos de interpretación y se verá cómo estos se han reflejado en las decisiones de los jueces y otros operadores jurídicos.

---

[84] ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *Op. cit.*, p. 70.

[85] *Ibid.*, p. 72. En este mismo sentido, respecto del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, Casación N.º 317-99/Cajamarca, del 18 de febrero de 1999 (*op. cit.*, p. 73), y Casación N.º 969-99/Cañete, del 4 de junio de 1999 (*op. cit.*, p. 75).

SEGUNDA PARTE
SOBRE LA TRAICIÓN DE LOS EXÉGETAS A LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR
(y sobre la traición de algunos jueces a su función de administrar justicia)

> Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos; pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivamente agitados entre particulares, no está más al abrigo de rebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje reglado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado y está sometido a la acción por prevaricación, que el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie.
>
> Jean PORTALIS. *Discurso preliminar del Código Civil francés.*

1. Necesaria aclaración

Cuando se habla de la escuela de la exégesis, inmediatamente se nos viene a la mente un criterio interpretativo que busca la intención del legislador y, para llegar a ello, recurre (inicialmente) a una aproximación gramatical del texto a interpretarse, posteriormente, a los trabajos preparatorios y, por último, al denominado elemento lógico,[86] con el cual se cometieron notorios excesos.

Son clásicas y recurrentes, al referirse a esta escuela, lapidarias afirmaciones, tales como los jueces son «la boca que pronuncia la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella»

---

[86] Se afirma que «el elemento lógico recurría a la analogía, al argumento a contrario y al argumento *a fortiori* (quien puede lo más, puede lo menos), a la inducción y a la deducción, tratando de buscar principios generales aplicables a los casos que no estaban resueltos expresamente dentro de la ley» (RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil* (Parte General I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 169).

(Montesquieu[87]), «yo no conozco el Derecho Civil y no enseño más que el Código de Napoleón» (Bugnet), «mi divisa, mi profesión de fe, es esta: los textos sobre todo» (Demolombe), «los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho» (Laurent)[88]; entre otras.

Autorizada doctrina española[89] ha sistematizado las notas distintivas de esta escuela:

a) El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley.
b) La interpretación está dirigida a buscar la intención del legislador.
c) Una vez descubierta esta intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias y dar a la norma la extensión de la cual sea susceptible, a través de un proceso deductivo.
d) Se niega el valor a la costumbre jurídica.
e) Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, y eso se refleja respeto a las obras de los antecesores.
f) Se atribuye al Derecho un carácter estatal.

Respecto a la interpretación gramatical (punto de partida de la escuela de la exégesis para llegar a la mens legis), que derivó en gramaticalismo, entendido como «exceso de la valorización gramatical», se señalaron tres (objetables) principios:[90]

a) Toda palabra tiene un valor exacto; nada hay ocioso en la ley; nada sobra: *verbis legis tenaciter inhaerendum. Verba cum effectu sunt accipienda.*
b) Toda omisión es intencionada: *ubi voluit dixt,ubi non voluit tnon dixit.*

---

[87] Citado por CROVI, Daniel. «Interpretación de la ley». En: RIVERA, Julio César. *Instituciones del Derecho Civil* (Parte General. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 138.

[88] Citados por HERNÁNDEZ-GIL, Antonio. *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945, p. 57.

[89] HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, pp. 57-58.

[90] DUALDE, Joaquín. *Una revolución en la lógica del derecho (concepto de la interpretación del derecho privado)*. Barcelona: Bosch, 1933, p. 48.

c) Siendo claro el tenor gramatical de la ley, no se debe avanzar más en la interpretación. La claridad verbal excluye cualquiera otra versión discorde con ella. *In claris non fit interpretatio. In claris non admittur voluntatis quaestio.*[91]

En efecto, estos tres principios no resisten al análisis, por cuanto: «[...] desde las primeras teorizaciones modernas de la interpretación, es usual decir que la interpretación gramatical no es «suficiente». Ello es absolutamente cierto en el sentido que, como los vocablos abstractos del enunciado completo no tienen un «significado» definido (y, por ello, la interpretación «literal» no es suficiente), también las conexiones sintácticas y gramaticales entre los vocablos no bastan para determinar el significado completo del enunciado. Por otro lado, aunque no sea suficiente en este sentido, la apreciación de las conexiones sintácticas entre los vocablos —es decir, la denominada interpretación gramatical— es un momento o una fase necesaria del proceso de atribución a los enunciados legislativos de un significado».[92]

Volviendo a la cita inicial de esta parte del trabajo, uno de los autores del *Code*, en su «Discurso preliminar», harto de los excesos de los jueces que paralizaban la administración de justicia, para reenviar a los justiciables «mediante réferes, al poder legislativo, cada vez que carecían de leyes o que la ley existente les parecía obscura»,[93] distinguió la interpretación doctrinal[94] de la interpretación auténtica[95], afirmando que solo esta última es un modo de interpretar «que está prohibido al juez»[96] y llegó a decir que: «[...] hay una ciencia para los legisladores, como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común: la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos,

---

[91] *Ibid., loc. cit.*

[92] TARELLO, *op. cit.*, p. 118.

[93] PORTALIS, Juan. *Discurso preliminar del proyecto del Código Civil francés.* Trad., RIVACOBA Y RIVACOBA. Valparaíso: EDEVAL, 1978, p. 42. El título original de la obra es *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er. Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernment consulaire* (París, 1801). En el derecho español medieval, según disponían las leyes de Partida, si los jueces encontraban dudoso el derecho, se dirigían al Rey, «recontándole todo lo fecho é la dubda en que son» (MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*, t. I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1956, p. 191).

[94] La cual «consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, aplicarlas inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas» (PORTALIS, *op. cit.*, p. 43).

mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata; y no exponerse a ser una y otra vez esclavo y rebelde, desobedeciéndola por espíritu de servidumbre».[97]

Dentro de esta línea de pensamiento, se expresa que: «[...] sin duda, sería deseable que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero, a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes, una opinión o una máxima admitida, hacen las veces de la ley. Y, cuando no se trata con nada establecido o conocido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, hay que remontarse a los principios del Derecho natural, pues, si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombres».[98]

Es aquí donde, a mi entender, el exégeta, al (pretender) interpretar la *mens legis*, ha traicionado al propio legislador, por cuanto, si el *Code* fue diseñado bajo la convicción de que el juez podía utilizar la interpretación doctrinal y que se podía aplicar (frente a la insuficiencia del dato legislativo) la costumbre, la jurisprudencia e, incluso, el derecho natural, resulta sumamente difícil comprender por qué la labor interpretativa se limitó (solo) a recurrir a la ley.

En efecto, cuando una norma legal no era lo suficientemente clara, se recurría a la «voluntad histórica del redactor»,[99] y eso, en la mayoría de los casos, era una suerte de «hacer hablar a los muertos».[100] No obstante ello, cuando (evidentemente) no existía dato legislativo alguno para regular un supuesto de hecho determinado, se recurría a la ficción de la «voluntad presunta del legislador»,[101] que no era más que la aplicación de la analogía (disfrazada de sesión espiritista).

El intérprete médium, so pretexto de seguir la voluntad del legislador, ocultaba su propia interpretación, que, debido a la ideología imperante (de una marcada separación de poderes), no se podía aislar de la literalidad del dispositivo legal; caso contrario, el juez se convertiría en un invasor del

---

[95] Que «consiste en resolver los problemas y las dudas por la vía de reglamentos o de disposiciones generales» (*Ibid., loc. cit.*).

[96] *Ibid., loc. cit.*

[97] *Ibid.*, p. 45.

[98] *Ibid.*, p. 38.

[99] RIVERA, *op. cit.*, p. 139.

[100] *Ibid., loc. cit.*

[101] *Ibid., loc. cit.*

terreno del legislador con la consiguiente sanción. Ello, lamentablemente, también ocurre en poderes judiciales que no son autónomos y que sufren interferencias, sea del poder ejecutivo o del legislativo.

Como una reacción contra las ideas, ya en decadencia, de la escuela de la exégesis, se elabora una doctrina sobre la interpretación de la ley que ha tenido gran predicamento dentro de la mayoría de los juristas latinos.[102] En efecto, se sostiene que, por más penetrante y sutil que pueda ser la labor interpretativa, ella no es suficiente para satisfacer todas las *desiderata* (aspiraciones) de la vida jurídica.[103] La *libre recherche scientifique* se alza como «un esfuerzo científico, una suerte de derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su oficio, que suple las lagunas de las fuentes formales y dirige todo el movimiento de la vida jurídica».[104] Dentro de esta línea de pensamiento, ocupa un rol importante la equidad, «rama separada del gran árbol de la justicia»,[105] que representa dos nociones distintas, a saber, una suerte de instinto, en el cual se apela a la *raison raisonnate*, o una adaptación de los hechos al ideal de justicia en atención a las circunstancias concretas.[106] La equidad se considera como un elemento de la libre investigación que se ubica dentro de la razón y la conciencia.

Si los principios de justicia (inmanentes a la naturaleza moral de los humanos, que se revelan por la razón o la conciencia y que constituyen la primera base, indispensable y firme, de toda investigación científica, dentro de la esfera del derecho positivo)[107] son insuficientes, se puede recurrir a la analogía, considerada como un elemento positivo de la libre investigación y un medio de investigación. Para esta teoría, la fuerza de la analogía reposa en un instinto profundo de la naturaleza humana, consistente en una aplicación de un elemento sociológico, que completa la naturaleza lógica de las reglas del derecho formal.[108] La analogía obedece a una exigencia de igualdad jurídica, en virtud de la cual las mismas situaciones de hecho deben comportar las mismas sanciones jurídicas.[109] Dentro de este contexto,

---

[102] CROVI, *op. cit.*, p. 143.

[103] GENY, François. *Methode d'interpretation et sources en droit privé positif*. París: Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs, 1899, p. 457.

[104] *Ibid.*, p. 470.

[105] *Ibid.*, p. 487.

[106] *Ibid.*, p. 488.

[107] *Ibid.*, p. 491.

[108] *Ibid.*, p. 496.

[109] *Ibid., loc. cit.*

el intérprete debe tener en cuenta la ocasión histórica de la ley (*occasio legis*), así como los motivos de orden moral, social y económico, dirigidos a satisfacer la justicia concreta o la utilidad general, que inspiraron la regla que sirve de tipo y de modelo (*ratio legis*).[110] Si bien es cierto que la analogía no es suficiente para colmar todas las lagunas de las fuentes formales, esta debe figurar dentro del primer rango de los procedimientos de la libre investigación científica.[111]

Dentro de la libre investigación científica, también juegan un rol importante los denominados «elementos positivos de la organización social»,[112] dentro de los cuales se encuentra, en primer rango, la sociología,[113] la filosofía general,[114] la ética[115] y la historia,[116] entre otros.

Se aplica la libre investigación científica estudiando el principio de la autonomía de la voluntad (*rectius*: autonomía privada), armonizándolo con el principio de equilibrio de los intereses presentes[117] y el principio del orden público o de interés superior. Resulta sumamente interesante la opinión que se da respecto al artículo 1382 del *Code Civil*,[118] que regula el principio general de la responsabilidad civil: «[...] yo diría, de acuerdo a mi opinión, el sistema se presentaría como más fácil a defender desde el punto de vista de un sano método, aunque más flexible en sus conclusiones, si se declarara francamente que el Código Civil habiendo previsto únicamente en los artículos 1382 y siguientes la responsabilidad por culpa. Estos textos no tienen nada que hacer en presencia de una pura *cuestión de riesgos*. Se trata aquí de saber cómo distribuir un daño fortuito entre dos o más personas, a las cuales las circunstancias se lo imponen, y que, mientras que la ley permanece muda al respecto, el intérprete tiene el deber de resolver la cuestión de acuerdo a las exigencias de la justicia y de la utilidad social. En cuanto a las exigencias de justicia y de utilidad social, las podemos obtener únicamente de una auscultación atenta a la moral dominante en nuestra

---

[110] *Ibid.*, p. 497.
[111] *Ibid.*, p. 507.
[112] *Ibid.*, p. 512.
[113] *Ibid., loc. cit.*
[114] *Ibid.*, p. 513.
[115] *Ibid.*, p. 514.
[116] *Ibid.*, p. 515.
[117] *Ibid.*, p. 539.
[118] El cual establece que «cualquier hecho del hombre que ocasiona un daño a los demás, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido, a resarcir el daño causado».

concepción actual de las relaciones entre los hombres y de un examen de las condiciones sociales y económicas que permitan evaluar los intereses en juego según el estado de nuestra civilización contemporánea».[119]

En suma, ya desde 1899, se notaba la insuficiencia de la responsabilidad civil basada en la culpa, que evitaba hacer asumir los costos de los daños a las víctimas, y se proponía ver más allá de la literalidad artículo 1382 del *Code* en aras de «la justicia y la utilidad social». Creo que esta observación es totalmente vigente si tenemos en cuenta que, incluso hoy en día, hay quienes sostienen la primacía de la culpa en la responsabilidad civil.[120]

En la actualidad, cuando se habla de exégesis, se hace referencia a diversas acepciones. Una de ellas la entiende como *escuela* (que ya he desarrollado y criticado) y otra la comprende como un *método* (que no sigue, necesariamente, los lineamientos de la escuela tradicional). Al menos, en la cultura jurídica nacional, se entiende por comentario exegético aquel que se centra en la investigación y desarrollo (individualizado) de cada uno de los artículos de un texto legal. Este tipo de abordaje del conocimiento jurídico se enfrenta con la investigación institucional, que desarrolla conceptos, supuestos de hecho o instituciones jurídicas a través de su naturaleza, características y diferencias con otras figuras afines, entre otros aspectos (independientemente de un orden topográfico de los dispositivos legales que los regulan). En el método exegético actual (heterodoxo), no se pretende buscar (solo) la intención del legislador sino explicar pormenorizadamente el dato legislativo.

---

[119] GENY, *op. cit,* pp. 547-548.

[120] Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El rol actual de la culpa y el riesgo en la responsabilidad civil: ¿entre Escila y Caribdis?». En *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán,* t. II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000. En dicho artículo sostengo que, «con el principio de la responsabilidad objetiva, se busca al *responsable* (sujeto que no coincide, necesariamente, con el *autor* del daño). Con ello, no estoy declarando ni el eclipse, ni el ocaso, ni (mucho menos) la muerte la culpa. Simplemente, me alineo a la posición de quien ha sostenido que, dentro del arsenal (sea legislativo, jurisprudencial o doctrinario) que el operador jurídico utiliza, este (inicialmente) "echa mano" a los modelos jurídicos basados en la responsabilidad objetiva y, en un segundo momento, recurre al modelo jurídico diseñado en función de la responsabilidad subjetiva. No hay primacía de un tipo de responsabilidad sobre otro ni relación *regla general-excepción*, sino la aplicación del modelo jurídico (cada uno con sus propios principios y características) adecuado al caso concreto. Dentro de este orden de ideas, resulta totalmente pertinente la afirmación de que "en todos los campos de la actividad teórica y práctica es sabio consejo abstenerse de la idolatría"» (*op. cit.*, p. 518).

A continuación se va a comentar la Resolución de unos vocales de Segunda Instancia que, si bien es cierto no puede ser utilizada como un ejemplo de una interpretación exegética *strictu sensu*, por cuanto no indaga por la voluntad del legislador, sí es emblemática de una (restrictiva) interpretación literal (que no se quiere apartar del tenor de un dispositivo legal):

> Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad
> **Resolución N.º 3 (Trujillo, 6 de mayo de 1998)**
> Expediente N.º 97-3009
>
> Representación procesal-representacion voluntaria de la persona jurídica en materia societaria-nulidad insubsanable por incumplimiento de formalidad
>
> Si bien es cierto que el artículo diecisiete de la anterior Ley General de Sociedades, y de modo similar el artículo catorce de la nueva Ley número veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, establecen, como forma de otorgamiento de poderes que se extienda el acta donde conste el acuerdo respectivo y la copia certificada de la misma basta para su inscripción en el registro, también es cierto que estas normas societarias no se refieren ni regulan el otorgamiento de poderes procesales y, por tanto, no están comprendidas dentro de la salvedad o excepción que establece el citado artículo setenta y dos del Código Procesal sobre la formalidad del poder para litigar, prevaleciendo esta norma por ser especial.
> Al admitirse a trámite la demanda, pese a faltarle el anexo relativo al poder, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo ciento veintidós, segunda parte, de este mismo Código por no apoyarse en el mérito del proceso ni en el derecho.
> En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo ciento setenta y seis, *in fine*, del Código Procesal Civil por tratarse de una nulidad insubsanable.

2. El caso

Un funcionario del área legal de una institución financiera interpone, en representación de dicha entidad, una demanda de ejecución de garantías

en contra de un cliente que no ha cumplido con sus obligaciones. Para acreditar su calidad de representante, anexa a su demanda una copia certificada del acta de la sesión del directorio que lo nombra como apoderado y representante judicial. En cuaderno de apelación sin efecto suspensivo, la Segunda Sala en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara nulo todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda inclusive, entendiendo como insubsanable el hecho de que no se haya cumplido lo establecido por el artículo 72 del Código Procesal Civil, vale decir, que el poder no ha sido acreditado ni por escritura pública ni por acta ante el juez del proceso, entendiendo que la normatividad de la Ley General de Sociedades no puede entenderse como «disposición legal diferente» de dicho dispositivo legal.

3. Las cuestiones

3.1. Sobre la formalidad en el otorgamiento de los poderes

En una feliz metáfora, surgida de la raíz etimológica de la palabra persona, se explica que la representación es una suerte de máscara del representado[121] que se pone el representante para celebrar ciertos actos jurídicos, cuya eficacia recae (en línea de principio) en la esfera jurídica del representado. La representación es un acto jurídico unilateral y *recepticio*: unilateral porque «queda perfeccionado y da origen a la relación representativa [...] con la sola manifestación de voluntad de quien quiere ser representado»[122] y *recepticio* porque se dirige «a persona determinada».[123] Sin embargo, si bien es cierto que la validez del otorgamiento del poder depende de la voluntad (manifestada) del representado, la eficacia de la relación jurídica representativa depende de la aceptación (expresa o tácita) que haga el representante del encargo del representado.

La representación, en tanto «actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen

[121] ARAUZ CÁSTEX, Manuel. *Derecho Civil,* t. I (Parte General). Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 261.

[122] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 195.

[123] *Ibid.*, p. 72.

(normalmente) en el representado»,[124] es regulada por una serie de cuerpos legales tales como el Código Civil, la Ley General de Sociedades y el Código Procesal Civil, entre otros. Cada uno de estos textos, establece una formalidad[125] distinta para la validez (o para acreditar la existencia) de este acto jurídico.

En el Código Civil, rige el principio de la «absoluta libertad de formalidades»[126] (artículo 143). Sin embargo, el artículo 156 del Código Civil establece un régimen de excepción.[127] Para el caso de las personas jurídicas, la segunda parte del artículo 2028 del Código Civil prescribe que: «No se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su inscripción, basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo».

La Ley General de Sociedades, Ley N.º 26887, en su artículo 14, regula que:

> El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, así como el otorgamiento de poderes por esta, surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes.
> Estos actos o cualquier otra revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante según el caso.
> Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de

---

[124] LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª ed. Lima: Grijley, 1994, p. 163.

[125] Se distingue la forma de la formalidad, ya que la primera es un «vehículo a la exteriorización de la voluntad» y la segunda se entiende como el conjunto de «particulares exigencias adicionales a la exteriorización normal de la voluntad» o, dicho en otras palabras, «toda voluntad con existencia jurídica requiere una estructura que la evidencie. Pero esa estructura no siempre debe tener ritos especiales» (*Ibid.*, pp. 132-133).

[126] *Ibid.*, p. 192.

[127] El cual establece que, «para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por **escritura pública, bajo sanción de nulidad**».

> la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente.
> No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar.
> El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.

En materia de representación procesal, el artículo 72 del Código Procesal Civil establece que: «El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente. Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos».

Una sana preocupación del juez radica en el hecho de que «la debida representación de las partes en el proceso se relaciona con la llamada personería adjetiva o *legitimatio ad procesum* y su defecto configura la excepción previa».[128] Sin embargo, «en ocasiones, al leer en los repertorios de jurisprudencia ciertas decisiones, se resiste uno a comprender cómo ciertas cuestiones hayan podido ser suscitadas. Pero se explica si se piensa que aun la tesis más descabellada puede servir, a un abogado sin escrúpulos, para ganar tiempo»:[129] esto se hace más grave en casos en los que, como el que es materia de este comentario, el juez se convierte en cómplice de ello.

Al leer esta Resolución, uno no puede quedar más que sorprendido por lo opinable de la decisión y por la carencia de argumentos de la misma. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿por qué lo establecido en la Ley

---

[128] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, t. II. Buenos Aires: Universidad, 1985, p. 433.

[129] CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil III*. Buenos Aires: EJEA, 1986, p. 279. El autor observa, con razón, que «una vez iniciado el proceso, el abuso clásico o tradicional que una u otra parte intentará (y hasta incluso ambas partes, puestas de acuerdo) será el de darle largas. Dum pendet rendet [mientras pende, rinde] es viejo reproche dirigido a los abogados; el aplazamiento es, en la opinión común, el arma predilecta del litigio; y el vocabulario judicial está lleno, desde la antigüedad, de palabras que recorren todos los matices de esta enfermedad endémica de los juicios: tergiversar, cansar, molestar, hartar, retardar, *remitir, aplazar, diferir... Habría que hacer un interesante estudio lingüístico sobre esta cosecha de sinónimos, que han crecido en el terreno fértil de la* litigiosidad» *(op. cit.*, pp. 274-275*)*.

General de Sociedades no puede ser entendido como una «disposición legal diferente» a la cual se refiere el artículo 72 del Código procesal Civil, a efectos del cumplimiento de la formalidad tendiente a acreditar la representación procesal? Tratando de adivinar el (misterioso) iter argumentativo que ha pasado por la mente de los vocales que han emitido tal decisión, podría presumirse que se ha entendido que la representación procesal es distinta de la representación societaria (como civil) y, por lo tanto, requiere una formalidad diversa.

Si ello es así, creo pertinente recordar que «el acto procesal es una especie del género acto jurídico. Su elemento característico es que el efecto que de él emana se refiere directa o indirectamente al proceso».[130] Dentro de este orden de ideas, la representación procesal, al igual que la representación societaria (en tanto tipos especiales de representación), forman parte de un núcleo común, cuya *sedes materiae* está en el Código Civil. Si bien es cierto que se ha evidenciado que la representación procesal acusa un «rigorismo formal [que] es desconocido en el Derecho Civil y está en conformidad con las exigencias del proceso»,[131] también se ha señalado que «el negocio jurídico mediante el cual se confiere la representación es un acto coordinado al proceso, si bien meramente preparatorio, y está sometido, por consiguiente, a las normas del Derecho Civil solo en lo que la ley procesal no prevea y su naturaleza lo consienta».[132]

Otro criterio que (presumiblemente) pudieron haber manejado los vocales es que existe una formalidad para la inscripción registral de los poderes y otra formalidad (distinta) para acreditar los poderes procesales (valga la redundancia) en un proceso. Esta distinción tampoco resiste al análisis, por cuanto, en el caso que comento, nos encontramos frente a un acto jurídico (válido) en el cual se ha cumplido una formalidad establecida por ley. Ello nos llevaría a la infeliz conclusión de que un mismo acto (válido y legalmente formalizado) tendría una eficacia relativa, es decir, sí podría ser inscrito y no ser admitido en un proceso o, dicho en otras palabras,

---

[130] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 201. El autor define al acto procesal como «el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales» (*loc. cit.*).

[131] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones del Derecho Procesal Civil II*. México, D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 330.

[132] *Ibid., loc. cit.*

admitido por un registrador y rechazado por un juez. No debemos olvidar que tanto uno como otro operador jurídico deben calificar la legalidad, sea de los documentos que se presentan o de las pretensiones de los interesados, y ser conscientes de la eficiencia social de sus decisiones.

Por ello, resulta totalmente pertinente citar que: «[...] con la solución de conflictos por parte del Estado, muchas veces, en lugar de que los actores del sistema legal asuman sus funciones de servidores —pero, atención, no de burócratas— a las órdenes de la sociedad, se ha creado una espesa retórica en que la simbología religiosa, docente, martirológica, ritual, protocolar y solemne no permite percibir tanto los excelentes seres humanos que cumplen a conciencia y ejemplarmente su tarea, como el número de funcionarios rutinarios, sin vocación de servicio, sin voluntad de satisfacer una necesidad pública, que se refugian en la más pedestre, inimaginativa y tímida relación con los textos legales, olvidándose que el único objeto de las leyes es servir y proteger al ser humano»[133] (el subrayado es mío).

En pocas palabras, el juez (o el registrador) no debe olvidarse que es un servidor público ni tampoco que no debe ser un gris burócrata que no ve más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.

Si la representación civil, societaria o procesal tienen la misma naturaleza, si la exigencia de una doble formalidad es absurda y si la última parte del artículo 72 del Código Procesal Civil alude a «la disposición legal diferente», vuelvo a preguntar: ¿por qué no se contempló como tal lo dispuesto por la ley general de sociedades? ¿No hubo un acto válido de otorgamiento de poder? ¿No se cumplió una formalidad prevista por la ley? ¿Qué es lo que debería calificar un juez probo y diligente?

Esta decisión no es justa (ni razonable) si se tiene en cuenta lo regulado por el artículo IV (último párrafo) y el artículo V (tercer párrafo) del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establecen que «el juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria», así como que «el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran».

En materia de nulidades de los actos procesales, el último párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil es bastante claro al expresar que,

---

[133] MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. «Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia». *Thémis*, segunda época, n.º 33, 1996, p. 226.

«cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si, habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito».[134] El propósito de la representación procesal es otorgar poderes al representante para que actúe (dentro del proceso) en nombre del representado y, en el caso que lleva a comentario, se cumplió , además, con una formalidad establecida por ley. Si bien es cierto que el artículo 72 del Código Procesal Civil usa el adverbio solo, es (como mínimo) miope no ver más allá (de lo que se puede ver): no hay sanción de nulidad; se cumplió el propósito del acto; y (además) este mismo dispositivo establece como formalidades excepcionales las que se encuentren en «disposición legal diferente» (en este caso, la Ley General de Sociedades). Recurrir, en este caso, a los artículos 122 y 176 del Código Procesal Civil como fundamentos de derecho de la decisión resulta poco feliz y lamentable.

3.2. La representación voluntaria de la persona jurídica frente a la teoría del órgano

La figura del órgano aparece a finales del siglo antepasado en el derecho público alemán.[135] Para tener una idea del atormentado recorrido de su noción en la doctrina (que pasó al derecho privado), resulta oportuno citar que «la historia del concepto de órgano, de sus desviaciones y, digámoslo, de sus aberraciones, puede servir para demostrar con cuanta fatiga y con cuanta lentitud una categoría jurídica llega a su límpida y exacta definición».[136] Partiendo de la premisa de que toda organización de personas implica, ineluctablemente, una distribución de funciones, podremos llegar a tener una idea del concepto de órgano, que no es unívoco.

Una persona jurídica, como cualquier organización de personas, puede ser vista de dos maneras: la primera, estática, como estructura organizada, y la segunda, dinámica, vale decir, como unidad funcional. La distribución de

---

[134] Frente a ello, hubiera sido totalmente pertinente, al amparo del artículo 172, segundo párrafo, convalidar dicho poder.

[135] GIANNINI, Massimo Severo. «*Organi (teoria generale)*». En: *Enciclopedia del diritto*, t. XXXI. Milán: Giuffrè, 1981, p. 37. El autor afirma que los autores alemanes coinciden en que GIERKE es el que, por primera vez, introdujo la noción de órgano (en *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, 1887) y que PREUSS es quien, por primera vez, habría presentado un desarrollo teórico sistemático sobre el tema (en *Stellvertretung oder Organschaft?*, 1902).

funciones implica, a su vez, la individualización de funciones. Dichas funciones (individualizadas) tienen que ser realizadas por personas que estén encargadas para ello. El oficio (en el sentido de encargo, empleo, competencia o incumbencia) también puede ser percibido en una manera dual: o en un sentido técnico-administrativo (oficio-organización) o en un sentido jurídico (oficio-función). El primer tipo de oficio es lo que se conoce como dependencia (o también oficina) y el segundo es el cargo propiamente dicho.[137]

El oficio, entendido en sentido funcional, «es el titular de una de las funciones de la organización».[138] El oficio, en sentido jurídico: «[...] es un elemento organizativo del ente, pero jurídicamente conformado. En su conformación, es idéntico al oficio en sentido funcional: es tributario de una función definida, compuesto de prestaciones de personas y de cosas. La diferencia entre oficio en sentido jurídico y oficio funcional está en que en el primero, el contenido que lo conforma, es objeto de una disposición jurídica: la función está definida por el mandato jurídico, el cual dispone acerca de las prestaciones de personas y de cosas, esto es, en términos jurídicos más precisos, acerca de los servicios personales y reales al oficio».[139]

La función, en tanto asignada al oficio, tiene relevancia jurídica, tanto en el ámbito de las relaciones internas (entre los oficios de la persona jurídica) como en el ámbito de las relaciones externas (entre la persona jurídica y otros sujetos). En las relaciones internas, define la competencia de los encargados del oficio y determina la responsabilidad interna, de los titulares y los encargados del oficio, frente al ente.[140]

El oficio, en sentido jurídico, no es un instrumento para los efectos de la imputación, o sea, para los efectos de ser sujeto de derecho. El concepto de oficio es neutro respecto a las imputaciones, en el sentido que sirve solo para explicar la distribución de las funciones en la organización del ente. Por ello, se afirma que «instrumento para los efectos de la imputación es el órgano y son órganos solo aquellos oficios que las normas indican como

---

[136] ROMANO. «Órgano». En: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Citado por GIANNINI, *op. cit.* p. 39.

[137] *Ibid.*, p. 41.

[138] *Ibid., loc. cit.*

[139] *Ibid.*, p. 42. El autor, también, afirma que: «mientras el oficio, en sentido funcional, se refiere a la categoría de la eficiencia, organizativa y, por consiguiente, de la acción, que no es en sí categoría jurídica, el oficio en sentido jurídico es un instrumento que muestra la función tal como ha sido definida jurídicamente» (*op. cit.*, p. 44).

[140] *Ibid.*, p. 45.

idóneas para operar la imputación jurídica al ente. Esta, y no otra, es la distinción entre oficios (en sentido jurídico) y órganos».[141]

La función del órgano es la de «simplificación de estructuras a los efectos de la certeza de las relaciones y de la más segura tutela de las situaciones jurídicas de los sujetos involucrados por las actividades de las personas jurídicas».[142]

Sobre la base de estos modelos dogmáticos diseñados por tan autorizada doctrina, en un escenario práctico, si una persona contrata, por ejemplo, con el gerente de una sociedad, si bien es cierto que ontológicamente está interactuando con una persona natural, desde un plano jurídico, lo está haciendo con la propia persona jurídica a través de su órgano.

Conceptualmente, el órgano no debe ser confundido con la representación. Hay quien afirma, siguiendo a un sector de la doctrina italiana, que «la genuina representación supone dos esferas jurídicas (la del representante y la del representado), de modo que uno es sujeto de actuación y otro de imputación».[143] Sin embargo, se advierte, tanto en el ámbito de la eficacia del negocio concluido en nombre de la persona jurídica como en el de la responsabilidad de la representación de las personas jurídicas, que no existen diferencias entre órgano y representación.[144] Por ello , se afirma que, en el caso de las personas jurídicas, «nos encontramos con un sui generis fenómeno de representación, pero no ante un caso de ausencia de ella».[145] En ese sentido, la denominación de «representación orgánica» se reserva para el ejercicio de las funciones del órgano y la de «representación voluntaria»

---

[141] *Ibid.*, p. 46. El autor agrega que «el concepto de órgano hace superable la concepción misma de la persona jurídica como sujeto privado de capacidad de ejercicio» (*loc. cit*). En contra, FALZEA, quien afirma que «las personas jurídicas [...] no tienen capacidad de ejercicio, sino que poseen capacidad de imputación jurídica de supuestos de hecho» («Capacità (teoria generale)». En: *Enciclopedia del diritto*, t. VI. Milán: Giuffrè, 1960, p. 34).

[142] *Ibid.*, p. 47.

[143] LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 167. El autor afirma, no obstante, que «así presentado el problema, bien podría ser admitida la falta de propiedad terminológica cuando se denomina representantes a las personas físicas que actúan en nombre y por cuenta de una persona jurídica. Visto, sin embargo, desde el lado práctico, las tan acusadas diferencias comienzan a desvanecerse y nos hacen pensar que, efectivamente, la actuación de las personas morales en el ámbito jurídico requiere de una especial forma de representación» (*loc.cit.*).

[144] *Ibid.*, p. 168.

[145] *Ibid., loc. cit.*

cuando la misma persona jurídica (a través de sus órganos) otorga poderes, a una tercera persona, para algún acto determinado.[146]

En el caso comentado, nos encontramos frente a una representación voluntaria de la persona jurídica, en la cual, volviendo a la metáfora de la máscara, el representante, al actuar poniéndose la máscara del representado, hará que la actuación repercuta en la esfera jurídica del representado, en los actos que han sido predeterminados por este. El ritual (diferente) con el que se otorgó la máscara no puede ser motivo justificante para invalidar dicha actuación, máxime cuando el libreto lo permitía. La última parte del artículo 14 de la Ley General de Sociedades establece que el solo mérito del nombramiento del gerente general o de los administradores de la sociedad los faculta para «gozar de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia». Ello evidencia que no hay un compartimento estanco que separe la represen-tación voluntaria societaria de la representación voluntaria procesal y que se debe ser flexible en lo referente a la calificación legal de la formalidad del otorgamiento del poder en el caso de la representación procesal de una persona jurídica (figura que, además, está regulada en la Ley General de Sociedades).

3.3. El nuevo *ius corrigendi* de los vocales superiores (o su derecho a interpretar sus propias resoluciones)

Una vez que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad emitió la Resolución N.º 3, del 6 de mayo de 1998, materia de este comentario, el Expediente N.º 3009-97 volvió a bajar al Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, que, con Resolución N.º 18, del 18 mayo de 1998, actuando lo decidido por la Corte Superior, declaró inadmisible la demanda interpuesta, concediendo al banco demandante un plazo de tres días para subsanar la «deficiencia hecha notar, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y archivarse el expediente como corresponde». El banco demandante volvió a presentar la misma documentación (copia legalizada del acta de directorio de nombramiento

[146] *Ibid., loc. cit.* Sobre el problema que plantea, a propósito de la representación de las personas jurídicas, la denominada prórroga del mandato en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, ver ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Aspectos registrales de las asociaciones». En: *Gaceta jurídica*, tomo 51, febrero, 1998, p. 56-A.

de representante procesal), esta vez acreditando su inscripción registral. Ello generó que el juez, mediante Resolución N.º 20, del 25 de mayo de 1998, ordenase que el expediente se archive sobre la base de la siguiente argumentación:

> Que el acta de directorio que se adjunta, por el cual se acuerda el nombramiento de apoderados, es similar a la obrante de fojas tres a siete, en atención a que no se trata de escritura pública ni de acta ante el juez, conforme lo exige la Segunda Sala Civil en aplicación del artículo 72 del Código Procesal Civil, por lo que no se ha efectuado la subsanación requerida, por lo que, en efectividad del apercibimiento decretado y a tenor de lo previsto por el artículo 426, parte infine, del acotado Código, cabe rechazar la demanda.

El banco demandante apeló la resolución y, para sorpresa de todos nosotros, la misma Segunda Sala Civil, mediante Resolución N.º 28, del 18 de agosto de 1998, anuló el auto apelado del Primer Juzgado Especializado de lo Civil, razonando lo siguiente:

> Que esta Sala, al declarar, mediante resolución copiada a fojas doscientos sesenta y nueve, la nulidad de todo lo actuado, lo ha hecho con el propósito de lograr que la entidad demandante subsane el defecto originario del acta de fojas tres, en la que no figuraba constancia alguna de inscripción registral. [...] Que lo que deja establecido esta Sala, en esta causa y en otras similares, y que se aclara conceptualmente en los términos de la presente resolución, es que las actas de Directorio que contengan otorgamiento de poderes caen dentro de la excepción prevista en el artículo setenta y dos, primer párrafo, in fine, del Código Procesal Civil, es decir, es una forma más de otorgamiento de poder, adicional al de la escritura pública y acta ante el juez y para tener eficacia procesal deben estar registralmente inscritas, conforme al artículo diecisiete de la anterior Ley General de Sociedades (artículo catorce de la nueva Ley, número veintiséis mil ochocientos ochentisiete), que para estos efectos se aplica sistemáticamente con la anterior norma glosada (los subrayados son míos).

El nuevo (y esotérico) razonamiento de los vocales superiores puede ser decodificado de la siguiente manera:

a) En la Resolución N.° 3 (del 6 de mayo de 1998), establecieron que, tanto el artículo 17 de la anterior Ley General de Sociedades como el 14 de la actual Ley General de Sociedades «no están comprendidos dentro de la salvedad o excepción» que regula el artículo 72 del Código Procesal Civil. En la Resolución N.° 28 (del 18 de agosto de 1998) dicen (que no dijeron esto —que sí dijeron—, sino) que las actas (a las cuales se refieren los citados artículos de la Ley General de Sociedades) «caen dentro de la excepción prevista en el artículo setenta y dos».

b) La novedad interpretativa que proponen los vocales superiores es que, para que sean admitidos los poderes procesales, otorgados por acta de sesión de directorio, tienen que estar inscritos registralmente. Dicho en otras palabras, lejos de solucionar los problemas, están exigiendo una formalidad (adicional) que no está contemplada en el artículo 72 del Código Procesal Civil.

No creo necesario repetir lo ya explicado en el punto anterior y solo me limito a precisar que la ratio del artículo 72 del Código Procesal Civil es que, para que surtan efectos los poderes procesales, no es necesario que estén inscritos. Si un operador jurídico razona (como en este caso) en sentido contrario, está dilatando (absurda e innecesariamente) un proceso, con lo cual eleva de una manera tremenda (y antieconómica) los costos de la administración de justicia.

3.4 Post data: lo saludable que puede resultar asumir una posición exegética frente a un inconsciente *revirement* de la escuela del derecho libre

La cultura jurídica nacional es heredera del mito, creado en la Europa continental bajo el influjo de las ideas de Montesquieu, de desconfianza del juez, teniendo como contrapartida la absoluta confianza *rousseauniana* en el legislador. Así, «mientras el sajón vivió con el mito del juez, el europeo continental vivió con el mito del legislador».[147] Francesco Carnelutti se encargó de advertir que el gran error de la Europa continental (y nuestro) es haber

[147] GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. «Sobre el hábeas data y su tutela». *Derecho*, n.° 51, diciembre de 1997, p. 56.

caído en el mito del legislador y haberse olvidado del juez, que es la figura central del proceso.[148]

El juez, en tanto artífice del derecho viviente, puede ser un protagonista decisivo en la creación de un sólido derecho jurisprudencial o, como en el caso que hemos visto, el gris burócrata que encuentra problemas a las soluciones. Sin embargo, el fundamento que se está usando nos recuerda a los jueces soñados por Kantorowicz, padre de la escuela del derecho libre, en la cual se quería a un juez que, despreciando el derecho estatal, pueda administrar justicia aun en contra de las leyes imperantes. Esta escuela solo ha sido justificada en contextos históricos determinados, como la Rusia bolchevique (que defendía los principios de lucha de clases y de dictadura del proletariado) o la Alemania nazista (que defendía los principios del nacional socialismo). Lo trágico es que algunos jueces peruanos administran justicia (aun en contra de la normatividad imperante), no porque obedecen a alguna corriente ideológica sino (presumiendo *iuris tantum* su buena fe) por desconocimiento de los modelos jurídicos a aplicarse, así como de la carencia de una manera justa y razonable interpretación de los mismos.

Dentro de este contexto (y esta es la gran paradoja), se prefiere, en línea de principio, a un juez que interpreta de manera exegética las normas (sin alejarse de su literalidad), que uno que no las interpreta adecuadamente y, volviendo a Carnelutti, solo podremos admitir que el juez sea el protagonista del proceso cuando haya aprendido bien su papel.

---

[148] *Ibid., loc. cit.*

TERCERA PARTE

LA ROMÁNTICA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO Y SU INFLUENCIA EN UN ESTADO PLURICULTURAL

> En cuanto al fin, estamos de acuerdo: queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y ha de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos. Para este fin, desean ellos un código, con el cual solo una mitad de Alemania alcanzaría la anhelada unidad, mientras la otra mitad quedaría aún más separada. Por mi parte, veo el verdadero medio *en una organización progresiva de la ciencia del Derecho*, la cual puede ser común a toda la nación.
>
> Friedrich VON SAVIGNY. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho.*

1. Premisa

Así concluye Savigny, en 1814, su texto, en el cual polemiza con Thibaut respecto a la procedencia (o no) de la promulgación de un Código Civil en Alemania. Sabemos cómo termina la historia: en 1900, se promulga el BGB, y muchos códigos civiles, como el brasileño, asimilan sus modelos jurídicos. En efecto, los seguidores del derecho formalmente válido le dieron la razón a Thibaut y entendieron que con un código se lograba la unidad y la coherencia normativa en una sociedad, pero olvidaron que la vocación de generalidad de las leyes choca con las costumbres jurídicas de grupos sociales culturalmente diferenciados. Los problemas que se originaron por esta contradicción constituyen el costo social que se asumió (y se sigue asumiendo), sobre todo en países como el nuestro, de tradición pluricultural.

No es propósito de esta reflexión, que invito a hacer, darle la razón a Savigny o a Thibaut (o si se quiere, a la costumbre o a la ley) sino determinar si el costo social que se está asumiendo justifica la decisión de tener a la ley como principal fuente normativa y, para ello, me basaré en datos

jurisprudenciales, en este caso penales, que serán los medidores de dicho costo.

2. El planteamiento de la escuela histórica del derecho

Como ha sido advertido por la doctrina, tanto la escuela de la exégesis como la histórica han sido el resultado contestatario de la escuela iusnaturalista. Sin embargo, mientras en la primera se guardaba un culto a la (traicionada) intención del legislador, la escuela histórica acusa un «romanticismo irracional».[149] Así, el mismo Savigny expresa que, «cuando una ciencia como la del Derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte».[150] Las notas características de esta escuela son las siguientes:[151]

a) Empirismo, es decir, se basa en una apreciación de la experiencia social.
b) Causalidad y determinismo, por cuanto los hechos presentes tienen su causa en el pasado y la interpretación presente tiene que ser el resultado de esa experiencia pasada.
c) Irracionalismo y relativismo, dado por su planteamiento espiritualista del objeto del Derecho, que está en constante evolución.

Si en la escuela de la exégesis el juez era una suerte de médium de la voluntad del legislador, en la escuela histórica, el legislador (y también el juez) debían ser una suerte de fedatarios de la historia de su sociedad. Por ello, se sostenía que: «[...] la importancia exagerada que se concede a los puntos de vista nuevos hace olvidar el espíritu de organización que se complace en poner en su verdadero punto los antiguos materiales, cuya

---

[149] HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología de Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945, p. 65.

[150] VON SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del derecho romano actual*, t. I, 2ª ed. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879, p. 41. El artífice de la escuela histórica reconoce esta única y sola necesidad para la ciencia: «la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmación de sus verdades y una nueva toma de posesión, que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hacia el objeto definitivo. Someter la época actual a la aplicación de estos procedimientos es el fin de mi obra [el subrayado es mío]» (*op. cit.*, p. 42).

[151] HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 71.

tarea tiene también su originalidad y es, para la ciencia, instrumento de progresos nuevos brillantes, pero no menos reales, y, como un gran desenvolvimiento de la fuerza creadora, es patrimonio de muy pocos. Este amor exclusivo de novedad ha conducido a más de un autor a encerrarse en un estrecho círculo de ideas y doctrinas, impidiéndole esta preocupación la vista de la ciencia en su conjunto».[152]

Dicho en otras palabras: si se quiere tener un cabal conocimiento de la ciencia del Derecho, la experiencia del pasado insufla los conocimientos presentes.

En actitud sumamente crítica, que se comparte, se afirma que «la doctrina de la escuela histórica propuso a las magistraturas un rol servil frente al derecho del pasado, que asumía valor de derecho en sí (y contrapuesto a la ley)».[153]

La contraposición entre ambos pareceres merece las siguientes reflexiones:

a) No se podría aplicar a las situaciones nuevas que se presentan en la experiencia social.

b) Si bien es cierto que los conceptos de determinadas instituciones jurídicas, que tienen una trayectoria en el tiempo, llevan consigo una dosis de historicidad, el concepto que se tuvo de ellas en el pasado no coincide necesariamente con el actual concepto. Basta darnos cuenta de la elasticidad del orden público y las buenas costumbres a través del tiempo.

La conclusión a la cual se debería llegar sería la siguiente: historicidad (al estilo de Savigny) sí, *ma non troppo*. En efecto, autorizada doctrina italiana sostiene que «la interpretación histórica del jurista integra, según el canon de la totalidad y coherencia, la insuficiente exposición de los contemporáneos con el subsidio de la experiencia y del instrumental representativo (que es la dogmática) adquiridos y afinados en el estudio del derecho moderno».[154] Además agrega: «[...] el jurista de hoy no puede olvidar, frente a un derecho histórico, el instrumental de su cultura de jurista; por otra parte, la específica dogmática del derecho moderno (de la

---

[152] VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 47. Sin embargo, con agudeza, se ha criticado esta posición, por cuanto «la herencia, aun siendo preciosa, no está constituida solo por un activo, sino también por un pasivo. Se hereda la verdad; mas se hereda asimismo el error» (HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 83).

[153] TARELLO, *op. cit.*, p. 58.

[154] BETTI, *op. cit.*, p. 575.

cual aquella cultura se convierte en precipuo alimento) no se puede transferir totalmente al estudio histórico. De ello se deriva que en este se requiere la tarea de distinguir qué es utilizable para la recta impostación de las cuestiones históricas, de aquello que, para tal efecto, no sirve».[155]

Para la escuela histórica, según esta expresión, que ya se ha hecho clásica, «el derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo y, por ello, habremos de llamarlo también *derecho del pueblo*».[156] Pero, en una sociedad pluricultural, ¿podemos hablar de un solo pueblo y de un solo derecho? Esta situación ya había sido advertida por Savigny, quien dijo que «puede parecernos dudoso, si nos encontramos con un pueblo o con varios»[157] y resuelve con una perífrasis esta interrogante: «lo que opera en cada pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad que se evidencia en el primero de modo individual».[158]

3. El método de interpretación de la escuela histórica del derecho

Para Savigny: «[...] la actividad intelectual libre contenida en la interpretación tiende a que conozcamos la ley en su verdad, es decir, que se nos hace evidente mediante un procedimiento regular. La interpretación de la ley es siempre necesaria para que la misma intervenga en la vida; y esta su general necesidad constituye a la par su justificación. La interpretación no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley».[159]

Dentro de este orden de ideas, la interpretación, en tanto «reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley», debe indagar los cuatro elementos de la misma: «un elemento gramatical, lógico, histórico y

---

[155] *Ibid.*, p. 580.

[156] VON SAVIGNY, Friedrich. «Los fundamentos de la ciencia jurídica». En: VON SAVIGNY, Friedrich; Hermann von KIRCHMANN; y Hermann ZITELMANN y KANTORIWICZ. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 35.

[157] VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 39. El autor afirmó que «también en estos círculos puede arraigar una producción jurídica particular expresiva del derecho *particular*, al lado del derecho común del pueblo, que de este modo, en algunos aspectos, se completa o inclusive se transforma» (*loc. cit.*).

[158] *Ibid.*, p. 40.

[159] *Ibid.*, p. 78.

sistemático».[160] El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto «la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador».[161] El elemento lógico «tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea, hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes».[162] El elemento histórico «tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley».[163] El elemento sistemático «se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad».[164]

Sin embargo, Savigny estaba en contra de ciertos resultados de la interpretación lógica. En efecto, se pronunció rotundamente en contra de las (mal) denominadas[165] interpretaciones restrictiva y extensiva.[166] Dentro de este orden de ideas, «se notará que esta operación es tan arbitraria que no se puede hablar de una verdadera interpretación, porque lo que el juez debe agregar a la ley, por este solo hecho no puede ser ya objetivo [...] Por ello, la operación debe descartarse, porque la razón no es objetiva por la ley; sin embargo, por la ley debe expresarse algo objetivo».[167] Esta posición, desde mi particular punto de vista, no es coherente con la propuesta teórica de la escuela histórica, en tanto, si la literalidad de una ley (entendida como el producto del espíritu del pueblo) es excesiva o limitada respecto a su intencionalidad o a su pensamiento, no veo ningún inconveniente para que el propio intérprete ajuste el texto de la ley a su *ratio* (aunque sea histórica).

---

[160] *Ibid.*, p. 83.

[161] *Ibid., loc. cit.*

[162] *Ibid., loc cit.*

[163] *Ibid., loc cit.*

[164] *Ibid., loc cit.*

[165] Sostengo que son denominaciones equívocas, por cuanto el operador jurídico nunca interpreta *a priori* una manera restrictiva o extensiva: es como consecuencia del proceso de interpretación (lógica frente a la literalidad del texto legal) que se le dará una lectura, restrictiva o extensiva, a la disposición normativa. Por ello, más que tipos de interpretación, son consecuencias de cierto tipo de interpretación.

[166] Así, «los autores se remontan al fundamento de la ley y, si encuentran que la misma en su desarrollo lógico conduce a más o a menos que lo que la ley contiene, corrigen la ley mediante una nueva especie de interpretación extensiva o restrictiva. No les importa en esta empresa si el legislador cometió conscientemente una inconsecuencia lógica o si solo olvidó sacar las conclusiones lógicas del fundamento, que los intérpretes añaden» (*Ibid.*, pp. 172-173).

[167] VON SAVIGNY, Friedrich. *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 42. El autor asevera que «todo este procedimiento que hemos condenado puede resumirse bajo un nombre general: perfeccionamiento de la jurisprudencia por su forma» (*op. cit.*, p. 51).

La escuela de la evolución histórica criticó fuertemente a Savigny. Así, Saleilles afirmaba que «la escuela de Savigny, bajo su forma inicial, descansaba sobre ciertos postulados que, so pretexto de su evolución, no llegarían más que a la inmovilización».[168] En este mismo sentido crítico, se sostiene que «la ley no debe aplicarse teniendo solamente en cuenta sus antecedentes y las exigencias económicas y sociales que motivaron su nacimiento, sino también conforme a las nuevas exigencias determinadas por la evolución social».[169] Definitivamente, adecuando la escuela histórica del derecho a los postulados de la escuela de la evolución histórica, se podrían obtener óptimos resultados.

4. Sobre la validez actual del planteamiento de la escuela histórica en un país pluricultural (o del salto de «los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo» a los «que por su cultura o costumbres comete(n) un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su(s) acto(s)»).

La gran moraleja que el operador jurídico ha heredado del historicismo savigniano es que tiene que ser consciente de que suelen haber una serie de disfunciones y desarmonías entre el derecho formalmente válido y las costumbres de los pueblos; y, frente a estas situaciones críticas, se tiene que buscar una solución justa, sin apartarse del mandato legislativo de «aplicar la norma jurídica pertinente».

La evolución del modelo jurídico que se reguló en el artículo 45 del abrogado Código Penal de 1924 es un ejemplo de ello. En efecto, dicho numeral establece que:

---

[168] SALEILLES, Raymond. «Le Code Civil et le Méthode Historique». En: *Le Code Civil-Livre du Centenaire*, t. I. París: s.e., 1904, p. 99.

[169] CROVI, *op. cit.*, p. 142. El autor sostiene, además, que, «a diferencia de Savigny, Saleilles no temía que los códigos frenaran la evolución del derecho [...] Los códigos —decía— son el producto de la historia de los pueblos; pero, las leyes, una vez sancionadas, se emancipan de sus antecedentes, del complejo cultural que las generó y «adquieren vida propia»». Asimismo, agrega que «la tarea del intérprete sería, entonces, preocuparse constantemente por elegir, entre las diversas significaciones que puede tener un texto legal, aquella que se adecue mejor «a las necesidades de la vida económica, a las concepciones morales, a las modificaciones de las necesidades sociales»» (*op. cit.*, pp. 142-143).

> Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90.[170] Podrán, asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional con arreglo al título VII. Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento permitido en el artículo 42.

La jurisprudencia penal que se generó en la interpretación y aplicación de este artículo fue copiosa.[171] Así, tenemos que, con Ejecutoria del 18 de febrero de 1943, se definió el concepto de indígena semicivililizado, prescribiendo que: «El concepto legal del indígena semicivilizado es el del sujeto que lleva una vida primitiva, ajeno a todo centro de cultura». También son indígenas semicivilizados, según Ejecutoria del 16 de mayo de 1951, «los indígenas analfabetos, que viven en las punas, lejos de todo contacto con la civilización». En cambio, no es indígena semicivilizado «quien sabe leer y escribir y tiene el oficio de carpintero» según Ejecutoria del 26 de marzo de 1945. Asimismo, «el analfabetismo del acusado y su condición de hijo de indígenas no constituyen por sí solas calidades que revelan su estado de semicivilización» según Ejecutoria del 27 de julio de 1951. Tampoco es «indígena semicivilizado», como aprecia la Ejecutoria del 8 de enero de 1944: «[...] el acusado analfabeto que hace una vida normal y está inscrito en el Registro Militar. Semicivilizado es aquel que procede más en armonía con el instinto que con los conceptos de derecho y obligación». La Ejecutoria del 22 de noviembre de 1940 estableció que:

> La represión del delito de homicidio, cometido por indígenas semicivilizados en agravio de un enajenado a quien aquellos consideran como seres peligrosos y malignos, no puede

[170] Este artículo se refería a la facultad de juez de disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal cuando no concurrían los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad penal.

[171] Todas las ejecutorias penales han sido tomadas de ESPINO PÉREZ, Julio. *Código Penal. Concordancias*. 6ª ed. Lima: Sevillano, 1982, pp. 64-66.

> ser muy severa, a pesar de la gravedad del delito, por lo dispuesto en los artículos 45 y 51 (que se refiere a las condiciones subjetivas del inculpado que tendrá que apreciar el juez al momento de aplicar la pena) del Código Penal y porque las supersticiones y costumbres bárbaras de dichos indígenas no pueden ser abolidas con penas drásticas.

Con Ejecutoria del 4 de agosto de 1941, siempre en materia de homicidio, se decidió lo siguiente:

> El homicidio perpetrado en forma ocasional, por un indígena semicivilizado, al ser agredido por el agraviado, y en el que ha concurrido exceso en la legítima defensa, debe sancionarse en forma prudencial. La mutilación posterior del cadáver, debido a superstición y prejuicios del agente, no por maldad, no agrava su condición jurídica.

En materia de lesiones, con Ejecutoria del 6 de agosto de 1963, se sentenció que: «Tiene responsabilidad muy limitada la indígena semicivilizada, analfabeta, que no habla castellano, quien actuó violentada por las acusaciones del agraviado, ante la autoridad y que en un altercado agredió a este lesionándolo».

En materia de *servinakuy*, se presentaron serios problemas, por cuanto esta costumbre (si se configuraba una convivencia con una menor de edad) colisionaba con algunos tipos delictivos (violación de menores o seducción, según el abrogado Código Penal de 1924). Así, mediante Dictamen del Fiscal Supremo, de fecha 8 de enero de 1943, se relata el siguiente hecho:

> Víctor Berrocal celebró con Juana Sabina Peña la ceremonia del «sirvinacuy» o matrimonio a prueba y, después de tres años de convivencia, por no resultar conveniente a su vida, pues la mujer, que era menor de edad, no cumplía sus obligaciones referentes a la ayuda en el trabajo, se separaron, motivo por el cual la madre del menor denunció el hecho ante el juez instructor.[172]

[172] *Anales judiciales de la Corte Suprema de la República*. Año Judicial de 1943. Tomo XXXIX. Lima: Imprenta Americana, 1944, p. 17.

El Tribunal Correccional de Abancay impone a Berrocal la pena de 60 días de prisión condicional, reparación civil y una pensión alimenticia para el hijo procreado. El Fiscal del Tribunal Correccional, con el fundamento de «peculiaridad del caso»,[173] interpuso recurso de nulidad. Resulta revelador del temperamento ideológico en nuestro país durante la década de los cuarenta y respecto al *servinacuy*, el siguiente pasaje del Dictamen del Fiscal Supremo:

> [...] la sentencia recurrida sostiene que, por haberse realizado la ceremonia del «sirvinacuy» o matrimonio a prueba, mediante la cual la mujer pasa a poder del prometido en calidad de amante, con el consentimiento de los padres y en presencia de testigos y padrinos, no puede hablarse de delito de violación o de la figura contenida en el artículo 199 del Código Penal (violación de menores), sino simplemente de seducción, previsto en el artículo 201 del mismo Código; que además la menor no se encontraba virgen, pues había tenido relaciones tanto con el acusado como con tercera persona, lo que revela el conocimiento de la agraviada con respecto al acto que iba a practicar; y, por último, que tratándose de un indígena semicivilizado, de escasa cultura, la responsabilidad debía graduarse con arreglo a las disposiciones contenidas en los artículos 45 y 90 de la ley penal.[174]

En atención a lo expuesto, el Fiscal Supremo concluye que «el acto practicado por el acusado con la agraviada, sin constituir una violación, es un abuso deshonesto».[175] La Corte Suprema, mediante Resolución del 12 de mayo de 1943, define al *servinacuy* como «la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio que consiste en el consentimiento de los padres para que la hija conviva con el novio durante un período que permita comprobar la conveniencia del matrimonio».[176] En dicha Resolución se establece que «lo que se deja expuesto, permite aplicar al caso el artículo 87 del Código Penal, ya que se trata de infracción cometida por ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró

[173] *Ibid.*, p. 18.
[174] *Ibid.*, *loc. cit.*
[175] *Ibid.*, p. 19.
[176] *Ibid.*, p. 20.

como lícito».[177] En atención a ello, se redujo la condena condicional de 60 a 15 días, confirmando lo demás que contenía la sentencia impugnada.

En el ámbito de la doctrina, se observó que «el problema está en que gran parte de nuestras mayorías nacionales viven dentro de otro cuadro de condiciones sociales, económicas, en otro tipo de mundo, con otra clase de relaciones y, para ellos, estos códigos resultan absolutamente fantásticos, como de ciencia ficción, pues nada tienen que ver con su realidad cotidiana».[178] Ello evidencia que un país pluricultural como el nuestro debe estar normado, lógica y naturalmente, por un pluralismo jurídico. El hecho de que los operadores jurídicos del derecho formalmente válido asuman una actitud intolerante y sancionen solo con su derecho generaría situaciones manifiestamente injustas. Tampoco es admisible que se permita, sin ningún tipo de limitación, el exacto contrario: ello generaría una suerte de anarquía jurídica. ¿Cuál es, entonces, la *medietas* aristotélica? Se responde afirmando que: «[...] la civilización occidental tiene ciertos elementos que, por considerar fundamentales, pretende imponer sobre las otras, aunque estas no lo quieran —claro que todas las civilizaciones han tenido sus propios núcleos que habrán pretendido imponer sobre las demás, lo cual no es una particularidad de esta civilización occidental—, llámese derechos humanos o llámense aspectos fundamentales de la dignidad humana, que no son materia de transacción. Entonces, cuando ese tipo de derechos consuetudinarios tocan esos aspectos, no es posible permitirlo».[179]

Autorizada doctrina italiana ha afirmado que la máxima *ignorantia iuris non excusat*, en sus orígenes (en contra de lo que se podría pensar), «no tenía un valor absoluto en el derecho romano»[180] y, actualmente, se propone una interpretación restrictiva de la misma, por cuanto: «[...] la

---

[177] *Ibid.*, p. 21.

[178] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Entrevista». *Thémis*, segunda época, n.º 15, 1989, p. 9.

[179] *Ibid., loc. cit.*

[180] Así, «se hacía la diferencia entre ignorancia en materia civil (Decretos 13, 7, 16, 1) y se establecía la regla, según la cual estaban exentos de imputabilidad los menores de veinticinco años y las mujeres, estas últimas *propter sexus infirmatis*, en razón de la debilidad de su sexo. La afirmación de este principio fue hecha bajo el imperio de Valentiniano y Teodosio (311-392) como precisa fórmula política: *Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulares permittimus* y desde entonces esta se ha convertido en un atributo del poder soberano entendido como fuerza ejercitada con la ley» (FROSINI, Vittorio. *La lettera e lo spirito della legge*. 3ª ed. Milán: Giuffrè, 1998, pp. 26-27).

máxima latina [...] sería entendida no ya en el sentido que el ciudadano está obligado a conocer todas las leyes o, al menos, aquellas que lo atañen directamente o, al mínimo, aquella que ha violado, en el caso específico de la sobrevenida incriminación; sino en el sentido que la ignorancia de quien está obligado a observar las leyes no lo exime de la aplicación de las consecuencias de leyes a su cargo por parte del magistrado, que conoce la ley. Como se ha dicho, el mensaje legislativo se dirige, en primera instancia, a sus intérpretes y ejecutores, es decir, a quien debe hacer observar la ley, y solo, en última instancia, a quienes deben observarla como generalidad de ciudadanos. Esta es la certeza del derecho como su dureza práctica, como hecho y no como forma».[181]

En materia de Derecho Penal, se observa que: «[...] la aplicación de la ley penal en un Estado social y democrático de derecho no puede abandonar el principio de culpabilidad, según el cual la pena solo puede imponerse al autor de una acción u omisión dolosa o, al menos, culposa, que tuvo la posibilidad exigible de adecuar su conducta conforme a derecho.

Es este principio que se desprende de la Constitución Política del Perú[182] el que fundamenta la inaplicabilidad de la pena en el caso de error de prohibición inevitable. Por ello, cuando la inevitabilidad del error provenga de la imposibilidad de comprensión de la norma penal debida al condicionamiento cultural, la conducta, si bien típica y antijurídica, debe considerarse inculpable y, por lo tanto, impune».[183]

Por fortuna, los tiempos (así como los «indígenas semicivilizados») han cambiado y la Constitución de 1993 ha revaluado considerablemente a la costumbre.[184] En efecto, se parte de la consagración, en el artículo 2.19

---

[181] *Ibid.*, pp. 28-29.

[182] El autor se está refiriendo al apartado d) del inciso 24 del artículo 2, que establece que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley».

[183] BOVINO, Alberto. «Culpabilidad, cultura y error de prohibición». *Thémis*, segunda época, n.º 15, 1989, p. 36.

[184] Y ha desterrado la complicada e incomprensible creación lingüística de su predecesora: *principios generales que inspiran el derecho peruano*, que todavía subsiste literalmente en el Código Civil. Sin embargo, se debe recordar que el artículo 51 de la Constitución consagra el principio de prevalencia de la misma sobre toda norma legal. Por consiguiente, esta produce una eficacia modificatoria del Código Civil. Cf. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia». En: AA.VV. *Tratado de Derecho Civil*, t. I (Título Preliminar). Lima: Universidad de Lima, 1990, pp. 56 y ss.

del derecho a la identidad étnica y cultural, que se encuentra en concordancia con el tercer párrafo del numeral 89, en el cual se prescribe que «el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas». El artículo 139, en su inciso 8, reclama como principio de la función jurisdiccional no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, y que, «en tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». Dicho principio deja de ser un mero enunciado si leemos el artículo 149, que prescribe que:

> Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.
> La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial (el subrayado es mío).

Percibimos en estas disposiciones que el constituyente ha sido más sensible a los requerimientos de la experiencia social y ha comprendido que a los grupos culturalmente diferenciados les corresponde un tratamiento jurídico especial y dentro de ciertos límites evidentemente. Se ha criticado que nuestro ordenamiento jurídico rige para una minoría. Esta observación no puede pasar desapercibida si tenemos en cuenta que las estadísticas nos arrojan que un 59% de la población peruana es indígena (entendida como un concepto cultural y no racial), con costumbres que son ajenas a un orden jurídico de influencia eminentemente europea. La flexibilidad en los criterios que tenga el operador jurídico para aplicar la ley o la costumbre en un caso determinado es un paso adelante que nos revela un nivel de maduración en la sensibilidad jurídica del intérprete.

En vez de hacer una discriminación entre costumbre *secundum legem, contra legem* o *praeter legen*, debemos constatar si esta corresponde al valor justicia y no limitarnos a hacer una simple constatación de la costumbre con las normas legales. Lejos de proponer una suerte de anarquismo jurídico, debemos propiciar una administración de justicia más atenta a la realidad nacional que a modelos jurídicos que tienen una aplicación limitada en determinadas zonas geográficas de nuestro país. En tanto el Perú sea un Estado pluricultural, debemos interpretar los modelos jurídicos en función del contexto socio-cultural en donde los hechos se presentan. He ahí la

importancia del redimensionamiento del valor de la norma consuetudinaria.

La revalorización de la costumbre se ha hecho también patente en el Código Penal de 1991 cuando en su artículo 15 leemos que: «El que por su *cultura* o *costumbres* comete un hecho punible, sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando, por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

Esta disposición concuerda con el numeral 45.2 del mismo texto legal cuando se establece que el juez deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar la pena, la cultura y costumbres del agente. Ello resulta de suma importancia, porque nos revela a un legislador penal más sensible que ha dado un salto de calidad de un modelo jurídico que (solo) atenuaba la pena para «los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo» a un modelo jurídico que exonera o limita la responsabilidad penal a los «que por su cultura o costumbres comete(n) un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su(s) acto(s)»). Estos modelos jurídicos, que siguen el principio constitucional del respeto de la identidad cultural, pueden ser entendidos como una suerte de rescate que se hace del planteamiento historicista savigniano, vale decir, un legislador que se preocupa por ser intérprete de la historicidad de su realidad social.

CUARTA PARTE

VON IHERING Y EL VIAJE AL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS
(con un aterrizaje forzoso en la sociología jurídica)

> El derecho existe para realizarse. Lo que no existe más que en las leyes es un fantasma.
>
> Rudolf VON IHERING. *Abreviatura del espíritu del derecho romano.*

1. Premisa: el sueño imaginario de von Ihering

Von Ihering, en 1884, a la edad de 66 años, publica *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Bromas y veras en la ciencia jurídica)*. En la parte III de este libro, titulada «En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía», el autor imagina un sueño, en el cual él mismo viaja a ese cielo, en el que el aire atmosférico es veneno para los espíritus que habitan ahí, por cuanto: «[...] en este mundo de los conceptos, no existe la vida tal como la concebís. Es el reino de los pensamientos y de los conceptos abstractos que se han venido gestando a partir de ellos mismos, por vía de la generatio aequivoca lógica, con total independencia del mundo de la realidad. Por eso, rehuyen todo contacto con el mundo terrenal. Hasta el recuerdo del mundo debe ser borrado de la mente de los que piden aquí el ingreso».[185]

Para aquellos que no habían conseguido borrar ese recuerdo, debían beber de un manantial semejante al río Leteo de la mitología griega: «un trago basta para sumir en un completo olvido todas las concepciones que aún lleven vestigios de la vida real. Pero muy pocos de los que solicitan ingreso aquí sienten necesidad de hacer uso de ese manantial.[186]

Así como Dante fue conducido por Virgilio en *La Divina Comedia*, von Ihering fue conducido por el espíritu de un profesor de derecho romano

---

[185] VON IHERING, Rudolf. *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*. Madrid: Civitas, 1987, pp. 218-219.

[186] *Ibid.*, p. 219.

(cuyo nombre, al haber bebido este espíritu de la fuente del olvido, no recordaba). Al ser llevado a la palestra de los ejercicios gimnásticos, von Ihering preguntó por una máquina que le llamó la atención. El espíritu respondió que se trataba de una «partidora de pelos»,[187] cuya característica era la de dividir un cabello en 999.999 partículas iguales. Con este pasatiempo se genera un concurso, en el que se le dan a los competidores cabellos cada vez más pequeños para partirse. Algunos competidores han logrado dividir la partícula de 1/999.999 en otras 999.999 fracciones: «el campeón recibe como premio unas coronas como la de laureles, consistente en pelos partidos por él mismo, que conserva hasta que algún otro lo supere».[188]

Antes de ser sometido von Ihering a un examen para su ingreso, el espíritu le reza la siguiente profesión de fe: «Creo que todas las verdades jurídicas le han sido dadas al hombre por la Naturaleza y le son innatas, y que, por lo tanto, el hombre solo necesita pensar con energía para hacer aflorar todas las riquezas que, en forma embrionaria, yacen en su raciocinio. El hombre lleva en su sentimiento jurídico, que, por habérselo dado la Naturaleza, es siempre el mismo en todos los pueblos y en todas las épocas, todas las verdades jurídicas generales; la diversidad histórica de los derechos, que parecería ser incompatible con esto, debe imputarse en parte a la imperfección del pensamiento, en parte a la legislación positiva, que es movida por el arbitrio o por meras razones de conveniencia».

El más destacado expositor (y luego agudo crítico[189]) del método de la jurisprudencia de conceptos rechaza este juramento y después se despierta.

2. El planteamiento del método de la jurisprudencia de los conceptos

Si nos atrevemos a decir que el formalismo y la dogmática son hijos del positivismo, llegaremos a la conclusión de que la jurisprudencia de los conceptos o conceptualismo jurídico (*Begriffjurisprudenz*) es la nieta del

[187] El traductor del texto que estoy citando aclara que «*partir pelos* (verticalmente) tiene en alemán, en sentido figurado, el significado de nimia escrupulosidad, meticulosidad excesiva» (*Ibid.*, p. 221).

[188] *Ibid., loc. cit.*

[189] Como lo advierte HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945, p. 105.

positivismo. Para von Ihering, «el método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el medio único suministrado por el mismo derecho en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica».[190] Dentro de este contexto: «[...] cualquier hombre, lo mismo que el jurista, es apto para aprender textos legales, pero el buen sentido por sí solo no basta para comprender el derecho y aplicarlo. Es preciso para ello una doble cualidad: el *poder* particular de concepción, que no se adquiere sino con un gran número de años, de esfuerzos y de ejercicio y de la educación particular del pensamiento abstracto. Después viene la *intención jurídica*, o sea, el talento operatorio, con ayuda de las nociones de derecho, la facultad de transformar simultáneamente lo abstracto y lo concreto, el golpe de vista y la concepción clara de los principios de derecho en las especies propuestas (diagnóstico jurídico), en una palabra, el arte jurídico, cualidades todas que reunidas forman la educación jurídica».[191]

Von Ihering concibe al derecho como «un organismo objetivo de la libertad humana»[192] y, para entender este organismo, desarrolla las reglas[193] contenidas en sus leyes o códigos a través de las definiciones de los conceptos[194] contenidos en dichas reglas. Sin embargo, esta labor interpretativa debe tener en cuenta la experiencia social.[195] En este escenario, juega un rol importante lo que el mismo von Ihering denomina la simplificación del derecho.

La simplificación del derecho es de dos clases, a saber, cuantitativa y cualitativa. La simplificación cuantitativa «obedece a la idea de que cuanto

---

[190] VON IHERING, Rudolf. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 86.

[191] *Ibid.*, p. 88. Es dentro de este orden de ideas que debemos entender la conocida expresión del autor cuando, más adelante, dice que «los verdaderos juristas de todos los países y de todas las épocas hablan el mismo lenguaje» (*op. cit.*, p. 89).

[192] VON IHERING, Rudolf. *Abreviatura del espíritu del derecho romano*. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947, p. 23.

[193] Se sostiene que «las reglas no son más que los puntos prácticos, culminantes y externos del derecho, pero que no abarcan y agotan su contenido real ni en intensidad ni en extensión» (VON IHERING, Rudolf. *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 26).

[194] Por ello, Rudolf VON IHERING opina que «esta conversión de las reglas en definiciones jurídicas es lo que diferencia el desarrollo de la ciencia del derecho de su exposición en un código» (*Abreviatura del espíritu* ..., p. 28).

[195] Así, «no hay modo de entender el derecho de un pueblo y una época abstrayéndolo de su fondo viviente, de su correlación con la vida real». *Ibid.*, p. 35).

más reducido es el material, más fácil es su manejo: tiende a hacer todo lo posible con el menor número de elementos. Podría llamarse la *ley de la economía*».[196] Esta ley se cumple mediante las siguientes operaciones:

a) Análisis de la materia o su reducción a partes fundamentales simples. En esta parte, von Ihering propone descomponer el derecho en una serie de signos, al cual denomina *alfabeto del derecho*, en el que «las nociones abstractas son como las consonantes y las concretas como las vocales»[197] y «las letras del alfabeto del derecho deben ser más numerosas que las del lenguaje y exigen una corrección y una exactitud mucho mayor».[198]

b) Concentración lógica de la materia, que va en sentido opuesto a la operación anterior, debido a que une y concentra. En efecto, «no es una operación puramente jurídica, sino un procedimiento lógico universal que consiste en abstraer de especies determinadas un principio y expresarlo de una forma nueva, lógica y enérgica».[199]

c) Orden sistemático de la materia, que se trata «de una sencilla clasificación que permite encontrar más fácilmente los materiales recogidos y da una idea concentrada de la ciencia de que se trata; es decir, la indicación en forma de cuadro sinóptico de lo que constituye cada objeto o noción y la manera de enlazarse a todo el resto del organismo de la ciencia».[200]

d) Terminología jurídica, utilizada con el propósito de simplificar el uso de una idea.[201]

e) Arte de emplear hábilmente lo que existe, advirtiéndose que «muchas veces la jurisprudencia tiene que hacer violentos esfuerzos para permanecer fiel a esta regla y emplear medios artificiales, rodeos y vueltas, agotando el uso de los medios existentes hasta los límites más extremos y ayudándose mañosamente para utilizar solo lo que tiene ya a mano».[202]

La simplificación cualitativa es «el orden interno, la simetría, la unidad del objeto que tienden al mismo fin. Cuando las partes del derecho, exactamente limitadas y separadas, se reúnen, sin embargo, en una sola

---

[196] *Ibid.*, p. 230.
[197] *Ibid.*, p. 236.
[198] *Ibid.*, p. 237.
[199] *Ibid.*, p. 239.
[200] *Ibid.*, p. 231.
[201] *Ibid., loc. cit.*
[202] *Ibid.*, p. 401.

unidad, el pensamiento puede abarcar tan fácilmente las partes como el conjunto».[203] En esta parte, juega un rol fundamental la construcción.

Von Ihering distingue la interpretación inferior de la interpretación superior. La primera surge de un «primitivo» derecho de forma imperativa, en el cual solo se permite al operador jurídico «explicar la materia, resolver sus contradicciones, aclarar los puntos oscuros, precisar los inciertos y deducir el principio de las disposiciones existentes».[204] El mencionado autor llega a la conclusión de que «esta interpretación no crea nada nuevo, sino que pone en claro los elementos jurídicos ya existentes».[205] La interpretación superior proviene de la denominada alta jurisprudencia o método de la historia natural. El primer tipo de interpretación se distingue de este último por cuanto la interpretación inferior se centra en las disposiciones del derecho y sus principios, mientras que la interpretación superior en las «instituciones jurídicas, nociones jurídicas».[206] Von Ihering, que prefiere llamar cuerpos jurídicos a las instituciones,[207] establece que estos se distinguen (unos de otros) por su estructura, es decir, «por sus elementos anatómicos: sujeto, objeto, contenido, efecto, acción».[208] En este escenario, la construcción jurídica consiste en la aplicación de la alta jurisprudencia o método de la historia natural en la materia jurídica.[209] Esta tiene por objeto la organización de los cuerpos jurídicos y tiene, a saber, tres leyes:

a) La construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo, así «como las reglas positivas son los únicos puntos de la línea, la construcción debe respetar el contenido para conservar entera libertad respecto a la forma, pudiendo inventar hasta formas enteramente nuevas y dar distintas configuraciones jurídicas a una sola disposición positiva».[210]

---

[203] *Ibid.*, pp. 231-232.

[204] *Ibid.*, p. 242.

[205] *Ibid., loc. cit.*

[206] *Ibid.*, p. 242. El autor sostiene, asimismo, que «la institución jurídica no es solo una reunión de disposiciones jurídicas aisladas sobre una cierta relación, sino existencias, individualidades lógicas de seres jurídicos a las que animamos de una vida individual y, en tal sentido, nacen, mueren, actúan, entran en lucha, tienen misión y fines y para realizarlos disponen de fuerza» (*op. cit.*, pp. 242-243).

[207] Así, «de buena gana las llamaría seres jurídicos, pero prefiero la denominación de *cuerpos jurídicos* (en oposición a la simple *sustancia* o *materia* jurídica)» (*Ibid.*, p. 243).

[208] *Ibid.*, p. 244.

[209] *Ibid.*, p. 246.

[210] *Ibid.*, p. 247.

b) La unidad sistemática o falta de contradicción, asumiendo como condición que la ciencia no puede admitir imposibilidades jurídicas. Esta coherencia lógica reviste particular interés frente a la natural evolución del contexto social. Por ello, se afirma que, «en la ciencia como en el derecho, existe el progreso eterno: el horizonte intelectual se ensancha, se amplía el círculo de lo posible, ya por propia virtud de la ciencia o porque se imponga enérgicamente como necesidad práctica lo que antes era jurídicamente imposible. La ciencia entonces tiene que cambiar las nociones y las doctrinas vigentes por las nuevas o adaptar estas hábilmente de modo que concuerden con el dogma antiguo».[211]

c) La ley de la belleza jurídica, haciendo la advertencia de que se entiende a la belleza como sinónimo de perfección. Así, «puede decirse que la construcción es más sencilla cuanto más perfecta es [...]. La construcción es clara cuando hace fácil a la inteligencia la relación de que se trata [...]; es transparente si el asunto que entraña aparece con claridad en todas sus consecuencias [...]; y es natural cuando no pretende abolir o perturbar los fenómenos del mundo físico intelectual».[212]

Cumplidas estas leyes, «el sistema que resulta de la construcción es la forma práctica más ventajosa de una materia dada y además el origen de una materia nueva».[213]

3. El otro von Ihering: arrepentido conceptualista que se convierte en sociólogo del Derecho

Von Ihering, al publicar *La voluntad en la posesión*, en 1869 (aproximadamente 17 años después de la primera publicación de *El espíritu del derecho romano*), confesó lo siguiente: «[...] aunque en mi juventud fui entusiasta partidario de la tendencia formalista, poco a poco me he convencido de su falsedad y, al fin, no he cejado un momento en combatirla. Primeramente lo hice en varios artículos publicados sin dar mi nombre, anónimos —1861-1863—; más tarde, en mi Espíritu del derecho romano (V.IV, párrafo 60;

[211] *Ibid.*,, p. 248.
[212] *Ibid.*, p. 249.
[213] *Ibid.*, p. 250.

1864)[214]; luego en mi trabajo sobre El fundamento de la protección posesoria (1867); y, por último, en scherz und *Ernst in der Jurisprudenz* (1884). Esta misma convicción es la que me ha inspirado la idea de una gran obra, titulada Zweck im Recht (El fin en el Derecho). Para acabar con el apriorismo de los conceptos en la jurisprudencia, nada he encontrado mejor que presentar la prueba de que, en Derecho, la idea de fin es la única potencia creadora y que el imperio que se atribuye la lógica es usurpado».[215]

En 1872, von Ihering, invitado por la Sociedad Jurídica de Viena, dictó la conferencia titulada «La lucha por el Derecho». Es aquí donde se percibe a un autor un tanto desencantado del poderío de la ciencia jurídica y aferrado a la fuerza que le da a esta la sociedad. Observa que «el poder de estos dos agentes, las relaciones y la ciencia, es limitado; pueden dirigir el movimiento en los límites fijados por el derecho existente, impulsarle, pero no le es dado derribar los diques que impiden a las aguas tomar un nuevo curso»:[216] esta apreciación deja ver la superación de la formalidad de los conceptos jurídicos para llegar al contenido de los mismos, es decir, a la experiencia social.

Von Ihering, en su nuevo planteamiento, sostiene que «el Derecho, considerado en su desenvolvimiento histórico, nos presenta, pues, la imagen de la investigación y la lucha; [...] el Derecho debe estudiar y buscar sin cesar el verdadero camino y, cuando lo ha encontrado, derribar todos los obstáculos que se oponen e impiden avanzar».[217] Concluye que «la lucha que exige el Derecho para hacerse práctico no es un castigo: es una bendición».[218] Sin embargo, su nueva posición estaba permeada de una fuerte dosis crítica sobre el hombre y la sociedad. Como fuera anunciado, en 1877, von Ihering publica *El fin en el Derecho*, en el cual detalla los que él considera los tres aforismos fundamentales del derecho objetivo de la siguiente manera: «La posición del hombre en el mundo se sintetiza con

---

[214] En efecto, la preocupación por el dato sociológico no estaba ausente en *El espíritu del derecho romano*, en el cual von Ihering llegó a decir que «no hay modo de entender el derecho de un pueblo y una época abstrayéndolo de su fondo viviente, de su correlación con la vida real» (*Ibid.*, p. 34).

[215] VON IHERING, Rudolf. *La voluntad de la posesión. Con la crítica del método jurídico reinante*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1910, pp. 10-11.

[216] VON IHERING, Rudolf. *La lucha por el Derecho*. Madrid: Civitas, 1985, p. 64.

[217] *Ibid.*, p. 66.

[218] *Ibid.*, p. 69.

tres aforismos: los dos primeros, concernientes a su derecho; el tercero indica sus deberes en el mundo:

1. Existo para mí.
2. El mundo existe para mí.
3. Existo para el mundo.

Son las tres piedras angulares de todo el orden del derecho, como de todo el orden moral del mundo. Sobre ellas reposa todo: la vida privada, la vida familiar, las relaciones, la sociedad, el Estado, las relaciones de los pueblos, su razón de recíproco destino en los contemporáneos como en los pasados».[219]

La jurisprudencia de los conceptos puede ser un interesante laboratorio de interpretación de los modelos jurídicos del operador del derecho. A continuación, voy a analizar unos precedentes que interpretaron de una manera justa un dispositivo legal en materia de filiación extramatrimonial, que dieran como resultado la posterior modificación del Código Civil:

> Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia
> Resolución N.º (8 de julio de 1997)
> Expediente N.º 3114-96
>
> EXCLUSIÓN DE NOMBRE COMO PADRE EXTRAMATRIMONIAL EN PARTIDA DE NACIMIENTO-LEGITIMIDAD PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL-JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO CIVIL ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY N.º 27048.
>
> Que si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil son cinco los supuestos legales para la investigación judicial de la paternidad, no es menos cierto que dichas previsiones legales no tienen otro objeto que acercar a la ley y, por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a la ley y, por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial

[219] VON IHERING, Rudolf. *El fin en el Derecho*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960, pp. 37-38.

ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a ley, de manera que si hoy día el avance científico de la ciencia médica, sobre todo en la genética, permiten la misma aproximación, ello no debe ser descuidado ni desdeñado, ya que el propio Código Civil de mil novecientos ochenta y cuatro se acercaba a la investigación científica de la paternidad con la previsión del artículo 413 cuando admite como válida la prueba negativa de los tipos sanguíneos.

Que, en consecuencia, haciendo de ello una interpretación «a fortiori», esto es, con mayor razón, la prueba genética de la determinación de la paternidad por la vía del análisis celular del ácido desoxiribonucleico (ADN) está contenida en el espíritu del texto legal, sobre todo en la primera parte, in fine, del ya citado numeral 413, cuando se refiere que: «En los juicios sobre declaración de paternidad [...] extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica [...].

Que, en consecuencia, siendo el objeto legal de la investigación judicial de la paternidad extramatrimonial la determinación fehaciente de tal filiación, el numeral 402 del Código Civil establece, en realidad, parámetros legales inductores del modo y forma de llegar a tal convicción, donde una prueba de carácter científico, como la genética del ADN, de valores caso absolutos, encuadra perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el juzgador sin reserva ni limitaciones, tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendo del Instituto de Medicina Legal (el subrayado no es del original).

4. El caso

Un niño nace el 9 de mayo de 1989 y su madre (soltera) lo inscribe en el Registro del Estado Civil de la Municipalidad de San Martín de Porres. En la Partida de Nacimiento, la madre indica el nombre de la persona con la cual tuvo el niño. El presunto padre (erróneamente) interpone una demanda de impugnación de paternidad, solicitando que se excluya su referencia como padre extramatrimonial del menor. La Sala Civil entiende que la pretensión denominada «impugnación de paternidad» es impropia, por

cuanto está fuera de los alcances del artículo 399 del Código Civil, ya que no se persigue negar el reconocimiento hecho por la madre sino excluir el nombre del demandante. Como consecuencia de ello, «quien no ha reconocido un hijo extramatrimonial ni le ha sido reconocido para él conforme a ley, carece de legitimidad para impugnar un reconocimiento que no ha producido». Un dato adicional es que el demandante, anteriormente, fue sentenciado como «padre alimentista» del menor.

5. Las cuestiones

5.1 Sobre la interpretación innovadora de los modelos jurídicos

El legado que nos dejó el joven Ihering, devoto defensor de la jurisprudencia de los conceptos, es que de los dispositivos legales se podría crear una jurisprudencia superior, que no se limite a ser una fedataria de erratas, sino que llegue a crear nuevos horizontes en la aplicación de la ley. Esto es lo que pasó con la jurisprudencia que interpretó el artículo 402 del Código Civil, antes de la reforma por la Ley N.º 27048, del 6 de enero de 1999.

Para tener una visión clara sobre cómo eran las coordenadas legislativas antes de la reforma, debemos precisar que el artículo 402 del Código Civil contenía cinco supuestos de hecho (escrito indubitable, posesión constante de estado, concubinato durante la época de la concepción, violación y seducción con promesa de matrimonio), por los cuales se podía solicitar la declaración de paternidad extramatrimonial. En caso de que no se pudiere acreditar una de estas causales, se podía solicitar judicialmente (al presunto padre) una pensión alimenticia hasta que el menor (producto de las relaciones sexuales extramatrimoniales acreditadas durante la época de la concepción) llegue a cumplir 18 años, ex artículo 415 del Código Civil, que utiliza (hasta ahora) la impropia denominación de *hijo alimentista*.

Las pruebas de grupos sanguíneos u otras de validez científica solo eran consideradas como pruebas de descarte de paternidad, según el artículo 413 del Código Civil (repito, antes de la reforma). En este contexto de dispositivos legales, la naturaleza que se le daba al elenco de supuestos de hecho contenidos en el artículo 402 del Código Civil era de una cláusula cerrada o *numerus clausus*, es decir, basada en el principio de la tipicidad: solo se podían amparar las causales ahí previstas y no otras.[220]

[220] Se distinguen los elencos legislativos disyuntivos de los acumulativos. Los

Con la Resolución materia de este comentario, de la cual ha sido vocal ponente el profesor Aníbal Quiroga León, se rompió este esquema: frente a los incontenibles avances de la ciencia, ¿cabía rechazar la prueba genética del ADN, que acredita en casi 100% la paternidad, por el hecho de no estar prevista por el artículo 402 del Código Civil? Los vocales de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima entendieron, con acierto, que no. En efecto, al superar la realidad los esquemas de los dispositivos legales, se incluyó esta prueba, interpretando que el elenco de las causales contenidas en este artículo eran de carácter ejemplificador y que lo que más importaba era «acercar a la ley y, por lo tanto, al juez, a la veracidad de los hechos en una filiación extramatrimonial ante la ausencia de reconocimiento expreso conforme a la ley».

Esta decisión sigue una orientación jurisprudencial y doctrinaria[221] que ya advertía la necesidad de ensanchar los supuestos de hecho contemplados en el primitivo artículo 402 del Código Civil. Así, el Dictamen Fiscal N.° 594-92-MP-FN-FSC, del 3 de setiembre de 1992, estableció que:

> Si bien el artículo 402 del Código Civil no ha considerado el hecho demostrado —relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción— dentro de los casos en los que judicialmente, se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, pero ello no puede dejar sin

---

primeros son aquellos «elencos en los cuales el supuesto de hecho que preside al elenco se realiza en presencia *aunque sea de un solo* miembro del elenco» (TARELLO, *op. cit.*, pp. 130-131). Los elencos acumulativos son aquellos en los cuales «el supuesto de hecho normativo que preside al elenco se realiza solo si se verifica la presencia de *todos* los miembros del elenco» (*Ibid.*, p. 131). Dentro de los elencos disyuntivos, se distingue —a su vez— los elencos taxativos y los *ejemplificativos*. Los primeros son «los elencos disyuntivos completos, es decir, aquellos en los cuales el intérprete no puede agregar otros miembros distintos a los que están comprendidos en el elenco» (*Ibid.*, pp. 132-133). Son elencos disyuntivos *ejemplificativos* «los elencos disyuntivos incompletos y *completables* por el intérprete, el cual puede agregar otros miembros al elenco» (*loc. cit.*).

[221] Así, VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. «Hacia una filiación biológica». *Revista jurídica del Perú*, año XLVII, n.° 11, 1997, pp. 45 y ss.; MARTÍNEZ COCO, Enrique. «La filiación biológica y el artículo 402 del código Civil». *Diálogo con la jurisprudencia*, año IV, n.° 8, 1998, pp. 341 y ss.; y GUTIERREZ DUANY, María y Gianella LAVARELLO ALBA. «Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad». *Revista jurídica del Perú*, año XLVII, n.° 13, 1997, pp. 91 y ss.; entre otros.

protección jurídica a una menor «cuya situación es la de un gran sector de la población infantil».[222]

La Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución del 9 de febrero de 1993 (Expediente N.º 271-92), hizo (para variar) suyos los fundamentos del Dictamen Fiscal.

5.2 Las pruebas biológicas: el interés del menor frente al derecho a la integridad y a la vida privada de los presuntos padres naturales

En materia de reconocimiento extramatrimonial, surgen una serie de derechos y principios en conflicto. El primero de ellos es el del interés del menor, que más que un principio se trata de un «típico caso de una cláusula "indeterminada", a punto tal de comprender soluciones contrastantes».[223] En efecto, esta cláusula es de carácter interpretativo y está inspirada hacia un favor respecto del menor. En este sentido, se sostiene que: «[...] la cláusula del interés del menor constituye el instrumento para dar actuación, en la variedad de situaciones concretas, a los prevalecientes derechos del menor, orientando a su realización las decisiones que le atañen. Esta requiere que el juez la tenga en cuenta, no como un concepto abstracto, referido a los menores como categoría, sino en el concreto interés del niño, entendido como persona, del carácter único e irrepetible de su dimensión existencial, del contexto personal, familiar, social y económico en el cual este vive y, en consideración de ello, tome la decisión que para él, en un momento determinado y en cierto ambiente, promueva mejor sus derechos».[224]

Por ello, se afirma que esta cláusula general «es una enunciación expresa; pero indeterminada en el contenido y susceptible de concretizarse por el juez en el momento de aplicación».[225]

---

[222] En comentario de VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. «Análisis constitucional de la investigación jurídica de paternidad». *Diálogo con la jurisprudencia*, año III, n.º 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, pp. 83 y ss.

[223] LEITE DE CONVERTI, Lubia. «Dichiarazione di paternità naturale: prove biologiche e interesse del minore». *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, año X, n.º 4, 1994, p. 535.

[224] FERRANDO, Gilda. «Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali». En: CABELLA PISU, Luciana y Luca NANNI (eds). *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Pádova: CEDAM, 1998, p. 191.

Sin embargo, algunos jueces han entendido de manera un tanto equívoca la cláusula general del interés del menor al no admitir la pretensión de excluir el nombre de quien figura como padre en la partida de nacimiento, al no haber declarado su voluntad en tal sentido. Así, tenemos que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Junín, con Resolución N.º 64 (2 de julio de 1997), Expediente N.º 160-97, ha establecido lo siguiente:

> Que la consignación del nombre como padre de un menor se tiene por no puesta por mandato expreso de la última parte del primer párrafo del artículo trescientos noventa y dos del Código Civil.
> Que no se trata de establecer si el actor autorizó o no el uso de sus nombres. Lo que se pretende es excluir un dato en cuanto al nombre, dato que para nuestro ordenamiento civil definitivamente no existe porque se considera no puesto.
> Que los datos que aparecen en la inscripción de nacimiento definitivamente constituyen parte de su identidad, incluido el nombre de quien dice no ser su padre y el Estado está comprometido a preservar esa identidad, por así mandarlo el inciso primero del artículo ocho de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y ratificada por le Estado peruano mediante Resolución Legislativa veinticinco mil doscientos setenta y ocho de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa.

Por suerte, la Sala Civil de la Corte Suprema de la República corrigió este error conceptual al determinar, con fecha 5 de mayo de 1999, en Casación N.º 2747-98:

> Que el derecho al nombre, que es parte del derecho a la identidad, además de ser un signo distintivo de las personas en sus relaciones jurídicas y sociales, implica el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores; por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla

---

[225] ARRIGO, Tomasso. «Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio». En: CABELLA PISU y NANNI, *op. cit.*, p. 201.

> en la creencia, a través de un documento oficial, de que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad. Que el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad y, en el presente caso, el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, en el sentido de aceptar la paternidad del menor; consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido y el hecho de que se haya consignado el nombre del actor en la comentada partida de nacimiento constituye un acto de usurpación del nombre y, por ende, no puede mantenerse dentro de un instrumento público una afirmación inexacta, lo que demás vulnera la norma de orden público contenida en el artículo veintiuno del Código Civil; por consiguiente, la Sala de Revisión ha efectuado una interpretación errónea de la norma contenida en el artículo trescientos noventa y dos del Código Sustantivo.

La Casación, con mayor criterio, ha entendido que este supuesto de hecho encaja en la figura de usurpación del nombre, regulada en el artículo 21 del Código Civil.[226]

La identidad, que no solamente debe ser entendida de manera estática, vale decir, como identificación, sino de manera dinámica, en tanto «proyección externa de la personalidad»,[227] ha sido definida en una feliz expresión como «el derecho a ser uno mismo».[228] Por ello, en aras del interés del

---

[226] Como precedente tenemos la Resolución de fecha 17 de noviembre de 1998, Casación N.º 1061-98-Junín, en *Diálogo con la jurisprudencia*, año 5, n.º 10, julio, 1999, pp. 144-146. En doctrina nacional, VEGA MERE, Yuri. «La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial». *Diálogo con la jurisprudencia,* año 1, n.º 1, 1995, pp. 93 y ss.

[227] Como distingue acertadamente TOMMASINI, Raffaele. «L'identità dei soggetti». En: ALPA, Guido; Mario BESSONE; Luca BONESCHI; y Giandomenico CAIAZZA. *L'informazione e i diritti della persona*. Nápoles: Centro di Iniciativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene, 1983, p. 86.

[228] DOGLIOTTI, Massimo. «Dirittto all'identità e tutela della persona». En: ALPA, *op. cit.*, p. 174. Entre nosotros, FERNÁNDEZ SESSAREGO define a la identidad personal como «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este plexo de características de la personalidad de "cada cual" se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona*, en su "mismidad", en

menor, se sostiene que este tenga derecho a conocer quién es su padre, es decir, que sepa cuál es su identidad familiar. Sin embargo, este derecho choca con el derecho a la integridad (en tanto respeto de la «esencia unitaria de la naturaleza humana»[229]) o a la vida privada[230] del presunto padre. En efecto, ¿hasta qué punto la negativa del presunto padre a someterse a la prueba hematobiológica puede ser entendida por el juez como una aceptación tácita de su paternidad? ¿Puede ser evaluada de la misma manera una negativa a someterse a esta prueba frente a otras pruebas adicionales[231] que una negativa frente a la sola afirmación de la madre que el demandado es el padre? El reformado inciso 6, del artículo 402 del Código Civil establece, correctamente, lo siguiente: «Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal el demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista [...]».

En efecto, el juez debe evaluar la negativa de acuerdo al caso concreto y no equipararla *sic et simpliciter* a un reconocimiento tácito de paternidad. Resulta interesante observar que, a partir del reconocimiento del «derecho

---

lo que ella es en cuanto específico ser humano» (*Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 113).

[229] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudios de derecho de las personas*. 2ª ed. Lima: Huallaga, 1996, p. 152.

[230] Se sostiene que su «definición debe girar en torno a la protección de la esfera de nuestra existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vida» (MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima: Grijley, 1995, pp. 107-108).

[231] Resulta interesante el precedente que da un valor decisivo a las pruebas testimoniales a efectos de la declaración judicial de filiación extramatrimonial. En efecto, el Dictamen Fiscal N.º 629-93-MP-FN-FSC, del 9 de diciembre de 1993, estableció que «dada la forma explicativa (sic) en que los testigos han respondido las repreguntas formuladas por el apoderado del demandado y el reconocimiento que el mismo ha efectuado sobre dichos hechos y tratándose de un reconocimiento de filiación que lleva implícita una relación sexual, de la cual solo quienes conocen a las partes pueden informar, sobre todo cuando estas forman convicción, resulta prueba suficiente que hace procedente amparar la pretensión, máxime si va aunada a una serie de actos de la madre, tendientes a conseguir el reconocimiento de su hija, desde cuando se encontraba en gestación» (*Diálogo con la jurisprudencia*, año III, n.º 7, 1997, p. 177). La Corte Suprema, con Resolución del 6 de enero de 1994, confirma esta opinión.

a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable», consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española, autorizada doctrina constitucional argentina afirma que «no estar obligado a declarar contra sí mismo significa también, y a la vez, no estar obligado a prestar el propio cuerpo (con su integridad física, síquica y moral) para ninguna clase de prueba. O sea, que este derecho apareja el de negarse a una prueba biológica por extracción de sangre, como también a que se le apliquen sueros a la verdad, se le practique narcoanálisis, o la hipnosis, etc.».[232] Luego, se propone a quien pretenda conocer su identidad familiar, lo siguiente: «tienes derecho a indagar tu filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela judicial efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que no implican violación inconstitucional a los derechos de la contraparte».[233]

Tarea asaz ardua y difícil será la de los jueces que tendrán que establecer jurisprudencialmente la solución frente al conflicto de estos derechos.

[232] BIDART CAMPOS, Germán. «La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación». *Diálogo con la jurisprudencia,* año III, n.º 5, 1997, pp. 241-242.

[233] *Ibid.,* p. 243.

QUINTA PARTE

EL SINCRETISMO DE CARNELUTTI
(o la reencarnación de los conceptos jurídicos)

> El estudioso del Derecho Civil o del Derecho Penal, cuya experiencia está constituida solamente por el Código sin que haya visto nunca un contrato ni un delito, se parece a quien para estudiar la medicina no tenga ante sus ojos más que catálogos de farmacia o de enfermedades. Por desgracia, la historia de la ciencia del Derecho está sembrada de esas caricaturas. Pero las reglas del Derecho no están recluidas en los códigos como en una vitrina; están operando en la vida, esto es, gobernando la vida de los hombres donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia. Hay que verlos operar, es decir, ver cómo se comportan los hombres respecto a esa regla, no solo aquellos a quienes toca mandar sino también aquellos a quienes corresponde obedecer. Solamente así las leyes muestran no tanto su apariencia como su sustancia, es decir, su verdadero valor.
>
> Francesco CARNELUTTI. *Metodología del Derecho.*

1. Premisa

Producto de un debate académico originado por un joven abogado de Turín,[234] que plantea para la ciencia jurídica «en cuanto al objeto, un *normativismo imperativo*, en cuanto al método, un *naturalismo experimental*»[235] y propone que «con el fin de elevar la ciencia jurídica a la dignidad de las ciencias físicas, se requiere aplicar la misma lógica experimental y entender a las normas como puros fenómenos, privados de todo contenido y de

---

[234] COLONNA, Arturo. *Per la scienza del diritto. Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programa metodologico per l'attuazione della scienza del diritto*. Turín: Ernesto Arduini, 1938.

[235] IRTI, Natalino, «La "Metodología del Diritto" di Francesco Carnelutti». En: CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Diritto*. Pádova: CEDAM, 1990, pp. VI-VII.

toda conexión con la práctica aplicativa»,[236] es el libro *Metodología del Diritto*, escrito en 1938. En él, Francesco Carnelutti rescata los criterios que sustentan su tan personal posición. Por ello, se afirma con razón que «la metodología se convierte en autobiografía científica, a tal punto que el pensamiento, volcándose hacia sí mismo, descubre paso a paso las reglas del propio camino. El breviario de método brota del examen de conciencia, de este lúcido y firme replegarse del jurista en el trabajo del jurista».[237]

En efecto, partiendo de la premisa de que «en el campo del trabajo intelectual, la materia prima son *los fenómenos* y el producto son *los conceptos*»,[238] observa que «si la ciencia (digamos, en su ser) tiene por objeto la experiencia, es una experiencia en sí misma (digamos, en su devenir)».[239] No obstante ello, detalla que «la voluntad es verdaderamente la materia prima del Derecho y no hay otra ni más noble ni más misteriosa».[240]

Si bien es cierto que, en una primera aproximación, Carnelutti pueda parecer un tanto ecléctico, cuando entiende a la «materia jurídica» como un «complejo de las normas jurídicas»[241] y, posteriormente, se percibe cierta aprehensión meta-jurídica (aunque no muy clara) en su concepción del Derecho, al afirmar que «son, pues, las reglas que están *sobre el Derecho* las que buscamos para enseñar a construir, a maniobrar, a observar las reglas que están *dentro del Derecho*; en otros términos, buscamos *la ley de la ley*»[242], no hay lugar a dudas: Carnelutti es un confesado positivista, por cuanto para él «el Derecho como tal no es ni puede ser de otro modo sino positivo, complejo del mando humano. Lo que está sobre el Derecho no es ni puede ser Derecho».[243]

Retomando el hilo conductor de este pensamiento, entendiendo a la materia jurídica como un conjunto de reglas, se precisa que «las reglas son

---

[236] IRTI, *op. cit.*, p. VII.

[237] *Ibid., loc. cit.*

[238] CARNELUTTI. *Metodología del Derecho*. México D.F.: Unión Tipográgica Editorial Hispano-Americana, 1940, p. 13.

[239] *Ibid.*, p. 16.

[240] *Ibid.*, p. 43.

[241] *Ibid.*, p. 20. El autor precisa que «las normas jurídicas no son, a su vez, otra cosa que reglas del obrar» (*loc. cit.*).

[242] *Ibid.*, p. 21. Asimismo, admite la influencia de la Economía en el Derecho cuando afirma que «es dudoso que el Derecho llegue a dominar la Economía, pero es cierto que la Economía regula el Derecho y no es raro el caso de que el Derecho no opere porque, de una parte o de otra, las cuentas están equivocadas» (*op. cit.*, 25).

[243] *Ibid.*, p. 27.

relaciones, no fenómenos»[244] y que «la regla jurídica no es verdaderamente el dato que observar sino el resultado de la elaboración de un dato distinto».[245] Entonces, son objeto de observación todos los «actos jurídicos, no solo los legislativos sino también los procesales, administrativos, lícitos o ilícitos, civiles, comerciales o penales, las sentencias como los contratos, los testamentos como los delitos».[246] Por ello, Carnelutti sostiene, enfáticamente, que «el científico del Derecho que conoce la ley pero no conoce, por ejemplo, el contrato, o no ha tenido ante sus ojos numerosos ejemplares de contratos de todas las cualidades posibles, es como un zoólogo que nunca haya visto los animales que debe estudiar».[247] Este autor, así, se vuelve en uno de los defensores del denominado «derecho vivo».[248]

¿Cómo hacer que el Derecho que se encuentra en un código se vuelva «derecho viviente»? Haciendo «revivir los fenómenos en sí mismos» y «creando de nuevo».[249] En otras palabras, «eliminar cuanto sea posible el diafragma entre nosotros y la realidad, lo que supone hacer observaciones inmediatas y asistir en la medida de lo posible al cumplimiento de los actos jurídicos. El principio de la *inmediación* debería ser la divisa, no solo de la política del proceso, sino también de la ciencia del Derecho»[250] o, como gráficamente revela el propio Carnelutti, «zambullirse en la vida».[251] Es aquí donde la posición del autor se entronca con el realismo jurídico, por cuanto «el dato, que es el acto, debe observarse hasta donde sea posible, sobre la realidad».[252]

Al lado del principio de la inmediación que se propone, está el de que la observación tiene que ser completa «en el sentido que no basta ver el fenómeno sin diafragma sino hay que verle *entero*»,[253] denominado princi-

---

[244] *Ibid.*, p. 31.

[245] *Ibid., loc. cit.*

[246] *Ibid.*, pp. 33-34.

[247] *Ibid.*, p. 40.

[248] Así, por citar algunos ejemplos, CARNELUTTI habla de «contratos vivos» (*op. cit.*, p. 41), de «órdenes vivas» (*Ibid.*, p. 45) y «hombres vivos» (*Ibid.*, p. 46), entre otros.

[249] *Ibid.*, p. 52.

[250] *Ibid.*, p. 53.

[251] *Ibid.*, p. 55.

[252] *Ibid., loc. cit.*

[253] *Ibid.*, p. 56. El autor agrega que «el Código no es más que una cara de la medalla. La otra está constituida por los actos de aquellos que obedecen o desobedecen. No se trata de mirar solamente al oficial que ordena la maniobra, sino la maniobra que viene ordenada y son los soldados quienes la ejecutan» (*loc. cit.*).

pio de unidad.[254] Otro principio metodológico que se introduce es el de la institucionalidad (que fue denominado anteriormente por el autor como de instrumentalidad), basado en que el supuesto que da «la realidad del Derecho no es el hombre singular sino la institución, es decir, su realidad y complejidad».[255]

Frente a la proliferación de disciplinas, cada vez más especializadas, del Derecho y que generan una visión parcializada del mismo, observa que «la descomposición del Derecho es un procedimiento necesario de nuestra ciencia; pero puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada del conocimiento de que lo que nosotros observamos es, más bien, *el cadáver del Derecho* que *el Derecho vivo*, porque la vida, o sea, la realidad del Derecho, no está en ninguna parte, sino en el todo y en su unidad».[256]

Con esta percepción del Derecho, se llega a hablar del lado estructural y funcional del mismo,[257] o de los capítulos estáticos y dinámicos del fenómeno jurídico.[258] En este orden de ideas, «el estudioso opera ante todo el sentido del análisis, esto es, descomponiendo los objetos y, por consiguiente, las imágenes en sus varias cualidades y caracteres; pero la descomposición no daría ningún resultado si no fuese seguida de la recomposición, mediante la cual, extrayendo de la *especie*, se obtiene el *género*».[259] Esto se logra utilizando la propia metáfora *carneluttiana*, mediante la «reencarnación de los conceptos». En efecto, «la ciencia del Derecho, nacida y crecida en la biblioteca, está condenada a la anemia, por no decir a la tuberculosis. El remedio no es otro que la reencarnación de los conceptos con las imágenes sacadas de la observación de la realidad».[260] Por ello, «el concepto, nacido y formado del pensamiento, debe, hasta cierto punto, salir de este, transfiriéndose a una idea y así tomar sede diversa en el hombre».[261] La advertida «vocación conceptualista»[262] de Carnelutti hace que «los conceptos estén sometidos a ejercicios de análisis y síntesis: mediante el primero, se hacen más puros; mediante la otra, más ordenados».[263]

---

[254] *Ibid.*, p. 62.
[255] *Ibid.*, p. 59.
[256] *Ibid.*, p. 62.
[257] *Ibid.*, p. 64.
[258] *Ibid.*, p. 65.
[259] *Ibid.*, p. 74.
[260] *Ibid.*, p. 80.
[261] *Ibid.*, p. 87.
[262] IRTI, *op. cit.*, p. XI.
[263] *Ibid., loc. cit.*

El derecho vivo se encuentra presente en cada decisión tomada por los operadores jurídicos, dando así un carácter dinámico a las categorías jurídicas. A continuación, se van a comentar un par de decisiones administrativas que resultan ser ejemplos emblemáticos de ello.

2. ¿Hasta dónde llega la responsabilidad administrativa de los proveedores por la idoneidad y calidad de los servicios y productos que ponen en circulación en el mercado?

En la ciudad de Cajamarca, en diciembre de 1999, la señora Nora Yolanda Malpartida de Regalado compró una cuna de madera a la señora Miriam Marín Abanto. Al percatarse la señora Malpartida de que la baranda de esta era muy grande, le hizo un reclamo a la señora Marín, que, después de una discusión, «la golpeó en el brazo derecho con un palo», hecho que fuera denunciado a la Policía Nacional del Perú. Posteriormente, la señora Marín devolvió el dinero pagado a la señora Malpartida. No obstante ello, la señora Malpartida denunció a la señora Marín ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI por presunta infracción al Decreto Legislativo N.° 716, Ley de Protección al Consumidor. Mediante Resolución Final N.° 189-2000-CPC, de fecha 13 de abril de 2000, la Comisión resolvió que hubo infracción del artículo 8[264] del Decreto Legislativo N.° 716, Ley de Protección al Consumidor, del 7 de noviembre de 1991, por cuanto:

---

[264] El cual establece lo siguiente: «**Responsabilidad de los proveedores**. Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde».

Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución N.° 085-96-TDC, del 13 de noviembre de 1996, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L. a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

«a) De acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren

La garantía implícita, a la cual se refiere el artículo 8, no solo debe entenderse respecto de la idoneidad y calidad de los productos o servicios que los proveedores ponen a disposición de los consumidores, sino también, con relación a la idoneidad y calidad del servicio de atención al consumidor insatisfecho, debido a los reclamos que puedan presentarse por dichos productos o servicios. En efecto, en este caso, el consumidor ha solicitado «se aplique la sanción correspondiente por el maltrato» que ha sufrido.

La relación de consumo no se agota en la entrega del bien o en la prestación del servicio. La relación de consumo, en tanto vinculación entre situaciones jurídicas, contiene una serie de derechos y de obligaciones, tanto para el consumidor, como para el proveedor. En el caso del proveedor, este se encuentra en la obligación de atender adecuadamente (es decir, con idoneidad y calidad) al consumidor en caso se presente un reclamo, respecto del producto o del servicio adquirido.

En opinión de la Comisión, un consumidor razonable espera ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses. En este sentido, un consumidor razonable espera al presentar un reclamo ante un proveedor, que este lo atienda sin agredirle u ocasionarle daño alguno. Por el contrario, un consumidor no esperaría, al formular un reclamo, que el proveedor lo golpee, como efectivamente sucedió, al extremo de ocasionarle lesiones que impliquen cuatro días de incapacidad para el trabajo.

---

estos en el mercado según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de este, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que este no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo».

Esta decisión resulta emblemática del lema *carneluttiano* de «zambullirse en la realidad», por cuanto, frente a un caso (aparentemente banal), se abre un nuevo horizonte interpretativo de la garantía implícita a la cual se refiere el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor. El dato proporcionado por el derecho viviente hace que el abstracto concepto de la relación jurídica tenga un sentido específico y sirva para resolver un conflicto (de carácter administrativo) entre dos titulares de situaciones jurídicas (consumidor y proveedor). Esta percepción hace que se incorpore al ámbito de tutela del consumidor el derecho a ser atendido frente a un reclamo por los productos o servicios materia de la relación de consumo.

En este mismo sentido, se resolvió otro caso, en el cual un consumidor, Daniel Humberto Lanchipa Bueno, con motivo de su viaje Lima-Arequipa, el 7 de abril de 2000 en el servicio Royal Class, entregó a la empresa Expreso Internacional Ormeño S.A. su equipaje, recibiendo como comprobante un ticket, el mismo que fue adherido a su boleto de viaje. Al llegar el señor Lanchipa a la ciudad de Arequipa, se dio con la sorpresa de que su equipaje no había tenido el mismo destino. Como consecuencia de ello, se dirigió al administrador para formular su reclamo por escrito y este se negó a recibirlo. Este hecho obligó al consumidor a presentar dicho reclamo a su regreso a Lima y a formular una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, que, mediante Resolución Final N.º 342-2000-CPC, del 29 de mayo de2000, sancionó al proveedor, estableciendo que:

> En opinión de la Comisión, un consumidor razonable espera ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses en la primera oportunidad en que presente su reclamo, a menos que existan circunstancias que impidan hacerlo; protegiéndose de esta forma sus intereses económicos a través de un trato equitativo y justo en todas las transacciones económicas que efectúa. En este sentido, un consumidor razonable espera al presentar un reclamo ante el proveedor que este lo atienda a menos que exista un motivo justificado. En el presente caso, la empresa denunciada no ha señalado ni ha acreditado la existencia de un motivo que justifique la negativa a recibir el reclamo formulado por el señor Lanchipa.

A manera de colofón: volviendo a la práctica sabiduría del buen Sancho Panza

Quien lee el capítulo XLV de la Segunda Parte de *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, en el que se desarrolla el pasaje en el cual Sancho Panza es nombrado gobernador de la ínsula Barataria, no puede quedar sino sorprendido por cómo, de los problemas más simples, pueden surgir soluciones tan ingeniosas. En este capítulo, se relata que, después de las ceremonias de rigor (por suerte no hubo ningún juez que las declarase nulas por no haberse cumplido con rigurosas formalidades), Sancho es llevado a la silla del juzgado y es sentado en ella para que administre justicia.[265] Entre los varios casos que se le presentaron, es notable el que se presentó entre una pareja, que podría ser calificado de responsabilidad civil. En efecto, se presentó una mujer «asida fuertemente de un hombre vestido de ganadero rico».[266] La afectada sostuvo lo siguiente:

> - ¡Justicia, señor gobernador, justicia, y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, este mal hombre me ha cogido en la mitad dese campo y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado y, ¡desdichada de mí!, me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y estranjeros, y yo, siempre dura como un alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.

El presunto causante del daño, por su parte, dijo que:

> - Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía deste lugar de vender, con perdón sea

[265] Así, el mayordomo del duque le dijo «es costumbre antigua de esta ínsula, señor gobernador, que el que viene a tomar posesión desta famosa ínsula está obligado a responder a una pregunta que se le hiciere, que sea algo intricada y dificultosa, de cuya respuesta el pueblo toma y toca el pulso del ingenio de su nuevo gobernador, y así, o se alegra, o se entristece con su venida» (DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel. *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, t. II, 20ª ed. Madrid: Cátedra, 1998, p. 360).

[266] *Ibid.*, p. 363.

> dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socaliñas poco menos de lo que ellos valían; volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos[267] juntos; paguéle lo suficiente, y ella, mal contenta, asió de mí, y no me ha dejado hasta traerme a este pueblo. Dice que la forcé, y miente, para el juramento que hago o pienso hacer; y esta es toda la verdad, sin faltar meaja.[268]

Sancho ordenó que el ganadero le diese a la dañada el dinero que tenía en bolsa (veinte ducados). Apenas salió la mujer, le dijo al ganadero (casi lloroso) que fuera en su busca, que le quite la bolsa con el dinero y que vuelva con ella. Al rato, los dos regresaron «más asidos y aferrados que la vez primera».[269] La mujer volvió a clamar justicia y Sancho le dijo lo siguiente:

> - Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostrárades, y aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerza de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda esta ínsula ni en seis leguas a la redonda, so pena de doscientos azotes. ¡Andad luego digo, churrillera, desvergonzada y *embaidora!*[270]

La sentencia de Sancho para con el ganadero fue esta: «-Buen hombre, andad con Dios a vuestro hogar con vuestro dinero, y de aquí en adelante, si no le queréis perder, procurad que no os venga en voluntad de yogar con nadie».[271]

No es mi propósito comparar las decisiones que hemos analizado a lo largo de esta investigación con la del inmortal personaje literario. Simplemente, quiero reiterar que todo operador jurídico (legislador, abogado, juez, notario, registrador, entre otros) debería reflexionar sobre la impor-

---

[267] «*Yogar*» es un verbo muy antiguo que significa 'holgarse y, particularmente, tener acto carnal' (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, t. II, 21ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1992, p. 2116).

[268] DE CERVANTES SAAVEDRA, *op. cit.*, p. 364.

[269] *Ibid., loc. cit.*

[270] *Ibid.*, p. 365.

[271] *Ibid., loc. cit.*

tancia (y las consecuencias) de sus decisiones y que la (obligada) argumentación jurídica que debe acompañar dichas decisiones no pierda (en su estructura y finalidad) el (necesario) sentido común, del cual ha hecho gala el buen Sancho y que también se requiere en los estudios que deben hacer los académicos. Ello, sin perder de vista que «es muy importante considerar que cualquiera que sea el método que se emplee, la finalidad de la interpretación debe ser el logro de la justicia en el caso planteado. No solo de la justicia abstracta, que corresponde a definiciones doctrinarias, sino de la justicia como noción ética que todos llevamos en nuestro espíritu».[272]

[272] LANATTA GUILHEM, Rómulo. «La justicia en la interpretación de la ley». En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, p. 297.

Capítulo VIII

Algo más sobre los denominados principios generales del derecho

Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan solo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino.

SÓFOCLES. *Antígona*.

1. Definición de *principio*

El término principio proviene de la expresión latina *principium*, que equivale a la idea de fundamento, inicio. En el ámbito filosófico, se afirma que es «un punto de partida, idea rectora, regla fundamental de conducta».[1] Otros observan que *principio* proviene de la voz griega *archè*, que desde remotos tiempos era motivo de una incesante angustia existencial de los filósofos griegos, que pretendían determinar su esencia.[2]

Si bien desde un plano lógico toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de principios, es decir, de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber, el determinar la esencia de un principio no cabe en el ámbito de la ciencia sino

[1] ROSENTAL, M.M. y P.F. IUDIN. «Principio» (voz). En: *Diccionario filosófico*. Rosario: Universo, 1973, p. 374.

[2] FERRATER MORA, José. «Principio» (voz). En: *Diccionario de Filosofía*, t. II, 5ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 480.

en el de la filosofía de la ciencia, por cuanto esta última analiza y cuestiona cada concepto que la primera presupone pero no explica.

Existen tres grandes categorías que agrupan a los principios, según sea su espectro de comprensión de las ciencias, vale decir, principios omnivalentes, principios plurivalentes y principios monovalentes. Dentro de estos últimos, se encuentran los llamados principios generales del derecho.

2. Sobre la pretendida generalidad de los principios (generales) del derecho y su origen

La expresión principios generales del derecho nos llevaría a suponer que, frente a estos, existirían unos principios especiales del derecho. Dicha suposición parte de una inadecuada nominación. Baste dar una ojeada a cualquier manual de Derecho, ya sea civil, penal, agrario, procesal o de otras ramas, para observar que cada una tiene sus propios principios. Como bien es sabido, cada una de estas derivaciones constituyen partes especiales del Derecho. ¿Será posible concebir entonces que —por ejemplo— el derecho agrario, derecho especial, tenga principios generales del derecho? Creo que la respuesta negativa es la correcta.[3] Considero innecesario el adjetivo *general*, por cuanto, aparte de crear una gran confusión, es inútil.[4] De igual parecer es aquel sector de la doctrina argentina que sostiene que, «con la sola palabra «principio», se logra significar, aun analógicamente, la

[3] Ya en otra sede se había observado que, dentro de la noción de principio, en tanto resultado de una abstracción, se subsume el concepto de generalidad (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Principios generales del derecho». *Temas de Derecho*, n.º 1, 1987, p. 42). Sin embargo, hay quien sostiene, partiendo de la premisa de que el adjetivo *general* es un concepto de relación, que tiene un carácter graduable (GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turín: Giappichelli, 1990, p. 113). Ello equivaldría a decir que hay principios más generales que otros. En este mismo sentido, cuando se afirma que «existe en todo caso una red —una trama amplísima— de principios generales, graduables, por lo mismo que tienen radios de diferente longitud que brinda la posibilidad de completar, recurriendo a ella, cualquier cuadro normativo aparentemente con lagunas» (BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*, t. I, vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 28).

[4] Así, se sostiene que «en el sentido lógico, el principio es un concepto central, el fundamento de un sistema, concepto y fundamento que constituyen una generalización y la aplicación de algún principio a todos los fenómenos que se producen en la esfera de la que ha sido abstraído el principio dado» (ROSENTAL y IUDIN, *loc. cit.*).

característica esencial que tienen los llamados principios generales del derecho, cual es la de ser aquello de donde deriva una norma, un conjunto de normas, la totalidad del ordenamiento jurídico nacional o el derecho positivo».[5] Sin embargo, no solo se utiliza la expresión *principio*: el Código Civil colombiano[6] y el panameño[7] optan por la de *reglas generales del derecho*.

No son pocos los autores que han tratado de definir los principios del Derecho. Doctrina española expresa que son «las líneas directrices, las líneas fundamentales, los hilos conductores que dan al sistema un conjunto de instituciones que integran el derecho privado o, en sentido más amplio, el total ordenamiento jurídico».[8]

Existen una serie de opiniones controvertidas respecto a la procedencia de los principios jurídicos. Estas se desarrollarán sobre la base de una clasificación esbozada por la doctrina argentina que se viene siguiendo.[9]

---

[5] VIGO (h.), Rodolfo L. *Integración de la Ley. Artículo 16 del Código Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 102.

[6] En efecto, en Colombia, el artículo 8 de la Ley N.° 153 de 1887, establece lo siguiente:

«Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho» (el subrayado es mío).

Debe tenerse en cuenta que en la experiencia jurídica colombiana «el Código Civil redactado por BELLO para la República de Chile fue adoptado por el Estado Soberano de Santander, en 1858, por ley del 18 de octubre; por el de Cundinamarca, a cuya Asamblea había sido llevado por don Miguel Chiari; y con posterioridad fue adoptado por otros Estado de la Unión. [...] durante el régimen federal rigieron en el país dos clases de legislaciones: una privativa de cada Estado y otra general de la Unión. Esta última estuvo informada por el antiguo derecho español hasta cuando, por la ley 84 del 26 de mayo de 1873, el Congreso adoptó como Código Civil de la Unión el referido Código chileno, y luego la ley 57 de 1887 lo reafirmó como parte de la legislación nacional» (CARREJO, Simón. *Derecho Civil*, t. I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1972, p. 49). En ese contexto, el 15 de agosto de 1887, se promulga la Ley N.° 153, que adiciona y reforma, entre otros, el Código Civil colombiano.

[7] El artículo 13 del Código Civil panameño precisa que, «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho y la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana» (el subrayado es mío).

[8] GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I*, («Parte General»). Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 175.

[9] VIGO, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

2.1 Positivistas

Dentro de este orden de ideas, los principios del derecho consisten en una consecuencia de un proceso de generalización y decantación de las leyes, y se constituyen como normas que se deducen de las mismas.

Un sector de la doctrina francesa expresa que los principios del derecho son «simplemente reglas generales comunes que se desprenden de los sistemas jurídicos positivos en vigor».[10] Doctrina brasileña[11] distingue que dentro de esta dirección existen, a saber, dos tendencias:

---

[10] MARTY, Gabriel y Pierre RAYNAUD. *Droit Civil*, t. I. París: Sirey, 1961, p. 25. En este mismo sentido, Gian Pietro CHIRONI, que define a los principios jurídicos como «aquellos que se forman como los conceptos fundamentales del sistema al cual se ha informado sustancialmente la obra del legislador y que, con el examen completo de la ley, deben ser buscados y determinados» (*Elementi di Diritto Civile*. Milán-Turín-Roma: Fratelli Bocca Editori, 1914, pp. 11-12). Ettore CASSATI y Giacomo RUSSO entienden a los principios, «según la moderna doctrina y el código [italiano] vigente, como aquellas idealidades positivas y progresivas en la evolución de la vida social, que se van afirmando históricamente en los preceptos positivos de los cuales constituyen, por así decir, la quintaesencia, debiéndose abstractamente extraer de todo el conjunto de normas sobre las cuales se yergue el ordenamiento jurídico estatal, del cual constituyen base y fundamento» (*Manuale del Diritto Civile italiano*. Turín: UTET, 1950, p. 27). Véase también AZZARITI, Francesco Saverio; Giovanni MARTINEZ; y Giuseppe AZZARITI. *Diritto Civile italiano*, t. I. Pádova: CEDAM, 1943, p. 34; Felipe Clemente DE DIEGO expresa que los principios «son, en suma, los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad (*a priori*) y los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas (*a posteriori*)» (*Instituciones de Derecho Civil español*, t. I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1941, p. 102). Francesco MESSINEO cuando afirma que «los principios generales del derecho, precisamente por que se extraen del entero ordenamiento jurídico, se extraen de todas las ramas del derecho» (*Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, p. 111); Massimo BIANCA al sostener que «principios generales en nuestro derecho son aquellos que son expresados por la Constitución y, después, aquellos que se pueden deducir inductivamente por el complejo de las normas que forman el ordenamiento jurídico» (*Diritto Civile 1*. Milán: Giuffrè, 1990, p. 104). Ludovico BARASSI afirma que los «principios generales se infieren de la propia Ley y no están determinados a priori, sino que (en derecho privado siempre) son los principios informadores, las tendencias constantes, de todas las normas jurídicas contenidas en la Ley (cuya laguna trata de llenarse), esto es, en el Código Civil o en las restantes leyes del derecho privado» (*Instituciones de Derecho Civil*, t. I. Barcelona: Bosch, 1955, p. 32). Tajante es la posición de Guillermo BORDA cuando observa que «todos o casi todos estos que podrían llamarse *principios naturales* de la vida social y de la organización jurídica; están contenidos en la Constitución nacional, que no solo es una ley, sino que es la primera ley, en el orden de prelación jerárquica.

2.1.1. Positivistas del derecho patrio

Dentro de la cual los principios generales del derecho se infieren solamente de la legislación nacional.[12]

2.1.2. Positivistas del derecho comparado

Que asimila la anterior posición y comprende también los principios que se pueden deducir de textos legales de otras naciones,[13] distintas a las nativas.

Sin embargo, también pueden considerarse dentro de esta corriente a los:

2.1.3. Positivistas históricos

Quienes sostienen esta opinión afirman que los principios del derecho son aquellos propios del derecho romano;[14] pero, como

---

Por consiguiente, al echar mano de ellos, el juez está aplicando una ley positiva y no una vaga abstracción. Es muy difícil, en verdad, concebir la existencia de algún principio general del derecho que no esté contenido, expresa o tácitamente, en la Constitución o en la ley propiamente dicha; por nuestra parte, no creemos que exista» (*Manual de Derecho Civil. Parte General*. 13ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 65). Igualmente, se sostiene que «la consideración científica de los principios generales puede ser conducida, como en concreto lo ha sido, bajo diversos ángulos y, sin embargo, su orientación final no puede no ser aquella del derecho positivo» (FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I. Teoria generale del Diritto*. Milán: Giuffrè, 1999, p. 338).

[11] REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 6ª ed. Madrid: Pirámide, 1984, pp. 141-142.

[12] A propósito de la experiencia jurídica italiana, se sostiene que «la expresión *principios generales de derecho* adquiere mayor claridad y verdad con el agregado de un adjetivo: *principios generales de derecho italiano*. Con ello se indican los principios generales de nuestro sistema positivo, las máximas con las cuales este se informa. Y se resalta que no se trata de principios vagos, indefinidos, sino concretos y determinados» (FADDA, Carlo y Paolo BENSA. «Note». En: WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, vol. I. Turín: UTET, 1902, p. 128). En igual sentido, quien afirma que, «en cuanto a los principios generales, no son, como se creyó en un tiempo, ni los principios fundamentales del derecho natural, ni los del derecho romano, sino los principios del derecho positivo italiano, tal como se deducen de todo el sistema orgánico. Podrán por casualidad coincidir con los principios racionales o romanos, en cuanto que las concepciones de las escuelas filosóficas y de los jurisconsultos romanos hayan pasado a nuestras leyes, pero lo que les da valor de principios generales es su *recepción* en el derecho vigente» (DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, pp. 153-154).

[13] En este sentido, VALENCIA ZEA. *Derecho Civil*, t. I, 4ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1966, p. 196.

[14] BIANCHI. *Corso di Codice Civile*. Turín: UTET, 1888, p. I. Citado por BUSSO, Eduardo. *Código Civil anotado*, t. I. Buenos Aires: EDIAR, 1944, p. 155.

acertadamente se afirma, «la identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico y hoy no es sostenible».[15] Incluso, no falta algún autor que asegura, a partir de una interpretación del artículo 1976 del Código Civil español[16], que los principios del derecho son los que están consagrados en las Partidas españolas.[17]

Tanto los principios del derecho romano como aquellos de las Partidas pertenecieron a una realidad distinta a la actual y, como cualquier otra institución del derecho, no pueden detenerse en el tiempo, sino que tienen que seguir su natural evolución.

Doctrina iusfilosófica española, que denomina esta posición como de la «interpretación histórica»,[18] advierte que, «sin duda, el jurista tiene que "inferir" los principios generales del contenido del ordenamiento jurídico; pero una cosa es inferirlo de ese contenido y otra que se constituyan

---

[15] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5ª ed. Barcelona: Bosch, p. 585. En este mismo sentido cuando se afirma que «el sometimiento al derecho romano puede explicarse solo como un hecho circunstancial, históricamente considerado. El hombre es un ser progresivo y, en el mundo jurídico, sus avances han superado en muchos puntos los límites que alcanzó el derecho romano» (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, «Título Preliminar y Derecho de las Personas» (concordado con el Código Civil de 1984), t. I. Lima: WG Editor, 1991, p. 88). Irónicamente, romanistas de la talla de FADDA y BENSA sostienen que «se requiere mucha buena voluntad para entender por derecho romano a los principios generales del derecho» (*op. cit.*, p. 127).

[16] El cual establece que «quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes».

[17] Es el caso de quien sostiene que «todavía es admisible, en una correcta exégesis del artículo 1976 del Código Civil, considerar subsistente o vigente el título 34 de la Partícula VII, expresivo de los más fundamentales principios o reglas generales del derecho, toda vez que dicho artículo 1976, aunque deroga todos los cuerpos legales, usos y costumbres, que constituyen el derecho civil común, lo hace tan solo *en todas las materias que son objeto de este Código* y no se registra en él ningún precepto relativo a la determinación concreta de lo que se deba entender por *principios generales del derecho*» (SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e historia general de la legislación española*, t. II, 2ª ed. Madrid: Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 1911, p. 105). A título de ejemplo, la regla 17 del título y Partida referidos establece que «ninguno non deue enriquecer en danno de otro» (citado por MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*, t. I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1956, p. 206).

como tales principios en esa inferencia».[19] Esta sagaz crítica nos pone de manifiesto las limitaciones que nos ofrece esta posición, por cuanto no debemos de limitarnos a un marco meramente formalista. La existencia de los principios generales del derecho es independiente de la del ordenamiento positivo.

2.2. Iusnaturalistas

Esta dirección también es denominada como de la «interpretación filosófica».[20] Según esta posición, los principios generales del derecho no son aquellos que se encuentran en las leyes positivas, sino que se asimilan a un sistema superior al de las normas jurídicas, que reside en el derecho natural. Se tratarían así de una serie de principios *suprapositivos* componentes del sistema del derecho natural.

Una autorizada doctrina italiana se alinea dentro de esta posición y explica que: «[...] es misión propia de la crítica valorar las leyes positivas en relación con la idea absoluta del derecho o de lo justo natural, sin que pueda jamás imputarse a esa idea la defectuosa correspondencia que encuentre en el orden positivo. [...] Dicho más claramente: el derecho natural no deja de ser tal ni pierde su valor intrínseco, porque a veces sea también positivo».[21]

---

[18] LEGAZ Y LACAMBRA, *loc. cit.*

[19] *Ibid.*, p. 586.

[20] *Ibid.*, p. 585.

[21] DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 69. En este mismo sentido, quien observa que «hay principios de justicia superiores a la contingencia y variabilidad de los hechos [...] estos principios de justicia revelados por la razón y la conciencia tienen una existencia real, efectiva y superior a los hechos, puesto que, si en estos se realizan los principios, no puede contenerse en ellos la esencia jurídica» (VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español*. 4ª ed. T. I («Parte General»). Valladolid: Talleres Tipográficos «Cuesta», 1935, pp. 204-205). También se sostiene que, «cuando se afirma que los principios generales del derecho son los del derecho natural, quiere decirse que, a falta de una disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Queda excluida, por ende, la posibilidad legal de que el juez falle de acuerdo con sus opiniones personales» (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 4ª ed. México, D.F.: Porrúa, 1951, p. 360). Aunque se autodenomina «cientificista», pertenece a esta doctrina brasileña que afirma lo siguiente: «a) la tradición del derecho luso-brasileño usó los principios de derecho natural para colmar las lagunas de la Ley; b) en el derecho universal, muchos son los códigos que expresamente los mencionan; c) igualmente, en los países en los que no se reguló,

Se agrega, además, que: «[...] la fuente inagotable del derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón. Precisamente, a esta fuente, que una tradición varias veces milenaria ha llamado derecho natural, es a la que el legislador tenía intención de referirse cuando señala los principios generales del derecho como el medio para superar las inevitables deficiencias de sus prescripciones positivas».[22]

---

siempre fue posible a la doctrina sustentar la consagración implícita; d) la argumentación positivista está fundada en un preconcepto y, por eso mismo, no es científica; e) entre nosotros, los que admiten la extensión del concepto en función a los Principios del Derecho Natural son aquellos que más atentamente trataron esta materia, f) la orientación positivista implica una redundancia, inadmisible en el ordenamiento; g) el recurso al derecho natural sobrepasa las inmóviles limitaciones del derecho positivo; h) el legislador incluyó, en nuestra Ley, la expresión «principios generales del derecho» con la intención preestablecida de extenderse al Derecho Natural» (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Principios Gerais de Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 237). Al nivel de doctrina nacional, se afirma que la búsqueda de los principios del derecho «se trata de una cuestión axiológica, inquiriendo por la solución de justicia, para que se cumpla con la paremia de *jus est quod justus est*» (LEÓN BARANDIARÁN, José. «Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. Código Civil. *Exposición de motivos y comentarios*, IV, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985, p. 30).

[22] DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 9ª ed. Barcelona: Bosch, 1980, p. 343. El autor, enfáticamente, afirma que los «principios generales del derecho» son lo mismo que decir «derecho natural» (*op. cit.*, p. 344). Esta posición ha sido fuertemente contestada por una doctrina positivista que sostiene que «aquellos que identificaban los principios generales del derecho con los principios del derecho natural, entendían a los principios supremos inspirados exclusivamente en la justicia y en la razón y, por ello, extraños y superiores a todas las legislaciones positivas, que de estos fundamentales principios contendrían, aunque sea, un eco o un reflejo, más o menos, imperfecto; pero es fácil observar que estos principios absolutos, abstractos, superiores a cualquier regulación de normas jurídicas positivas, no pueden inferirse sino de las concretas —si se quiere, imperfectas— formulaciones de *questi benedetti diritti positivi!* (*sic*). No tenemos ningún motivo para contestar que existan principios que respondan a exigencias superiores de justicia y de razón, siempre y cuando, evidentemente, cada uno pueda adecuar a su manera el contenido de estos principios, la valoración de estas exigencias y el concepto mismo de justicia. Pero lo que me parece imposible es hacer que estos principios puedan ser entendidos de manera distinta de las normas morales, que [...] no se pueden confundir con las normas jurídicas. Si la posibilidad de la coacción caracteriza las normas jurídicas, o estos principios de derecho natural están fornidos de ella, y entonces son principios de derecho positivo, o están desprovistos de ella, y entonces no son normas jurídicas» (ROTONDI, Mario. *Istituzioni di diritto privato*. 5ª ed. Milán: Casa Editrice Ambrosiana, 1945, p. 75). Nótese que este autor parte de la identificación de los

Esta dirección no es del todo exacta, por cuanto las reglas del derecho natural no se pueden adoptar de una manera aislada porque, como ponen de manifiesto cierta doctrina española,[23] entran en juego otros principios. Bástenos pensar en los distintos criterios que adoptarían una sociedad de ideología liberal y otra de tendencia socialista.[24] Ello, sin contar con la advertencia de que, «bajo la vieja etiqueta de "escuela del derecho natural", se esconden autores y corrientes muy diferentes».[25]

2.3. Cientificistas

Para quienes defienden esta corriente, los principios jurídicos surgen de la doctrina. Así, se sostiene que los principios generales del derecho «emanan de la ciencia del derecho».[26] Otros, aunque parten de una percepción positivista de la procedencia de los principios jurídicos, apelan al argumento de la «tradición científica nacional».[27] Al parecer, esta posición, por pretender

---

principios del derecho con las normas jurídicas, posición que, como se demostrará más adelante, no es exacta.

[23] DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982, p. 170.

[24] Doctrina nacional sostiene que «en la sociedad capitalista, los principios generales se traducen en postulados de propiedad privada, libertad de contratación, capacidad de las personas para obligarse, necesidad de cumplir las obligaciones, la causa o pretendida equiparidad de las prestaciones contractuales bilaterales y la organización del Estado correspondiente a este conjunto de preceptos jurídicos y hechos sociales.

Sin embargo, como no es posible evitar que en esta sociedad, y en su derecho, se produzcan cambios cuantitativos en sus diferentes esferas, como la avanzada de una nueva forma de organización social, tampoco resulta posible impedir la aparición, con esos cambios, de principios generales, que se interpretan y se establecen como un trasfondo necesario del estado al que ha llegado el orden jurídico, aunque en lo esencial la variación es relativamente exigua, si la estructura económica no se modifica. De esta manera, si la sociedad continúa siendo básicamente capitalista, sus principios generales siguen reproduciendo esta realidad» (RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El derecho como norma y relación social. Introducción al Derecho*. Lima: Ediciones Tarpuy, 1984, pp. 238-239).

[25] BOBBIO, Norberto. «El modelo iusnaturalista». En: BOBBIO Norberto y Michelangelo BOVERO. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 16.

[26] SPOTA, Alberto. *Tratado de Derecho Civil*, t. I. (Parte General), vol. 1. Buenos Aires: De Palma, 1947, p. 385.

[27] Así, a propósito de la experiencia jurídica italiana, se afirma que se entiende por principios generales del ordenamiento del Estado italiano «no solo a los

abarcar demasiado, arriesgó con ser vaga e imprecisa. En efecto, si tenemos en cuenta que la doctrina produce (como veremos más adelante) modelos dogmáticos, estos no nacen de la propia doctrina: la materia prima de la misma son, principalmente, las normas jurídicas (ley, costumbre y jurisprudencia) y es de ahí donde se obtienen (entre otras fuentes de procedencia) los principios. Así, el jurista interpretará dichas normas e inferirá principios, que se obtendrán de las propias normas, no (a través) de la doctrina. Un sector de la doctrina española ilustra claramente la función de la doctrina con respecto a los principios, al afirmar que «su declaración es obra de la ciencia, de la técnica».[28]

No se debe confundir la discusión acerca de la procedencia de los principios con aquella que se centra en el medio a través del cual se infieren los principios. El medio es la actividad interpretativa; por consiguiente, no solo el doctrinario o jurista puede inferirlos o descubrirlos, sino que también lo puede hacer el juez, el legislador o cualquier operador jurídico. Tampoco se debe olvidar que la mayoría de los que se afilian a esta concepción, denominada cientificista, están alineados —al mismo tiempo— en la corriente positivista.

2.4. Eclécticos

Son aquellos que asimilan tanto la posición positivista como la iusnaturalista. En este sentido, se afirma que, «en definitiva los principios generales del derecho son "derecho natural", pero este es siempre normatividad concreta y, en los escalones más bajos de la concreción, el

---

principios del derecho positivo italiano, los cuales se infieren por vía de generalización por todo el sistema orgánico, sino también a aquellos que se infieren de la orientación político-legislativa estatal y de la tradición científica nacional (derecho romano, común, etc.) concordante con estos [el subrayado es mío]» (DE RUGGIERO, Roberto y Fulvio MAROI. *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, 6ª ed. Milán-Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1943, p. 55), pues es en concordancia con la primera cita que debe ser interpretada. En este mismo sentido, RUBBIANI, Galasso Guglielmo. *Le disposizioni sull applicazione delle leggi in generale e il diritto delle persone nel nuovo Codice Civile italiano*. Milán: Società Editrice Libraria, 1940, pp. 8-9 y PACCHIONI, Giovanni. *Elementi di Diritto Civile*. 4ª ed. Milán: Giuffrè, 1944, p. 30.

[28] DE DIEGO, *loc. cit.* Así, también quien sostiene que la investigación de los principios «solo puede estar al alcance de las personas versadas en la *ciencia del derecho*, es decir, de los juristas» (VALENCIA ZEA, *op. cit.*, p. 198).

contenido iusnaturalista se difumina progresivamente».[29] En atención a ello, se sostiene que «no se puede afirmar rotundamente que los principios generales se hallan fuera ni, por el contrario, dentro del ordenamiento jurídico».[30]

En el ámbito de la doctrina nacional, se expresa que «los principios generales del derecho pueden ser ubicados, en primer lugar, dentro de la legislación positiva, mediante abstracción de su contenido subyacente, mediante los procedimientos correspondientes al método lógico, que indaga la *ratio legis* de la norma. Sin embargo, nada obsta que el agente aplicador del derecho indague por los principios más generales, que son válidos para el derecho sin estar necesariamente contenidos en la norma positiva. Esta posibilidad supone, naturalmente, que existen principios en diversos planos».[31]

---

[29] LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, p. 586. Se alinea a la corriente ecléctica, VIGO, *op. cit.*, p. 102; RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*, (Parte General, I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 131. Jaime SANTOS BRIZ afirma que «en la investigación habrá que dar preferencia a los principios generales del sistema positivo y, cuando ello sea infructuoso, el juez habrá de aplicar la norma que estime más racional, conforme a los principios del derecho justo, a condición de no contradecir las ideas fundamentales de la ley ni de la costumbre ni de la doctrina consagrada» (*Derecho Civil. Teoría y práctica*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 178). También se sostiene que, «generalmente, se acepta que los principios generales del derecho, para nuestro sistema jurídico [el español], proceden del sistema de derecho positivo, en cuanto informadores del mismo, decantados por la evolución histórica del derecho tradicional; [...] los principios del derecho natural, evidentemente, se encuentran ya incorporados básicamente al sistema tradicional de nuestro derecho histórico y positivo» (GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 176). En la experiencia argentina, se sostiene que los principios del derecho «son los *principios fundamentales de nuestra legislación positiva*, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, son los presupuestos lógicos de las normas legislativas» (BUSSO, *loc. cit.*). Doctrina colombiana asevera que los principios son «ciertos criterios que expresan reglas de justicia, de lógica y de buen sentido; y, aunque su validez es universal, constituyen como el trasunto de cada ordenamiento jurídico, entendida esta expresión en su significación amplia que comprende, además de normas e instituciones, la ordenación política del Estado y la tradición científica nacional. Equivalen aquellos, por lo tanto, al espíritu de la legislación, están formados por las ideas fundamentales en que ella se origina y se deducen, a través de un procedimiento de metódica generalización, del conjunto de disposiciones del derecho positivo y de los elementos históricos, sociales y éticos que lo presiden» (CARREJO, *op. cit.*, p. 107).

[30] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. cit.*

[31] RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 149.

2.5. Culturalistas

Como respuesta a las posiciones anteriores, surge esta corriente que sostiene que los principios del derecho son «productos culturales»,[32] es decir, criterios producidos por cada cultura que, en armonía con los valores, creencias sociales y circunstancias concomitantes, responden a los requerimientos jurídicos de la sociedad.[33] De esta manera, se define a los principios generales como «criterios guías, de carácter críptico o sumario, dotados de aptitud *normogenética*, que cada sociedad elabora conforme a su cosmovisión cultural, para asentar sobre determinadas bases y orientar hacia determinados objetivos la totalidad, o un área, de su ordenamiento jurídico».[34].

Se entiende por criterios guías, la opción de alternativas que han sido previamente valoradas y que tienen fuerza orientadora;[35] por carácter críptico, la riqueza conceptual concentrada en una fórmula simple;[36] y por aptitud *normogenética*, la capacidad o potencialidad para generar normas jurídicas.[37] Se sostiene, además, que la opción por los principios de derecho «no es un ejercicio teórico, sino una selección vital, que tiende a legitimar, en el consenso cultural de cada sociedad, el fundamento de las conductas que ella exige y que orienta las constantes de las relaciones sociales en el sentido de las aspiraciones y finalidades perseguidas por ella».[38] Asimismo, se establecen las siguientes funciones que desempeñarían los principios del derecho:[39]

a) Como fundamento normativo, al inspirar una determinada fisonomía al derecho vigente
b) Como criterios guías de interpretación de las normas, a través de tres formas
c) Al darle sentido al texto literal de la norma jurídica
d) No limitándose a la comprensión de las normas sino a su extensión.
e) Como controladores de su cumplimiento

---

[32] RÍOS ÁLVAREZ, Láutaro. «Dos reflexiones de los principios generales del derecho». *Revista de Ciencias Sociales*. n.º 26/27, 1985, p. 75.

[33] *Ibid.*, p. 81.

[34] *Ibid.*, pp. 82-83.

[35] *Ibid.*, p. 83.

[36] *Ibid., loc. cit.*

[37] *Ibid., loc. cit.*

[38] *Ibid., loc. cit.*

[39] *Ibid.*, pp. 84 y ss.

f) Como criterios o bases para la integración del ordenamiento jurídico
g) Como orientadores de la ejecución de la ley
h) Como delimitación positiva y negativa de las normas y conductas, comprendiendo tanto al legislador como al profano. Este último aspecto resulta importante. Así, se sostiene que el refrán que dice «el pueblo sabe derecho» tiene razón de ser. Así: «[...] el hombre más modesto «sabe derecho», porque conoce intuitivamente qué posición es justa y cuál no lo es; porque *siente* que debe obrar conforme a unos criterios que le han sido inculcados desde la cuna, que —de una manera vivencial— forman parte de su modo de ser y de conducirse, criterios que le han ido imprimiendo, a lo largo de su vida, una certera capacidad para discernir qué actuación *está bien* y qué actuación *está mal*, a la luz de los valores, principios y pautas de la sociedad en que se ha formado y de la que es parte».[40]

En mi opinión, los principios no tienen aptitud *normogenética*, por cuanto carecen de una estructura de poder *in re ipsa* para generar normas jurídicas, como es el caso de la ley, la costumbre o de la jurisprudencia. En cambio estos, al estar contenidos en la norma jurídica, le delinean una fisonomía, le dan un fundamento. Por ello, se afirma que los principios jurídicos «siempre servirán de base en la elaboración de las reglas positivas»:[41] los principios inspiran la creación de normas jurídicas; pero carecen de la aptitud para crearlas *per se*: son una suerte de musas inspiradoras de las normas jurídicas.

2.6. Integralistas

Aparentemente, los aspectos positivo y natural del derecho parecen irreconciliables. Sin embargo, autorizada doctrina mejicana nos revela que esto no es una verdad absoluta, al distinguir los siguientes criterios:[42]

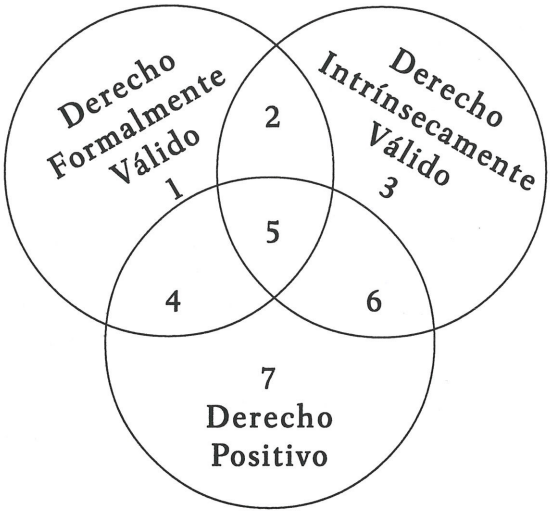
a) El derecho intrínsecamente válido es aquel que conocemos como derecho natural y es definido actualmente como un patrón absoluto de justicia para ser comparado con el derecho positivo; pero, en sentido puro, el derecho natural es la conciencia valorativa de cada ser humano.

---

[40] *Ibid., loc. cit.*, p. 95.
[41] LIMONGI FRANÇA, *op. cit.*, p. 228.
[42] GARCÍA MAYNEZ, *op., cit.*, p. 44.

b) El derecho formalmente válido es el creado y reconocido por la autoridad competente, investida para ello.
c) El derecho positivo es aquel derecho que tiene la característica de la eficacia, o sea, es aquel derecho que se cumple.

En resumidas cuentas, tanto el derecho natural como el que emana de la autoridad pueden ser derecho positivo en la medida en que estos sean acatados. El siguiente cuadro[43] ilustra mejor esta afirmación:



[43] Tomado de GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, p. 45. El autor, combinando los tres conceptos que propone, enuncia las siguientes posibilidades:

«1.- Derecho formalmente válido, sin *positividad* ni valor intrínseco.

2.- Derecho intrínsecamente valioso, dotado además de vigencia o validez formal, pero carente de *positividad*.

3.- Derecho intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad política y desprovisto de eficacia.

4.- Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.

5.- Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido.

6.- Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal.

7.- Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca» (*loc. cit.*).

En otra sede propuse: «[...] una aprehensión tridimensional de los princi-pios generales del derecho, ya que estos constituyen abstraccio-nes que, posteriormente se traducen en reglas básicas que se ap-lican a casos concretos. Estas fórmulas o reglas se desprenden del ordenamiento normativo, de los valores jurídicos o de los criterios de organización del grupo humano. Por lo general, estos tres elementos de procedencia de los principios generales del derecho convergen entre sí. Sin embargo, se puede dar el caso de una procedencia uni o bidimensional».[44]

Sucede, en este caso, lo mismo que con la definición del derecho: los iusnaturalistas solo vieron la fuente de los valores; los positivistas contemplaron a las normas; y los culturalistas los entienden como respuestas de la experiencia jurídica. En realidad, el fundamento de los principios del derecho reside en estos tres aspectos, no como conglomerado aritmético sino en continua interacción.

Para un sector de la doctrina española,[45] las características de los principios generales del derecho son las siguientes:

a) No se encuentran fundados en la autoridad del Estado.
b) Tienen su fundamento en la comunidad entera.
c) Tienen una función *vertebradora* o reestructuradora del derecho.

Se ha observado, con acierto, que los principios absuelven las siguientes funciones:[46]

a) Función integradora, en el sentido de ser instrumento técnico para colmar lagunas normativas.
b) Función interpretativa, por cuanto ofrecen al intérprete el modo de subsumir el tipo legal en un enunciado amplio.
c) Función delimitadora, debido a que ponen un marco a las competencias legislativas estatales y negociales.
d) Función de fundamento, ya que ofrecen los valores sobre los cuales se sostiene el entero ordenamiento jurídico.

En jurisprudencia, se suele dar a los principios un uso doble:[47] el primero, de carácter formal, es decir, como técnica interpretativa; el segundo uso es de tipo teleológico, o sea, como técnica *manipulativa*.[48]

---

[44] ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 45.

[45] DÍEZ-PICAZO y GUILLÓN, *op. cit.*, pp. 170-171.

[46] ALPA, Guido. *I principi generali*. Milán: Giuffrè, 1993, p. 13.

[47] *Ibid., loc. cit.*

[48] Dentro de esta perspectiva, se sostiene —un tanto desencantadamente— que «el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que

En síntesis, se puede afirmar que los principios generales del derecho son proposiciones que pueden provenir de las abstracciones de las normas, los valores o convicciones de un grupo social, y que se exigen recíprocamente al resolverse los casos concretos. Evidentemente, su utilización y aplicación dependerá del grado de sensibilidad jurídica del operador del derecho.

3. Naturaleza jurídica

Es clásico el estudio de los principios generales del derecho dentro del tema de las fuentes del derecho. En mi opinión, los principios del derecho no son fuentes del derecho, por cuanto estos tienen una función *vertebradora* o reestructuradora del ordenamiento jurídico y no una función *positivizadora* de la norma, en tanto carecen de una estructura de poder. Ni en la concepción clásica[49] ni en la moderna[50] de las fuentes de derecho se incluye a los principios como tales. Los principios del derecho, repito, no son fuentes: la aplicación de los principios del derecho en caso de defecto o deficiencia (e interpretación) de la ley constituye uno de los mecanismos de la administración de justicia.

Un sector de la doctrina española advierte que los principios del derecho son «auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta».[51] Un sector de la doctrina

---

sirve para cubrir, de cuando en vez, operaciones dispares (lamentablemente, bajo el paraguas de la mención al título preliminar)» (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffré, 1980, p. 385). El mismo ALPA sostiene que los principios jurídicos «son instrumentos neutros, que tienen origen histórico diverso y tienen contenido diverso según las épocas, los países, las culturas del intérprete, sobre todo, de las finalidades que estos quieren perseguir» (*op. cit.* p. 85).

[49] GENY, François. *Methode d'interpretation et sources en droit privé positif*. París: Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs, 1899, p. 207.

[50] REALE, *op. cit.*, p. 112.

[51] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 171. En este mismo sentido, REALE afirma que los principios del derecho son «enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de otras normas» (*op. cit.*, p. 140). De igual parecer es quien define a los principios como «normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento» (VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993, p. 415).

italiana considera a los principios como normas jurídicas de segundo grado, porque derivan de, o se fundan, en otras normas (sean escritas o consuetudinarias) y la jurisprudencia tiene la tarea de identificarlos y consolidarlos.[52] También discrepo de esta posición. Debemos recordar que la norma jurídica «es una norma de conducta humana a cuya observancia puede constreñirnos la sociedad mediante una presión externa de mayor o menor intensidad»[53] y (queriendo ser más técnicos) «es una estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de una manera objetiva y obligatoria».[54]

Si bien «la imperatividad es solo una de las parcelas del fenómeno y que el derecho presenta muchas más notas y muchos más matices»,[55] no podemos negar el carácter obligatorio de la norma jurídica, carácter que no poseen los principios del derecho, por cuanto estos, per se, no son vinculantes, salvo que se encuentren ínsitos en una norma jurídica propiamente dicha.[56] Los principios del derecho, por tanto, no son normas jurídicas. Se debe diferenciar el carácter obligatorio de la norma, del meramente sancionador. Las normas, sean enunciativas o prescriptivas, tienen carácter obligatorio. En igual sentido va la crítica a la posición que entiende a los principios jurídicos como normas de segundo grado: esta parte de una conceptualización positivista de los

---

[52] ALPA, *op. cit.*, p. 147.

[53] CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*, t. I, vol. I («Disciplina General y Derecho de las Personas»). Barcelona: Bosch, 1960. p. 18.

[54] REALE, *op. cit.*, p. 74.

[55] DÍEZ-PICAZO y GUILLÓN, *op. cit.*, p. 34.

[56] En este sentido, se afirma que «si los principios no son normas jurídicas en sentido técnico, constituyen, en cambio, como *ratio legis*, un derecho positivo posible, que se realiza a través de la interpretación y su transformación a un nivel más concreto.

Los principios dejan de ser punto de apoyo para el razonamiento y se transforman en derecho positivo a partir del momento y en la medida en que han sido encarnados en una institución por un acto del poder legislativo o de la jurisprudencia. Por tanto, son verdades existentes en potencia que, como tales, no son fuente formal del derecho hasta su *positivización* en ley o en sentencia. Fuente del derecho lo son las fuerzas que llevan a efecto esta *positivización*. Los principios no son derecho positivo hasta que por haber informado a la correspondiente fuente del derecho (ley, costumbre o jurisprudencia) han dado lugar a un determinado resultado jurídico. Por tanto, entiendo que lo de «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico» ha de entenderse en el sentido de que los principios generales informan al legislador y en lo que este no haya alcanzado a formular con carácter general, informan al juez para que dicte la sentencia conforme a un ordenamiento general que el legislador todavía no ha llegado a formular» (PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1980, pp. 240-241).

principios; pero (sea cual fuere el grado) los principios no obligan al operador jurídico, como sí lo hacen las normas.

Autorizada doctrina italiana define como principio del derecho a la «regla jurídica caracterizada por la indeterminación, en cuanto al momento de la acción (el deber-hacer) o también en cuanto al momento del resultado de la acción (el deber ser-del valor jurídico)».[57] Útil para la delimitación de la naturaleza jurídica de los principios del derecho es la teoría de los modelos jurídicos, definidos como «estructuras normativas de hechos según valores y que son instauradas en virtud de un acto concomitante de opción y prescripción».[58] Frente a este concepto, surge otro, el de los modelos teóricos o dogmáticos, que son esquemas lógicos que tienen por objeto determinar:[59]

a) cómo las fuentes del derecho pueden producir modelos jurídicos válidos;
b) el significado de los modelos jurídicos; y
c) la interrelación entre los distintos modelos jurídicos, que dan lugar a sistemas jurídicos.

Partiendo de la posición culturalista, los principios jurídicos tienen la naturaleza de modelos crípticos, vale decir, son esquemas teóricos que, como ya se mencionó, contienen «una riqueza conceptual comprimida en una fórmula simple».[60] No se debe confundir la naturaleza de los principios jurídicos (que responden a la pregunta qué son tales principios) con el origen o procedencia de los mismos (que vimos en el punto anterior). Como puede observarse, existen puntos de contacto entre los modelos teóricos, los modelos dogmáticos y los principios del derecho; pero si los analizamos detenidamente, se advertirán las diferencias. En efecto, si a través de los principios del derecho se interpretan y aplican modelos jurídicos, estos tendrán la misma función de los modelos dogmáticos, hecho que —sin embargo— no quiere decir que ambos modelos se identifican entre sí. Si el principio deriva de la abstracción de alguna norma jurídica, su naturaleza coincidirá con la de un modelo jurídico. No obstante ello, se debe recordar, para ambos casos, que los principios pueden provenir de valores, normas o criterios sociales. En resumidas cuentas, los principios jurídicos son modelos crípticos o sumarios (que en algún supuesto coincidirán con modelos dogmáticos o jurídicos, pero no se agotan en los mismos), que no tienen fuerza vinculante.

---

[57] FALZEA, *op. cit.*, p. 340.
[58] REALE, *op. cit.*, p. 154.
[59] *Ibid.*, p. 135.
[60] RÍOS ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 83.

Para concluir en este punto, los principios del derecho no tienen carácter obligatorio per se ni constituyen procesos de *positivización* de las normas jurídicas; pero, al ser modelos crípticos, ofrecen pautas para una aplicación, si se nos permite la expresión, más justa del derecho, en caso de existencia de dispositivos defectuosos o deficientes, o también para interpretarlos. Recién al ser declarados por el órgano competente tienen carácter obligatorio. Los principios del derecho son modelos de carácter críptico o sumario, que dotan de contenido a las normas jurídicas.

4. Los principios del derecho y los brocardos jurídicos

Doctrina italiana, basándose en los estudios de los historicistas, advierte que: «[...] los romanos, sobre todo en el período clásico, no se cuidaban de elaborar enunciados de carácter general y abstracto: no era acorde a su mentalidad práctica y casuística ir en la búsqueda de los "universales", de fórmulas tan amplias como para ser adaptadas a todas las circunstancias que presentasen características de homogeneidad o de similitud, pero sí que fueran enunciadas de una manera genérica, que no las hiciera identificarse con el supuesto de hecho del caso concreto».[61]

Se operaba mediante *regulae*, o sea, expresiones que resumían el supuesto de hecho.[62] Eran el resultado de la «aplicación del derecho a deber crear la regla, no de la regla a crear el derecho».[63] La *regulae* es una fórmula abreviada que se extrae del caso concreto en la experiencia romana antigua, sin la intención de ser aplicada a los demás casos, vale decir, sin vocación de abstracción y generalidad, sino con pretensión orientadora y didáctica.

Inicialmente los brocardos eran entendidos como fórmulas que reflejaban costumbres, principios, modos de ver o proverbios, afianzados en el lenguaje de los juristas.[64] Con el transcurso del tiempo, la *regulae* no es solamente considerada como un destilado del conocimiento antiguo; no es solo el enunciado que resuelve un caso y todos los casos similares a este; deviene también en la solución de todos los casos en los cuales se puede encontrar la misma *ratio*.[65] En las elaboraciones de los canonistas, desaparece

[61] ALPA, *op. cit.*, p. 58.
[62] *Ibid., loc. cit.*
[63] *Ibid., loc cit.*
[64] *Ibid.*, p. 59.
[65] *Ibid.*, p. 61.

la distinción entre *regulae* y brocardos, que terminan por identificarse.[66] El uso actual de los brocardos es, pues, peligroso, por cuanto su formulación no estuvo dirigida para aplicarse a una generalidad de casos sino para formular abreviadamente el caso concreto.

Para un sector de la doctrina española, los brocardos, llamados también reglas, paremias o apotegmas jurídicos, «son refranes jurídicos o fórmulas concisas que comprenden una experiencia jurídica»,[67] específicamente, la perteneciente al derecho romano. No se deben confundir los principios generales del derecho con los brocardos jurídicos. Ambos tienen una relación complementaria, tal como sucede con la norma jurídica y la disposición legal: mientras que la primera es la estructura proposicional enunciativa que debe ser acatada, la segunda es la señal por medio de la cual se manifiesta la norma. Vale decir, a través de los brocardos (pero no solo a través de ellos), llegamos a los principios del derecho. De ello se recibe confirmación a través de aquella corriente que afirma la procedencia de los principios jurídicos bajo la perspectiva positivista histórica.

Los brocardos jurídicos o reglas pueden ser agrupados, según su contenido, de la siguiente manera[68]:

a) como medio de inducción a un principio general del derecho;
b) como resumen del sentido de un conjunto de normas o de una institución; y
c) como abstracciones de la doctrina jurídica.

Como se puede apreciar a partir de esta clasificación, no existe sinonimia conceptual entre los brocardos jurídicos y los principios del derecho, por cuanto los primeros son (una de las) señales de manifestación de los segundos.

5. Principios generales del derecho, fines y valores jurídicos

Doctrina italiana advierte el uso polisémico que se le da a los principios generales del derecho, a escala doctrinal (como inicio, valores, nociones fundamentales, «espíritu» del ordenamiento), jurisprudencial (como regla

[66] *Ibid., loc. cit.*
[67] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 175.
[68] *Ibid.*, pp. 175-176.

general y abstracta[69]) y legislativo (como disposiciones generales, finalidades de las leyes, valores tutelados).[70] Doctrina nacional clasifica a los principios del derecho de la siguiente manera:[71]

a) Principios ius-axiológicos, dentro de los cuales se encontrarían la justicia, el bien común, la seguridad, el orden público y la buena fe.
b) Principios lógico-jurídicos, entendidos como principios hermenéuticos o de interpretación, que consisten más propiamente en argumentos, tales como *a sensu contrario, simmilia simmilibus, a fortiori, de maiore ad minus, de minore ad maius.*
c) Principios institucionales, que resumen el *quid iuris* de cada institución. En el derecho contractual, *rebus sic stantibus, pac-ta sunt servanda*; en los derechos reales, *solus consensus perfin-ciuntur*; en el derecho sucesorio, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest*; en el derecho penal, *nullum crime sine lege, in dubio pro reo*; en el derecho procesal, principio impositivo, inquisitivo e integrativo de la sentencia; entre otros.

Cuestiono esta clasificación debido a que, en el primer grupo, no se hace mención a los principios del derecho sino a los fundamentos de los mismos; en el segundo grupo se hace referencia a los postulados de la lógica general, que son instrumentos de interpretación; y, en el tercer grupo, se confunden a los principios generales del derecho con los brocardos jurídicos. Asimismo, se observa que, dentro de esta clasificación, se fusionan tres conceptos de diversa naturaleza, pero que, en la dinámica de la experiencia jurídica, se encuentran en estrecha relación. Me refiero a los principios del derecho, a los fines y a los valores jurídicos, los mismos que intentaré definir y distinguir.

Doctrina sociológica nacional advierte que los valores son «los criterios según los cuales el grupo o la sociedad juzga la importancia de las personas,

---

[69] En este sentido, se sostiene que «la jurisprudencia tiende a considerar al principio como regla general y abstracta que se obtiene cumpliendo sucesivas *subsunciones* de reglas particulares específicas y *circunstaciadas* con contenido amplio, conducibles todas al ápice, al vértice, justamente al principio» (ALPA, *op. cit.*, p. 9).

[70] *Ibid.*, pp. 6-42.

[71] SILVA VALLEJO, José Antonio. «El artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Civil: llave maestra de la teoría general del Derecho Civil y Procesal». En: *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 487-488.

los modelos, de los fines u otros objetos socio-culturales».[72] También establece los siguientes caracteres:[73]

a) son compartidos por los integrantes del grupo;
b) suscitan reacciones afectivas de carácter social; y
c) requieren del consenso.

No es mi intención reproducir la discusión respecto a las características de axiología formal de los valores,[74] como es el caso del *valer* (que no pasa de ser una redundancia), su cualidad y su jerarquía (hecho muy relativo). La naturaleza de lo valores es un tema asaz controvertido: unos sostienen que son objetivos[75] (se entienden los valores como estrellas polares inalcanzables); otros afirman que son subjetivos, dada su dependencia ontológica; y otros se adhieren a una posición ecléctica. Lo cierto es que los valores son el resultado de una vivencia personal. En lo que todos los autores están de acuerdo es en la característica de la polaridad que tienen los valores, ya que existe un lado positivo que está dado en el valor y otro negativo que se traduce en el *disvalor*.

La teoría egológica establece una tabla de valores jurídicos, que se da a conocer a continuación, junto a sus respectivos *disvalores*:[76]

a) Justicia-Injusticia
b) Orden-Desorden
c) Seguridad-Inseguridad
d) Poder-Impotencia

---

[72] ÍSMODES CAIRO, Aníbal. *Sociología*. 3ª ed. Lima: Minerva, 1967, p. 282.

[73] *Ibid., loc. cit.* El mismo autor sostiene que los valores poseen una serie de funciones, que son:

a) Función activa de juicio
b) Proporcionan ideales
c) Factor de control y presión social
d) Fortifican la solidaridad (*op. cit.*, pp. 285-286).

[74] Para lo cual me permito remitir a FERRATER MORA, *op. cit.*, pp. 869-870.

[75] Así, se afirma que «diversos *objetivistas*, desde Platón hasta Husserl, Bergson, Scheler, N. Hartmann y otros autores, han sostenido que los valores son factores autónomos, semejantes a sustancias, que un objeto «tiene» o de las que «participa», esencias o entidades que un sujeto puede «percibir» o para los que puede estar «ciego». Un valor determinado que así «existiría en sí mismo» sería, según ciertos filósofos, parte de una organización jerárquica, ocupando en ella un puesto superior o inferior al de otro» (BLUMENFELD, Walter. *Valor y valoración*. Lima: Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1959, p. 3).

[76] COSSÍO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 84.

e) Paz-Discordia
f) Cooperación-Masificación
g) Solidaridad-Aislamiento

Doctrina nacional objeta la escala propuesta y advierte que: «[...] el orden en si mismo no es un valor, ni menos aun un valor jurídico, sino un estado que deriva de la observación de otros valores. La seguridad [...] es, no un valor, sino uno de los fines del derecho. El poder significa una forma de acción que solo puede justificarse en otros valores. La cooperación y la solidaridad son en sí mismas modos de vida social. Solo quedaría la paz, que es valor tributario de la justicia».[77]

Desde mi punto de vista, ni siquiera la paz es un valor. En efecto, al ser entendida como una situación de sosiego o de tranquilidad, tiene la naturaleza de un resultado y no de un valor, concebido —como ya se dijo— como criterio.

Los valores jurídicos se constituyen en uno de los elementos del derecho y se traducen en un conjunto de criterios que poseemos para juzgar tanto a los sujetos como a los objetos. El valor supremo del derecho es la justicia, valor que no es el único. Todos los valores, al ser recogidos por la norma, se tornan en jurídicos, tal es el caso de las normas de las letras de cambio: el valor de crédito que se regula se convierte en un valor jurídico. Comparto plenamente la posición que sostiene que los valores no pueden ser principios, por cuanto «un principio, lo mismo que una ley física o una norma moral, es una regla general que permite la deducción de lo que sucederá o ha de suceder bajo ciertas condiciones»,[78] cosa que no se aplica en los valores. Estos no se encuentran como estrellas polares, alejadas de la realidad del ser humano; todo lo contrario, se hallan dentro del mismo, pero, al mismo tiempo, no dejan de existir porque el hombre los pretenda ignorar.

La definición del concepto de *fin* se asimila a la idea de terminación, límite o acabamiento de una cosa. Siguiendo a doctrina filosófica argentina,[79] el fin tiene una serie de sentidos, a saber:

a) Sentido temporal, como el momento final.
b) Sentido espacial, como el límite.

---

[77] ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 7ª ed. Lima: SESATOR, 1980, p. 312.

[78] BLUMENFELD, *op. cit.*, p. 4.

[79] FERRATER MORA, José. «Fin, Finalidad» (voz). En: *Diccionario de Filosofía*. 5ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 705.

c) Sentido ideal, como esencia, expresada en la definición o en la determinación.
d) Sentido general, como propósito, objetivo, blanco, finalidad.

Es importante señalar que el fin se confunde a veces con el principio. Así, se afirma que «los fines poseen para el derecho una doble significación: son, por una parte, principios que dirigen su elaboración y que se incorporan en normas y en instituciones; y, por otra, ideales que representan su permanente aspiración. En el primer sentido, son inmanentes o internos al orden jurídico; en el segundo, trascendentes o externos».[80] Debemos distinguir el fin objetivo, que consiste en la finalidad, del fin formal, que se materializa al conseguir una finalidad.[81] Atendiendo al concepto objetivo del fin, podría decirse que el derecho tiene como fines el bien común, interpretado como «satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses de todos los individuos, con el menor sacrificio, con el menor desperdicio y con la mínima fricción»;[82] y la seguridad, entendida como el «sentido de estabilidad que ofrece al individuo la sociedad al apreciar su conducta».[83]

Los principios del derecho, los fines y los valores jurídicos se encuentran, pues, fuertemente vinculados. Por eso, muchos autores tienden a confundirlos. Los valores, entendidos como criterios para juzgar y actuar, se constituyen como medidores de los fines e incluso de los principios del derecho. Los valores jurídicos son parte integrante del derecho, junto con las normas y la conducta humana intersubjetiva. Como se advirtió líneas arriba, los principios del derecho pueden provenir de los valores. Se entiende como fines todo aquello que se quiere lograr a través del derecho. El valor es el fundamento del principio y el principio ilumina el fin.

Al tener una visión tridimensional del derecho, se infiere también que los fines del derecho pueden ser logrados mediante una vivencia plena de

---

[80] ALZAMORA VALDEZ, *op. cit.*, p. 293.

[81] FERRATER MORA, *op. cit.*, p. 706.

[82] RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México, D.F.: Porrúa, 1981, p. 326. El autor afirma que «en todo caso, se debe tener siempre a la vista el principio de que, entre todos los intereses humanos, los de más alta jerarquía son aquellos consistentes en proporcionar los medios para la realización de los valores que pueden cumplirse solo en la persona individual y por la decisión libre de esta» (*loc. cit.*).

[83] ALZAMORA VALDEZ, *op. cit.*, pp. 297-298.

los valores jurídicos y, en un plano de aplicación del derecho, en caso de deficiencia o defecto de la ley o cuando se requiera interpretar algún modelo jurídico, por medio de una justa aplicación de los principios del derecho.

6. Los principios del derecho en la legislación nacional

Existen discrepancias respecto a quién es el que primero ha utilizado la expresión *principios generales del derecho*. Unos sostienen que fue Raimundo Lulio en sus obras *Ars magna* y *Ars generalis ultima*. Otros le atribuyen este hecho a Tomás de Aquino, quien antes que Lulio se refiere a los «principios generales del derecho natural».[84]

En el ámbito legislativo, el Código Civil austríaco de 1811 es el que por primera vez alude, en su artículo 7, a los «principios del derecho natural»; posteriormente, en 1838, el Código Civil albertino, en su numeral 15, se refiere a los «principios generales del derecho».

Con el movimiento de la codificación, casi todos los textos legales del mundo se refieren —ya sea bajo una óptica iusnaturalista o positivista— a los principios generales del derecho. Merece especial atención el Código Civil italiano de 1942 que, pese a que su predecesor de 1865, en su artículo 3, hacía mención a los principios generales del derecho, singularmente se refiere, en su artículo 12 de las preleyes, a los «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado»,[85] hecho que fue calificado como una «miope estatolatría».[86]

---

[84] VIGO, *op. cit.*, pp. 85-86.

[85] Así, comentando este cambio legislativo, se afirmó que fue «aprobable el sistema, feliz la fórmula» (DI SEMO, Giorgio. *Istituzioni di diritto privato*. 6ª ed. Firenze: G. Barbera Editore, 1952, p. 74). Para este autor, el ordenamiento jurídico del Estado «es el conjunto de normas jurídicas en vigor en el territorio del Estado, consideradas en su orgánica y coordinada unidad» (*loc. cit.*). También se sostiene que los principios generales «son deducidos de todo el ordenamiento del Estado y, por lo mismo, tanto del derecho público, como del privado, pero teniendo siempre presentes los principios fundamentales de la constitución, por cuanto a estos —sin que se pueda dejar de repetirlo— debe ajustarse toda ley» (BRECCIA, Umberto; Lina, BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*, t. I. vol. 1. («Normas, sujetos y relación jurídica»). Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 93).

[86] DEL VECCHIO, Giorgio. «Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto». *Rivista internazionale de Filosofia del Diritto,* n.º 32, 1960, p. 700. Asimismo, el mismo autor criticó de «limitación étnica» a la doctrina que se refería

En el Perú, se deja sentir la influencia de los códigos austríaco y albertino. Así, en el Código Civil de 1852, numeral 9 del Título Preliminar, se prescribe que:

> Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: primero, al espíritu de la ley; segundo, a otras disposiciones sobre casos análogos; y tercero, a los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes con-sultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos ca-sos que ocurran.

Como lo explicita el artículo 10 del mencionado texto legal, las consultas a que se refiere el artículo 9 son elevadas por la Corte Suprema al Poder Legislativo con su informe. Al amparo del artículo 9, se sancionaron ejecutorias supremas en 1873,[87] 1880,[88] 1886,[89] 1908[90] y 1919,[91] basadas en los principios generales del derecho.

El numeral 23 del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936 expresaba que: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho».

---

a los «principios generales del derecho italiano» (*Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 48).

[87] Con Sentencia de fecha 7 de noviembre de 1873, se afirma que «la administración de justicia nunca puede ser arbitraria, pues a falta de ley expresa debe procederse por leyes análogas o principios de derecho» (*Anales judiciales del Perú* 1873-1874-1875. Tomo II. 1907. pp. 88-89).

[88] Citada por GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*, t. I. Lima: Cultural Cuzco, 1982, p. 77.

[89] Así, en un Dictamen Fiscal, de fecha 29 de setiembre de 1886, se advierte que las cuestiones de derecho «deben ser resueltas por el juez aplicando la ley y los principios jurídicos» (*Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia* 1880-1887. Tomo IV. 1911, p. 329). Por su parte, en la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 1886, relativa al mismo caso, no obstante se invoca el artículo IX del Título Preliminar Código Civil de 1852, se fundamenta la decisión sobre la base de la analogía (*op. cit.*, p. 336).

[90] En la cual se estableció que «el llamado derecho de «llave», constituido por antiguos contratos de arrendamiento de tiendas de comercio, no está regulado por leyes especiales y, por tanto, debe regirse por los principios generales del derecho» (GUZMÁN FERRER, *loc. cit.*).

[91] En la que se precisa que «el Código Civil no define ni reglamenta el contrato de corretaje común por cuya razón debe resolverse atendiendo únicamente a la prueba actuada y a los principios generales del derecho» (*Ibid., loc. cit.*).

Sorprende sobremanera que dicho texto legal se aparte de su predecesor, a nuestro modo de ver, equivocadamente, al no incluir como mecanismo de integración de la ley a la analogía. Sin embargo, se observa que adopta una terminología adecuada al aludir a los «principios del derecho». Resulta sumamente interesante la Resolución Suprema de fecha 2 de mayo de 1978 (Expediente N.º 352-78/Piura) que, bajo el amparo del artículo XXXIII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, se emitió reconociendo *pretorianamente* el derecho a la imagen. En efecto, en la parte considerativa, se advierte que:

> [...] por su naturaleza, los atributos de la personalidad son inalienables, figurando entre ellos el derecho sobre la propia imagen, en virtud del cual se tutela la intimidad y el decoro; que, consecuentemente, es derecho indiscutible de la persona el decidir la oportunidad y condiciones de representación de su forma corporal así como el de prohibir su desnaturalización; que este derecho, tendiente a la protección de la imagen, se traduce en dos valores: uno moral y otro patrimonial; por el primero nadie tiene por qué invadir la esfera de la privacidad exhibiendo a los demás, sin consentimiento del titular del derecho, la efigie o imagen; y, por el segundo, solo a aquel le corresponde determinar las exigencias que deben previamente satisfacerse para autorizar su difusión, coligiéndose, asimismo, que tampoco está permitido procurar un provecho económico a expensas de la imagen de una persona sin su consentimiento y, cuando así hubiere ocurrido, la obligación de asumir el resarcimiento del daño irrogado es su consecuencia.[92]

Respecto al vacío legislativo, se precisa que:

> [...] no encontrándose previsto en forma expresa en el Código Civil ni en la Ley número trece mil setecientos catorce[93] el derecho sobre la propia imagen, teniendo en

[92] *Revista de jurisprudencia peruana*, año XXXVII, n.º 412, mayo de 1978, pp. 532-533.

[93] Ley de Derechos de Autor, ya derogada.

[94] *Revista de jurisprudencia peruana*, año XXXVII, n.º 412, mayo de 1978, p. 533.

> cuenta lo prescrito en el artículo veintitrés del Título Preliminar del acotado, que hace imperativo el deber de administrar justicia, es evidente que la demanda de fojas trece resume la legítima petición de doña Amparo Valcárcel Barreto de obtener una indemnización por el daño causado al haberse utilizado su imagen sin su consentimiento en una propaganda comercial, asegurándose de esta un beneficio indebido.[94]

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, en concordancia con la Constitución de 1979, en su artículo 233, inciso 8, establece que:

> 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.

Doctrina procesal nacional ha advertido, a propósito de la expresión «defecto o deficiencia de la ley», que si bien «se están utilizando como si fueran distintos dos conceptos que son idénticos»,[95] lo que se quiso decir «al utilizar el concepto "defecto" es referirse al error contenido en la norma aplicable al caso concreto, es decir, cuando esta es imperfecta para su aplicación al conflicto de intereses. Por otro lado, cuando usó la palabra "deficiencia", quiso referirse al supuesto en el que no existe norma que contemple el caso concreto a ser resuelto, es decir, a un caso de vacío, aquello que en doctrina suele denominarse "laguna de la ley"».[96]

No obstante la expresión «principios generales que inspiran el derecho peruano» haya quedado suprimida, por cuanto la nueva Constitución de 1993 ha adoptado una formulación distinta a la de su predecesora,[97]

---

[95] MONROY GALVEZ, Juan. «La función creadora del juez». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I. «Título Preliminar». Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 382.

[96] *Ibid., loc. cit.* En este mismo sentido, Marcial RUBIO CORREA cuando afirma que «defecto o deficiencia equivalen a indicar insuficiencia o inexistencia de la norma jurídica» (*op. cit.*, p. 141).

[97] Cuyo artículo 139, inciso 8, establece que 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».

durante su vigencia, llamó poderosamente la atención, haciendo surgir la interrogante acerca de cuáles son los principios generales que inspiran el derecho peruano.

Doctrina italiana respondió a esta pregunta de la siguiente manera: «[...] a mi modo de ver, resulta claro que el legislador no se refiere a principios «extraídos» por sucesivas ge-neralizaciones del derecho peruano o, en todo caso, a principios «nacionales» de derecho. El movimiento representado es, más bien, opuesto, tratándose de principios que «inspiran» el Derecho peruano, de «directivas» que dan forma (principios informadores), que indican orientación del Derecho del Perú, a una rama de este, a una materia, a una institución».[98]

Por consiguiente, la Constitución y el Código Civil peruano (*pre-vigentes* a la Constitución de 1993), sobre esta materia, lejos de afiliarse a una dirección positivista, menos aún a aquella nacionalista, propia del Código Civil italiano, se alinearon a una posición iusnaturalista o culturalista, por cuanto, al referirse a «los principios generales que *inspiran* el derecho peruano», no estaban indicando que tales principios se infieren del derecho peruano sino todo lo contrario, vale decir, que son independientes de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, esta posición se asemeja a la del Código civil español de 1889,[99] que en el artículo I.4 de su

---

[98] SCHIPANI, Sandro. «El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano (apuntes para una investigación)». En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 53. En doctrina nacional, se sostiene que «los principios generales del derecho que inspiran el Derecho peruano, si los ubicamos en el ámbito de nuestro Derecho Civil, son el resultado de un proceso histórico de su formación y el momento de su eclosión, esto es, desde el advenimiento de la República. Son, pues, el resultado de la conjugación de elementos hispánicos, por cuyo conducto llegaron el derecho romano y el canónico, con los escasos elementos autóctonos, entonces y hasta ahora reconocidos, así como también con los que aportó la ilustración, la Revolución Francesa y el Código de Napoleón» (VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 258).

[99] En su versión original, el artículo 6 del Código Civil español, admitía la aplicación de los principios generales del derecho «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido». En efecto, establecía que «el Tribunal que rehúse fallar con el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho». Con la reforma, los principios generales del derecho son reconocidos expresamente como fuentes del ordenamiento jurídico español (artículo 1.1.).

Título Preliminar, redactado conforma a la Ley de Bases 3/1973, del 17 de marzo de 1973, y Decreto 1836/1974, del 31 de mayo de 1974, prescribe que:

> Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter *informador* del ordenamiento jurídico.

Doctrina española afirma que, al ser equívoca la expresión principios generales del derecho, se encierran, al mismo tiempo, las siguientes acepciones:[100]

a) como los principios mismos que informan el ordenamiento jurídico escrito;[101] y
b) como los principios del derecho natural que deben inspirar el ordenamiento positivo.[102]

Observo similitud entre este último sentido que se le da a los principios del derecho y el inciso 6 del artículo 233 de la Constitución de 1979. Al parecer, el legislador constitucionalista de ese entonces tuvo presente la doctrina ya citada. El recurso a los principios jurídicos ha sido (y continua siendo) modelo jurídico de amplia circulación en diversos códigos civiles. Tal es el caso del Código Civil argentino,[103] el Código Civil venezolano,[104] y el Código Civil paraguayo,[105] entre otros.

---

[100] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, vol. I («Parte General»), 4ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 301.

[101] En este mismo sentido, se sostiene que los principios «no son verdaderamente una fuente autónoma del derecho, sino más bien forma de conocimiento del total ordenamiento positivo» (*Ibid.*, p. 303).

[102] En esta acepción, se consideran a los principios como «fuente subsidiaria» del derecho (*Ibid.*, p. 304).

[103] Cuyo artículo 16 establece que: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (el subrayado es mío).

[104] El artículo 4 del Título Preliminar de este cuerpo de leyes precisa que «a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho» (el subrayado es mío).

[105] En el artículo 6 se regula que: «Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

7. Cómo los operadores jurídicos utilizan (¿o manipulan?) los principios jurídicos

La razón por la cual elegí el epígrafe de Sófocles fue porque los jueces, en no pocas ocasiones, se encuentran en el mismo dilema de Antígona, vale decir, obedecer las leyes (aunque injustas) o ir más allá de ellas. Lamentablemente, el fantasma del prevaricato hace que estos operadores jurídicos elijan la (cómoda) primera opción. He elegido el caso de una demanda por filiación extramatrimonial para validar mi afirmación. En el caso, una vedette y un reportero televisivo se conocieron un 29 de mayo de 1996 en una discoteca, en la cual el reportero le entregó una tarjeta de presentación. Días después comenzaron a frecuentarse, llegando a tener «relaciones sexuales múltiples».[106] Producto de ello, la vedette quedó embarazada y el (presunto) padre (que estaba casado) se negó a reconocer a la menor que nació el 1 de marzo de 1997. En vista de ello, la vedette (ya madre) demandó por filiación extramatrimonial al reportero. Por su parte, el demandado reconvino para que se declare por no puesto su nombre en la partida de nacimiento de la menor. El octavo Juzgado de Familia de Lima, con Resolución de fecha 7 de diciembre de 1999, teniendo como pruebas la tarjeta de presentación entregada por el reportero, las declaraciones testimoniales de dos amigas de la vedette que la acompañaron la noche que se conoció con el reportero en la discoteca, la declaración de su propia madre, la del administrador del hostal que frecuentó la pareja, que indicó que «el demandado concurría al referido hostal frecuentemente», la inspección judicial y, sobre todo, por la conducta procesal del demandado, declaró infundada la reconvención y fundada la demanda, y ordenó cursar los partes judiciales a la municipalidad respectiva para que se haga la anotación marginal correspondiente, indicándose el reconocimiento judicial de filiación extramatrimonial.

Esta resolución tiene fundamentos débiles y fundamentos fuertes. Dentro de los primeros, merece atención la afirmación de que:

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y, en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho» (el subrayado es mío).

[106] Tal como se da cuenta en la resolución del octavo Juzgado de Familia de Lima, de fecha 7 de diciembre de 1999, la cual estoy siguiendo fielmente con el propósito de relatar los hechos.

> [...] la demandante, en forma exacta, pese al tiempo transcurrido, no solo conocía de todas las instalaciones y su ubicación, sino que describió todas y cada una de las habitaciones en las cuales se había hospedado con el demandado, indicando su ubicación, encontrándose una en vías de remodelación y otra sin número, instruyendo al juzgado de la ubicación de las mismas, de lo que se colige que concurrió con el demandado a dicho lugar y sabía perfectamente de la distribución de ambientes, comprobándose de esta manera el haber frecuentado el hostal en referencia, situación que se corrobora con la diligencia de inspección judicial (el subrayado es mío).

Llama poderosamente la atención la (forzada e ilógica) conclusión que, por el hecho de que la madre detalle pormenorizadamente las instalaciones de un hostal, se entienda que lo frecuentó con el reportero. Su declaración y la corroboración hecha por la inspección judicial solo podrían acreditar que la vedette era *habitué* en dicho local, a tal punto de tener pleno conocimiento de sus instalaciones; pero, de ningún modo, que haya concurrido con una persona determinada y, mucho menos, con el demandado. Son argumentaciones débiles también la presentación de la tarjeta, así como las declaraciones testimoniales.

La argumentación fuerte (creo que la única) está dada en la conducta procesal del demandado. En efecto, se sostiene que:

> [...] por otro lado, debe tomarse en cuenta que el artículo cuatrocientos trece del Código Civil, modificado por la Ley veintisiete mil cuarenta y ocho, señala que es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, es decir, que esta es de vital importancia para el proceso, razón por la cual el Juzgado admitió la Prueba de ADN, esta prueba de análisis citogenética con validez científica no ha sido aceptada por el demandado, debiendo merituarse el hecho de haber sido renuente a pasarla aduciendo que por sus creencias religiosas no ha podido realizarla, presentando para el efecto la constancia de matrimonio de fojas ochenta y cuatro y los documentos de fojas quinientos diecinueve a quinientos veinte, estos últimos luego de la audiencia de pruebas. Ello de ninguna forma acredita la prohibición de pasar la referida

> prueba, si se toma en cuenta que el demandado, actuando dentro del proceso, no solo debe ejercer su derecho de defensa que la ley le franquea, sino que debió colaborar con la judicatura a fin de despejar la incertidumbre jurídica. Por ello, se advierte en las constancias que corren de fojas cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos sesenta y uno de autos que el demandado y reconviniente no ha concurrido a pasar la prueba de ADN, por lo que se hizo efectivo el apercibimiento que al respecto señala el segundo parágrafo del inciso sexto del artículo cuatrocientos dos del Código Civil,[107] modificado por el artículo dos de la Ley veintisiete mil cuarenta y ocho, como es de verse de la resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho (el subrayado es mío).

La falta de colaboración del demandado fue evaluada de la siguiente manera:

> [...} que los sucedáneos de los medios probatorios son los auxilios establecidos por la Ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, ya sea corroborando, complementando o sustituyendo el valor o el alcance de estos como lo señala el artículo doscientos setenta y cinco del Código adjetivo. Dentro de ellos se encuentra la presunción, que no es otra cosa que el razonamiento lógico–crítico, que señala que uno o más hechos indicadores llevan al juez a la certeza del hecho investigado. Por otro lado, el artículo doscientos ochenta y dos del Código Procesal Civil señala que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción, de donde se establece la presunción legal relativa, por lo que, tomada en cuenta la conducta procesal del

[107] Téngase en cuenta que la parte pertinente citada establece que «ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415» (el subrayado es mío).

> demandado en el presente proceso y su falta de colaboración con el juzgado, frente a su negativa a someterse a la prueba de ADN, pese a haber sido debidamente notificado y tomándose en cuenta todos y cada uno de los considerandos y medios probatorios que esta resolución contiene, así como el parecido físico existente entre la menor y el demandado, como se colige de las fotografías de fojas trece a dieciséis de autos y las corrientes en los recortes periodísticos, se presume que la paternidad de la menor materia de este proceso le corresponde al demandado (el subrayado es mío).

En verdad, el argumento que me parece más consistente —repito— ha sido el de la conducta procesal del demandado. Las pruebas, que han sido inconsistentes, no pueden servir para reforzar la valoración de dicha conducta. Otro dato que no puede pasar desapercibido es que el juzgado se haya referido al parecido físico entre la menor y el demandado.

La fundamentación jurídica del juzgado se basó en principios del derecho y en normas específicas. Respecto al primer tipo de argumentación, se manifestó que:

> [...] si bien el demandado basa su reconvención en el hecho de que la demanda no se sujeta a ninguno de los presupuestos que señala el artículo cuatrocientos dos del Código Civil, debe establecerse categóricamente que el hecho de no haber sostenido las partes una relación de convivencia, por no haber vivido juntos nunca, no establecen que estas relaciones sexuales no se hayan realizado dentro del marco de una relación amorosa con trato sexual furtiva e inconstante por el poco tiempo de su duración, si tomamos en cuenta que duró aproximadamente un mes, ya que ello no determina en forma alguna el hecho de que estas relaciones sexuales no se hayan consumado. Cabe mencionar sobre este aspecto que, frente a vacíos o deficiencias de la ley, el juzgador debe administrar justicia aplicando en forma extensiva la jurisprudencia y los principios generales del derecho con el fin de resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica como lo es el presente caso, como lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso octavo, de la Constitución Política del Estado, tomándose en cuenta la copia de la jurisprudencia sobre filiación que corre de fojas ocho a nueve de autos(el subrayado es mío).

Las normas que se invocaron fueron las siguientes:

> [...] que habiendo el demandado basado su reconvención en el artículo cuatrocientos tres del Código Civil,[108] norma que actualmente ha quedado derogada por el artículo sexto de la ley veintisiete mil cuarenta y ocho, de fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, no pudiendo esta judicatura basar su sentencia en norma anteladamente derogada, por ser norma inaplicable, y no habiendo probado las preces de su acción el demandado frente a la reconvención planteada, es de aplicación en este último extremo el artículo doscientos del Código Procesal Civil, que las demás pruebas actuadas y no glosadas no enervan en nada los considerandos de esta sentencia, por lo que de lo dispuesto por el artículo segundo, inciso diecinueve, de la Constitución Política del Perú, artículo diecinueve del Código Civil y en aplicación extensiva del inciso tercero del artículo cuatrocientos dos del mismo cuerpo de leyes, así como en la ley veintisiete mil cuarentiocho, en su artículo segundo, que modifica el artículo cuatrocientos dos, que incluye el inciso sexto y artículo cuatrocientos trece del mismo cuerpo de leyes, así como en los artículos doscientos setenta y cinco, doscientos setenta y siete, doscientos ochenta y uno y doscientos ochenta y dos del Código Procesal Civil, el octavo Juzgado de Familia de Lima, administrando justicia a nombre de la nación, falla: declarando infundada la reconvención [...] y fundada la demanda (el subrayado es mío).

En aplicación (*in abstracto*) de los principios (generales) del derecho, ya que no se menciona específicamente a ninguno, se realiza una aplicación (hiper) extensiva del inciso 3 del artículo 402 Código Civil, que establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando «el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato

---

[108] El cual establecía que «la acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre».

cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales».

De ello se desprende que, para los efectos del mencionado inciso, con esta interpretación, el hecho de tener «relaciones sexuales múltiples» equivale a un concubinato, y eso es suficiente para ser declarado judicialmente como padre extramatrimonial. Ello confirma la tendencia a diferenciar este supuesto del de la configuración de la «unión de hecho» para que se constituya una sociedad de gananciales, en la cual se requiere, según lo establecido por el artículo 326 Código Civil, que la pareja esté conformada voluntariamente por un varón y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial y que hayan convivido, al menos, dos años continuos «para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio».

Habiendo sido apelada esta Sentencia por ambas partes, la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, con Resolución de fecha 15 de junio de 2000, con el voto de tres vocales, cada uno de los cuales hizo una fundamentación singular, y con un voto en discordia, se confirmó la Resolución recurrida. En la Resolución firmada en conjunto por los tres vocales, se afirma que:

> [...] se debe mencionar que si bien el artículo 402 del Código Civil no ha considerado la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción como causal para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor cuya situación jurídica es la de un gran sector de la población infantil, porque ello importaría atentar contra su derecho de llevar un nombre patronímico que le corresponde, así como desconocer el principio general del derecho de que «todos somos iguales ante la ley» y, por tanto, gozamos de las mismas oportunidades.
> [...] Que, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo octavo del Título Preliminar del Código civil, aplicable al caso de autos por imperio del artículo séptimo del mismo título (el subrayado es mío).

A propósito del principio de la igualdad, se sostiene que se debe enfocar desde una doble perspectiva, «de un lado, como un *principio* rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que este debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un *derecho constitucional subjetivo*, individualmente

exigible, que confiere a toda persona el derecho a ser tratado con igualdad ante la Ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación».[109]

Como ya lo mencioné anteriormente, la naturaleza de los principios jurídicos es la de ser modelos crípticos, estructuras carentes de poder vinculante (como la ley, la costumbre o la jurisprudencia) y, por lo tanto, no pueden ser entendidas como normas jurídicas. Los principios no tienen per se el carácter de obligatorios. Cosa distinta sucede cuando los principios son recogidos en una norma jurídica: por tal hecho, se vuelven vinculantes; pero no por ello pierden su naturaleza. En el caso del denominado derecho subjetivo a la igualdad, creo que se trata de un principio que, por el hecho de ser consagrado por la Constitución, no debería alterarse en su esencia.[110] El derecho subjetivo no es más que el poder que el ordenamiento jurídico le otorga a los sujetos de derecho para que actúen libremente. Es por ello que el error conceptual en el cual se ha incurrido al redactar el artículo 2, inciso 2, de la Constitución no nos debe llevar a esta confusión. Volviendo a la interpretación del artículo 402 Código Civil, se sostiene que:

> [...] analizado el indicado artículo 402 del código sustantivo, se llega a la conclusión de que el legislador, al estructurar dicha norma, ha señalado supuestos de hecho sobre la base de los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial sin que los supuestos fácticos para tal declaración se agoten en la enumeración que hace el aludido artículo.
> [...] Que, en efecto, este numeral no determina que la declaración judicial en cuestión solo puede declararse sobre la base de las causales que en él se fijan, dado que esta disposición legal no determina taxativamente las causales sobre las cuales se puede producir la referida declaración judicial.
> [...] Que, la interpretación teleológica del artículo 402 del Código Civil nos permite establecer la relación paterno-filial

[109] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación». *Ius et Veritas*, año VIII, n.º 15, diciembre, 1997, p. 63 (el resaltado es del autor).

[110] Así, LONARDO, citando a BARBERIS, cuando expresa que «un principio puede considerarse existente no por el hecho de haber sido legítimamente puesto por un legislador, sino «por el hecho de ser considerado *justo* o, al menos, adecuado al caso para el cual ha sido invocado»» (*op. cit.*, p. 287).

> (paternidad extramatrimonial), lo cual conforme a nuestro ordenamiento jurídico deberá demostrarse de acuerdo con las normas procesales respectivas» (el subrayado es mío).

Es aquí donde la Sala apela a la normatividad procesal para reforzar la interpretación extensiva del artículo 402 del Código Civil de la siguiente manera:

> [...] debe tomarse en consideración que el sistema jurídico para la determinación judicial de paternidad ha evolucionado en el tiempo, particularmente en los últimos veinte años, en razón al notable desarrollo científico que ha posibilitado la determinación biológica de la paternidad, desplazándose así progresivamente el sistema de presunción legal de paternidad.
> [...] Que, así, nuestro Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo número 768 y vigente desde el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y tres, contempla en su artículo 193 el ofrecimiento de «medios probatorios atípicos» constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios probatorios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.
> [...] Que, igualmente, el legislador concede al juez, para formarse convicción, el uso del método lógico-jurídico al incorporar el capítulo denominado «sucedáneos de los medios probatorios», que incluye las modalidades de los indicios, presunciones, evaluación de la conducta de los justiciables y la ficción legal.
> [...] Que, los sucedáneos de los medios probatorios son, como lo establece el artículo 275 del Código Procesal Civil, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos.
> [...] Que, dentro de los sucedáneos de los medios probatorios, el código Procesal Civil recoge la presunción judicial y la conducta procesal de las partes.

> [...] Que, en cuanto a la presunción judicial (artículo 281 del código adjetivo), nuestro ordenamiento procesal civil autoriza al juez a formarse convicción respecto al hecho o hechos investigados, entre otros, a partir de los presupuestos debidamente acreditados en el proceso.
> [...] Que, en el presente caso, los medios probatorios analizados por la juzgadora en cuanto a la relación extramatrimonial habida entre las partes en época contemporánea a la concepción conducen a presumir fundadamente que dicha relación extramatrimonial fue real y que durante su vigencia se procreó a la menor (el subrayado es mío).

La Sala procede de una manera correcta (frente a las nuevas pruebas que ofrecen los avances de la ciencia) al interpretar extensivamente el artículo 402 del Código Civil, ampliando el elenco de las causales para declarar la filiación extramatrimonial y no como equivocadamente hace el juez de familia, forzando el inciso 3 de dicho artículo.[111] Sin embargo, ambas instancias, en vez de evaluar atentamente las pruebas (bastante inconsistentes) ofrecidas por la demandante, hacen más bien un «acto de fe» respecto de estas, por cuanto las mismas no son suficiente para acreditar que la vedette y el reportero tuvieron relaciones sexuales y, mucho menos, una hija. Mejor suerte corre el *iter* argumentativo respecto a la conducta procesal del demandado. En efecto, la Sala sostiene que:

> Que, en cuanto a la conducta procesal de las partes (artículo 282 del código adjetivo), dicho ordenamiento procesal civil autoriza al juez a extraer conclusiones atendiendo a la conducta que estos observen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción; se debe agregar que los jueces se encuentran autorizados para amparar o desamparar la demanda, como un elemento coadyuvante, y a calificar la conducta procesal que observen las partes durante el desarrollo del proceso.
> [...] Que, siendo esto así, si alguno de los justiciables no concurre varias veces a las citaciones del juzgador, su conducta

[111] No obstante ello, en el fundamento del voto del vocal Ramos Lorenzo, se invoca la interpretación extensiva del inciso 3 del artículo 402 del Código Civil

debe ser considerada como indicio grave en contra de su pretensión o de las excepciones de mérito, según sea el caso.
[...] Que, en el caso sub-litis, no aparece elemento de juicio alguno que conduzca a determinar que el demandado haya colaborado para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes.
[...] Que, con respecto a ello, aparece de la audiencia de fojas doscientos veintiocho a doscientos cuarenta y uno que el demandado formuló oposición a la prueba genética de reconocimiento de ADN —fojas cuatro y cinco del Cuaderno de Tachas que se tiene a la vista— manifestando que en el Hospital Rebagliatti no se cuentan con los instrumentos necesarios para llevar adelante dicho examen y que la mencionada prueba genética no brinda certeza sobre la relación de parentesco; oposición que fue declarada infundada por el aquo en la propia audiencia y confirmada su resolución por la Sala de Familia conforme es de verse de la resolución que fotocopiada corre a fojas cuatrocientos setenta.
[...] Que, al no haberse presentado el demandado al Hospital Rebagliatti el día señalado para la audiencia, como es de verse de la constancia de fojas trescientos ochenta y cuatro, el Juzgado, por resolución de fojas cuatrocientos seis, señaló nueva fecha para el examen correspondiente, el que tampoco se pudo realizar por inasistencia del emplazado conforme aparece en la constancia de fojas cuatrocientos veinticuatro;
[...] Que, posteriormente, por resolución de fojas cuatrocientos treinta y dos, nuevamente el aquo convoca a las partes para la realización de la prueba del ADN en los laboratorios el Hospital Rebagliatti, apareciendo en la constancia de fojas cuatrocientos sesenta y uno que por tercera vez no asistió el demandado.
[...] Que hay que hacer notar que el demandado, en forma totalmente extemporánea, mediante escrito de fojas quinientos veintiuno a quinientos veintisiete, indica la imposibilidad física y moral que tiene para someterse a la prueba de ADN el día señalado por el Juzgado (doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve); imposibilidad «moral» que no alegó al momento de cuestionar la prueba dentro del plazo que imperativamente previene el inciso primero del artículo 478 del Código Procesal Civil en el Cuaderno de Tacha acompañado.

[...] Que, sin embargo, a pesar de haberse opuesto a la prueba genética de ADN y no cumplido con asistir a las tres citaciones realizadas por el Juzgador, el demandado se sometió al examen médico-legal ordenado por el Juzgado, manifestando en su escrito de fojas trescientos noventiséis que lo hacía en «estricto acatamiento a lo dispuesto por su despacho y mostrando su voluntad de colaborar».
[...] Que, de otro lado, debe también señalarse que el propio demandado, en su escrito de fojas cuatrocientos diez, expresa haber interpuesto una acción de garantía —amparo— contra la resolución del Juzgado que ordena se lleve adelante el examen de ADN (el subrayado es mío).

Frente a ello, la Sala entiende que:

[...] todo lo anteriormente expuesto con relación a la conducta del emplazado autoriza a concluir que no ha prestado de modo alguno su colaboración para la práctica de la prueba de ADN; acreditándose de este modo que entre las partes no solo ha existido una relación amorosa, sino que ha existido una relación íntima que inequívocamente ha conducido a la procreación de la menor [...], cuyo mérito conduce a amparar la demanda de filiación aplicando el espíritu y el criterio contenido en el artículo 402 del Código Civil.
[...] Que respecto de la aplicación retroactiva de la Ley número 27048 alegada por el demandado, debe señalarse que el a-quo, mediante resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho, resolvió hacer efectivo el apercibimiento que contiene el segundo parágrafo del inciso sexto del artículo 402 del Código Civil, modificado por la indicada ley; resolución que, conforme puede verse a partir de lo actuado, se encuentra debidamente consentida al no haberse formulado por el demandado medio impugnatorio alguno en su contra.
[...] Que las disposiciones procesales por mandato de la segunda disposición complementaria final del Código Procesal Civil son de aplicación inmediata; pudiendo el Juez evaluar la negativa del emplazado a someterse a la prueba del ADN para declarar judicialmente la paternidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 402 del Código Civil, modificado por la ley número 27048 en concordancia con

> las disposiciones que, para evaluar la conducta de los justiciables, contiene el artículo 282 del Código Procesal Civil (el subrayado es mío).

Comparto con la Sala el hecho de haber aplicado la disposición procesal relativa a la evaluación del juez frente a la negativa de someterse a la prueba del ADN de manera inmediata.[112] No me queda tan claro si de ello «inequívocamente», como lo sostiene el órgano colegiado, se deba inferir la paternidad del demandado, máxime cuando aún subsiste el artículo 415 del Código Civil, que establece «que el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años».[113] Repito que el *iter* argumentativo ha sido impecable. Sin embargo, entre este y la conclusión tan categórica a la que se arriba, hay una suerte de «principio oculto» (o política jurisprudencial) en el que, indudablemente, el operador jurídico se inclina más a favor de la pretensión de la madre que a la del (presunto) padre: es el del interés superior del menor.[114] En este sentido (y revelando dicho principio), se pronuncia el fundamento del voto de la vocal Huerta Herrera, en el cual se sostiene que:

> [...] habiéndose demandado la investigación judicial de la paternidad de la niña [...], dicho petitorio responde a una

---

[112] Resulta pertinente citar el siguiente pasaje del fundamento del voto del vocal Ramos Lorenzo, en el cual se aprecia que «la prueba del ADN no es una creación de la Ley 27048, desde que ya se encontraba prevista en el texto originario de la primera parte del artículo 413 de nuestra codificación civil sustantiva, conforme a la cual en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extrajudicial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos «u otras de validez científica» (la del ADN por ejemplo), por lo que con esa o sin esa ley tal medio probatorio resulta pertinente y procedente al caso de autos».

[113] En efecto, se sostiene que «debe observarse que la posibilidad de declarar infundada la demanda no se ha perdido, no solo porque la Ley N.° 27048 no expresa ni sugiere que necesariamente debe declararse la paternidad, sino, y sobre todo, porque la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios —destinados a corroborar, completar o sustituir el valor o alcance de estos— permiten al juez utilizar su apreciación razonada» (PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 291).

[114] Para un sector de la doctrina nacional, el interés superior del menor está basado en «el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las tres características: amor, comprensión, felicidad» (CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. 3ª ed. Lima: Grijley, 1999, p. 225).

> exigencia de estricta justicia que debe ser atendido por el juzgador por cuanto conlleva un debate sobre derechos fundamentales tales como: «a conocer los progenitores» y la «identidad» (uno de cuyos elementos lo constituye el apellido paterno), conforme lo reconoce el inciso 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que el niño tendrá derecho, desde que nace, entre oros, a un nombre y a conocer a sus padres; siendo además deber del juez resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica [...] De ahí que, sustentándose la demanda en la imputación de la paternidad que se le atribuye al demandado [...], como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con la demandante [...], resulta menester interpretar el artículo 402 del Código Civil que regula sobre la declaración judicial de paternidad extramatrimonial [...] Dicho dispositivo legal prevé los supuestos de hecho de la referida declaración de paternidad que no [debe] entenderse sean los únicos desde que la paternidad no puede agotarse en cierto número de supuestos previstos por la ley sino fundamentalmente en adquirir certeza o verosimilitud de ser el padre respecto de determinada persona [...] Por ello, cualquier interpretación restrictiva de la norma en comento podría llevar a una situación injusta que no puede ser amparada por el Derecho, que busca precisamente realizar el ideal de justicia, tanto más si se tiene en cuenta que en los tiempos actuales, con el avance de la ciencia y la tecnología, puede llegar a determinarse con un altísimo porcentaje de certeza la paternidad y/o maternidad [...] A mayor abundamiento, cabe destacar que la norma en comento no contiene el vocablo «solo» o «únicamente» u otros términos similares que denoten que los supuestos de hecho previstos por ella sean los únicos (el subrayado es mío).

Merece particular atención el voto en discordia del vocal ponente, Carrión Lugo, que proponía revocar la Sentencia del juzgado de familia, declarando improcedente la demanda, sustentándose en lo siguiente:

> Conforme al inciso cinco del numeral 426 del Código Procesal Civil, uno de los requisitos para la admisibilidad de la demanda es que ella debe contener el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide. Es decir, el actor debe precisar la pretensión procesal que propone.

> Tratándose de una demanda sobre filiación, como es el caso de autos, el actor o la actora debe señalar la causal en la que sustenta su pretensión procesal, en la que apoya su pedido para que se emita su declaración de paternidad.[115] [...] de otro lado, el inciso 6 del artículo 427 del Código Procesal Civil establece que una demanda es improcedente si ella contiene un petitorio jurídicamente imposible. En efecto, si una pretensión procesal no estuviera regulada por el derecho positivo, mal podría encontrar tutela jurisdiccional efectiva, por lo que la demanda correspondiente deberá declararse improcedente. En el presente caso, se está frente a un petitorio jurídicamente imposible, pues el supuesto fáctico descrito en la demanda no está tutelado jurídicamente por el numeral 402 del Código Civil ni por otro dispositivo legal. [...] Si bien conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado o lo haya sido erróneamente, el juzgador no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Dicha norma, por su texto, supone que los hechos están regulados por el ordenamiento jurídico, pues si no estuvieran regulados el Juez no podría crear una norma para el efecto por no ser esa su función estricta (el subrayado es mío).

El vocal discordante pretende invocar el argumento psicológico, vale decir, la intención del legislador para sustentar su opinión, al aseverar lo siguiente:

> ¿Cuál ha sido el criterio del legislador al regular las causales para la declaración de la filiación extramatrimonial? Inicial-

[115] Se precisa, además, que «toda pretensión procesal tiene, por un lado, su fundamentación jurídica y fáctica, y, por otro, el petitorio correspondiente. Tratándose de la filiación, la pretensión respectiva comprende: a) su fundamentación, que está conformada por la descripción de los hechos que deben subsumirse dentro del marco de los incisos 402 del Código Civil y por la fijación de la previsión legal que sirve de base para la tutela jurisdiccional que se reclama; b) el petitorio, que se concreta a solicitar la declaración de paternidad. La propia demandante reconoce que el supuesto fáctico que señala en su demanda no es subsumible dentro de las causales de filiación previstas por el artículo 402 del Código Civil vigente en la fecha de presentación de la demanda».

> mente, con la promulgación del Código Civil, se fijaron cinco causales concretas detalladamente concebidas (artículo 402 del Código Civil) para la declaración de la filiación. Con posterioridad, con la dación de la Ley N.º 27048 (promulgada el 28 de diciembre de 1998, ocho meses después de la presentación de la demanda que ha originado el presente proceso), se ha agregado una causal más, consistente en la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Por consiguiente, ahora se tienen seis causales que pueden invocarse válidamente para los efectos de la declaración judicial de la filiación extramatrimonial. Esto significa también que el legislador, al fijar las causales con detalle, ha querido que los juzgadores recurran a la interpretación restrictiva de la norma para la filiación y no a la interpretación extensiva, en la que el intérprete amplía el significado del texto de la norma para comprender en ella otros supuestos fácticos que razonadamente estén incluidos, en atención a que el legislador, al regular las anotadas causales, lo ha hecho, no recurriendo a fórmulas genéricas, sino a fórmulas específicas, detalladamente configuradas, dando, como por ejemplo en el caso previsto en el inciso 3 del artículo 402 del Código Civil, una concepción singular del concubinato, diferente en algunos aspectos al concebido para la determinación de la sociedad de bienes que se genera por las uniones de hecho reguladas por al artículo 326 del Código Civil (el subrayado es mío).

Por último, se invoca el principio de irretroactividad de las normas, al sostener que:

> [...] la modificatoria introducida por la Ley N.º 27048 al numeral 402 del Código Civil, de otro lado, no puede aplicarse retroactivamente en virtud de la previsión contenida en el artículo 103 de la Constitución del Estado. Es más, si conforme al Código Procesal Civil los jueces están autorizados para calificar la conducta procesal de las partes en litigio para amparar o no una demanda, especialmente cuando se manifiestan notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción, la ley citada en este considerando,

> sin embargo, ha establecido una calificación especial y concreta de la conducta procesal que pueda asumir el demandado cuando señala que ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas (entre ellas la del ADN), luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad.

Frente a estas afirmaciones, creo pertinente precisar que:

a) La pretensión procesal (declaración judicial de filiación extramatrimonial) sí fue formulada por la demandante, aunque el fundamento jurídico no era el correcto (o, en todo caso, fue impreciso). El juez está obligado a administrar justicia aun en caso de vacío de la ley, y eso no significa «crear una norma». No se entiende por qué el vocal ponente (discordante) exige «que la pretensión procesal materia del proceso esté rigurosamente señalada», cuando, repito, sí lo fue y, si por *rigor* se entiende que la parte deba invocar el artículo, se incurre en un grueso error. Por ello, la afirmación que señala que se está frente a un «petitorio jurídicamente imposible» no resiste al análisis.

b) La pretendida interpretación de la intención del legislador es un argumento débil. Si bien es cierto que esta era la posición del ponente del Libro de Familia del Código Civil,[116] esta va en contra de toda una orientación jurisprudencial que ya había admitido una interpretación extensiva del artículo 402 del Código Civil, vale decir, que el elenco de las causales contenidas en el mismo no debía entenderse como un *numerus clausus*, sino como un *numerus apertus*.

c) La afirmación que la Ley N.° 27048 no es retroactiva. Debe entenderse respecto a sus normas de carácter material. Las disposiciones procesales contenidas en la misma (entre ellas, la valoración de la

---

[116] En efecto, Héctor CORNEJO CHAVEZ, en su momento (1980), afirmó que «el progreso de la ciencia permite ya obtener de la prueba de la sangre una conclusión tan inequívoca como puede ser la de cualquiera otra pericia, en el sentido de la no-paternidad, aunque no de la paternidad» («Exposición de motivos y comentarios del proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Op. cit.*, p. 436). Asimismo, el mismo autor, posteriormente, sostuvo que «acreditada en el juicio la hipótesis alegada —que ha de ser una de las cinco enumeradas en el artículo 402— se presume que el demandado es el padre [el subrayado es mío]» (*Derecho familiar peruano*. 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 476).

conducta del emplazado, por parte del juez), por mandato del propio Código Procesal Civil, son de aplicación inmediata. Asimismo, se debe recordar que los artículos 193 del Código Procesal Civil (respecto a los medios probatorios atípicos) y 282 del Código Procesal Civil (evaluación de la conducta procesal de las partes), entre otros, estaban vigentes al momento de la interposición de la demanda.

Creo que estos argumentos son suficientes para afirmar que la posición del vocal ponente (discordante) se ha producido dándole la espalda (inexplicablemente) a una orientación jurisprudencial ya aceptada y a normas procesales vigentes.

En opinión que comparto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en Resolución de fecha 13 de octubre de 2000 (Casación N.º 1753-2000), declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el demandado, precisando que:

> [...] esta denuncia [la del demandado] está dirigida a cuestionar la interpretación modificativa efectuada por la sala de mérito, sustentada en una línea jurisprudencial, que ha sido recogida con posterioridad en la ley veintisiete mil cuarenta y ocho, y a la que se podía arribar luego de una interpretación sistemática del conjunto de normas que regulan el derecho familiar, hechos que en estricto no configuran contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sino el ejercicio de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, como es el aplicar el derecho que corresponda al proceso, fundamentando su decisión en hechos alegados por las partes.

Nótese que, en un mismo proceso, diversos operadores jurídicos han invocado una serie de principios jurídicos, como el de igualdad, el de aplicar la norma jurídica pertinente (traducido a través del aforismo *iura novit curia*), el de irretroactividad de la ley y el del interés superior del menor, incluso, para defender posiciones contrapuestas. Ello debe llamarnos a realizar las siguientes reflexiones y a validar ciertas afirmaciones que hice al desarrollar la parte teórica de este trabajo:

a) El juez está facultado para aplicar los principios jurídicos, no solo a falta o deficiencia de la ley sino para interpretarla de una manera más justa.

b) Este poder que tiene el juez puede convertirse en una técnica manipuladora cuando, detrás de la aplicación de principios expresos, se esconden principios ocultos, o políticas de derecho encaminadas a favorecer a un segmento de los usuarios de la administración de justicia (por ejemplo, menores, reos, deudores, consumidores, en suma: sujetos débiles).
c) Generalmente, los principios jurídicos se refuerzan con otro tipo de argumentación, como, en este caso, la invocación de la jurisprudencia.
d) Aunque peque de decir lo evidente, no cabe hablar de principios jurídicos en abstracto, sino de principios concretos.

El caso que se ha comentado nos pone en evidencia, como señalé anteriormente, el dilema en el cual se encuentra el juez, entre ceñirse cómodamente a la literalidad de la norma (cuando esta existe) o arriesgarse y recurrir a los principios jurídicos para entenderla de una manera que haga más sensible a la administración de justicia. El Derecho no es una ciencia exacta que busca soluciones frías y uniformes: es un producto cultural y, por ello, requiere del auxilio de seres humanos que, con defectos y virtudes, asuman el rol de operadores jurídicos y respondan, acordes con las normas y los principios, a los requerimientos de la colectividad, que siempre serán variados y en constante transformación. De esta manera, irán descubriendo nuevos principios y situaciones jurídicas, dignos de tutela: esto es lo que diferencia a un operador jurídico atento a su realidad de un apático burócrata que no ve (ni va) más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.

Capítulo IX

La centralidad del derecho civil en el derecho privado

> Una milenaria experiencia ha hecho adquirir a la normatividad civilista un nivel de generalidad y un grado de madurez, una solidez y una adaptabilidad, que no se encuentran en otros campos del Derecho, tales de hacerla mayormente capaz, con el auxilio de apropiados instrumentos interpretativos, de absorber los factores innovadores que, de los más diversos sectores culturales, se revierten en la sociedad, poniendo al Derecho nuevos problemas o problemas ya conocidos, de una manera nueva.
>
> Angelo FALZEA. *Dogmatica giuridica e Diritto Civile.*

1. Generalidades

Es forzoso, al referirse al principio de supletoriedad del Código Civil, evocar la metáfora del «tronco común»[1] que fue el *Ius Civile* en el antiguo derecho romano (que, en su momento histórico, abarcaba lo público y lo privado) y, aunque peque por irme por las ramas, creo necesario precisar el rol que, en la actualidad, cumple el Derecho Civil en las sociedades modernas o, como sostiene también cierto sector de la doctrina nacional, en las sociedades «postmodernas».[2]

---

[1] Como hace ABELENDA, César Augusto. *Derecho Civil. Parte General*, t. I. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 27.

[2] Así, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Lima: ARA Editores, 1996; y RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000; entre otros.

Doctrina argentina afirma que «el Derecho Civil es el derecho madre del cual se han disgregado las restantes ramas del derecho privado».[3] Sin embargo, como advirtiera en otra sede, con el fenómeno de la *deregulation* y el proliferar de las leyes especiales, este «derecho madre» ha perdido su centralidad.[4] Así, se sostiene que «si en el siglo XIX todas las fuentes (no solamente las legislativas) se habían concentrado por atracción centrípeta en torno al código, durante buena parte del siglo XX ocurrió todo lo contrario y se impuso una orientación centrífuga que alejaba vastos dominios del Derecho del núcleo codificador».[5] Por ello, se llegó a hablar de una «edad de la descodificación»[6] y se afirmó que «los lenguajes de las leyes, múltiples y discordes, prolijos y ambiguos, declamatorios y programáticos, hacen imposible un lenguaje unitario del Derecho Civil, del cual el intérprete pueda deducir criterios constantes y unívocos de lectura».[7] Dentro de este orden de ideas, «las leyes, que se suelen aún denominar «especiales», sustraen, poco a poco, materias completas o grupos de relaciones a la disciplina del Código Civil, constituyendo *micro-sistemas de normas*, con propias y autónomas lógicas».[8] Así, nos encontramos en un sistema jurídico

---

[3] BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 13ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 21.

[4] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del derecho y los derechos de las personas. Estudios comparativos de circulación de modelos jurídicos*. Lima: Huallaga, 1996, p. 17. Insiste en la centralidad del Derecho Civil, FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica I. Teoria generale del Diritto*. Milán: Giuffrè, 1999, p. 301. Desde mi punto de vista, sería pretencioso y ahistórico sostener la centralidad del Derecho Civil al nivel de la totalidad del sistema jurídico. Sin embargo, creo que, en el ámbito del derecho privado, su rol central es inobjetable.

[5] RAMOS NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 88.

[6] Así, quien sostiene que «el Código Civil se nos presenta como agredido por las leyes especiales, que le arrancan institutos y categorías de relaciones o regulan la disciplina de fenómenos apenas emergentes de la realidad económica. El período histórico que se abre después de la Segunda Guerra Mundial será quizá recordado como la *edad de la descodificación*» (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3ª ed. Milán: Giuffrè, 1989, p. 26). Para este autor, «la edad de la descodificación —o sea, los años que vivimos y que nos esperan en el futuro vecino— se encuentra frente a nuestros ojos en la claridad de su fisionomía. El Código Civil ha perdido el carácter de centralidad del sistema de las fuentes: no es más sede de las garantías del individuo, ahora asumidas y desarrolladas por la Constitución; no es más sede de principios generales, ahora expresados por categorías de bienes o clases de sujetos, por las leyes externas. La historia de nuestro siglo revela, bajo el perfil de las experiencias legislativas, una radical dirección centrífuga» (*Ibid.*, p. 33).

[7] *Ibid.*, p. 26.

[8] *Ibid.*, p. 25.

policéntrico, que «no reconoce primados históricos o prioridades lógicas y se articula en disciplinas de sector y estatutos de grupos».[9]

Sin embargo, se afirma que «discurrir de descodificación relativa al código vigente no implica absolutamente la pérdida de un fundamento unitario del ordenamiento, capaz de producir una fractura de este en varios micro-ordenamientos y micro-sistemas».[10] Por ello, debido a tendencias, como la unificación del derecho privado patrimonial, curiosamente, se ha registrado por parte de dichos microsistemas (de los cuales surgían micro-juristas) un retorno al Código Civil, que ha generado la «edad de la recodificación».[11]

En efecto, el Código Civil está pasando por una continua etapa de redimensionamiento: ha dejado de ser un monumento casi sagrado e intocable para convertirse, con otros cuerpos normativos, en instrumento integrante de un orden superior, que ahora es la Constitución.[12] En la actualidad, un sector importante de la doctrina habla del «carácter residual»[13] del Código, en cuanto este «representa aún la principal referencia en la reconstrucción hermenéutica de la normatividad de las instituciones».[14] Comparto plenamente la afirmación de que «la cuestión no está en la colocación topográfica (códigos, leyes especiales), sino en la correcta individualización de los problemas, a los cuales se les deberá dar una respuesta buscándola prontamente en el ámbito de todo el ordenamiento, sin prejuicios sobre la *residualidad* del Código y sin desatención hacia las leyes, siempre más numerosas y fragmentarias».[15] Por ello, el Código Civil,

---

[9] *Ibid.*, p. 37.

[10] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1991, p. 75.

[11] Así, se sostiene que «tampoco puede perderse de vista que, en aquellos países en los que los códigos bajaron del altar ante el desarrollo de una compacta legislación especializada —que puso en duda la existencia misma de los códigos a través del fenómeno de la *descodificación*—, se observa en los últimos años el despliegue de una actividad legislativa inversa: la recodificación. Importantes áreas de la vida jurídica que habían sido sustraídas a los códigos retornan compungidas al seno materno» (RAMOS NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 82).

[12] ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 18.

[13] Así, «la relación entre código y ley, ya descrita en los términos de general y especial, se convierte en aquel de disciplina *general* y disciplina *residual*: donde general es la ley externa y residual, el código» (IRTI, *op. cit.*, p. 35). En este mismo sentido, LLAMBIAS, Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, 12ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 45.

[14] PERLINGIERI, *loc. cit.*

[15] *Ibid., loc cit.*

centro de las relaciones jurídicas privadas, descodificado y recodificado, sigue aún vigente.[16] En efecto, frente a la fragmentación de las disciplinas especiales, el Código Civil surge como una suerte de filtro hermenéutico, destinado a armonizar y dar coherencia al sistema jurídico —especialmente el privado— de la sociedad.

Por tal motivo, «se advierte, entonces, la necesidad de una nueva dogmática que, sin renunciar a lo que aún subsiste de los precedentes dogmáticos, reproponga los conceptos y las categorías generales del Derecho con total adherencia a los valores jurídicos del tiempo presente».[17]

---

[16] Así, se sostiene que «esta vieja rama conserva su lozanía, como lo demuestra la permanente preocupación que despierta en los estudiosos y en los legisladores; en la aplicación permanente que hace de él los tribunales y en la búsqueda que se hace en sus compartimentos de los grandes principios que informan al derecho privado» (RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil.* (Parte General, I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 89).

[17] FALZEA, *op. cit.*, p. 307. El autor afirma que «en el cumplimiento de esta tarea esta [la dogmática] está llamada a coordinar las normas con los principios elaborando un sistema científico en el cual encuentren el máximo de armonización las exigencias particulares expresadas por las normas, pero a la luz de las exigencias generales expresadas por los principios. Para hacernos valer de una fórmula resumida, podemos decir que la dificultad de la nueva dogmática está, sobre todo, en constituirse como una dogmática de la mediación entre los principios y las normas. En breve, una dogmática de la generalidad intermedia, dirigida, al mismo tiempo, hacia los principios y las normas» (*op. cit.*, p. 310). Doctrina nacional enuncia las siguientes «condiciones de supervivencia» del Derecho Civil:

a) «Librarse de las ataduras de un positivismo anquilosante que casta su poder creativo» (DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. cit.*, p. 50).

b) «El civilista no puede trabajar ya en una torre de marfil, aislado del mundo y limitado a instrumentos conceptuales y a la información del Derecho Civil: tiene que abrir ventanas y dialogar con el resto de la sociedad. De ahí que la vinculación con las ciencias sociales sea esencial para la construcción del nuevo Derecho Civil» (*Ibid.*, p. 51).

c) Los civilistas deben sustituir «la estrategia del repliegue táctico por una estrategia de fundamentación» (*Ibid.*, p. 52). Ello quiere decir que «el Derecho Civil debe convertirse en un zócalo firme del pensamiento jurídico que regula las relaciones horizontales dentro de la sociedad, de manera que cumpla una función de fundamento permanente sobre el cual pueden construirse los derechos especializados y variables» (*Ibid.*, p. 53).

2. Derecho común, derecho especial, derecho singular y el principio de supletoriedad

Por derecho común se entienden «las normas que, siendo de derecho privado, se refieren a la generalidad de las personas, de los bienes y, por ende, de las relaciones jurídicas». Se agrega que «el derecho común está contenido en el Código Civil; pero nada excluye la posibilidad de que alguna ley particular —llamada a integrar el Código Civil— forme parte del derecho común».[18] El derecho especial «se refiere únicamente a determinada categoría de personas o cosas. El "derecho especial" no se contrapone al "derecho común", sino que lo completa».[19] En cambio, «la norma de "derecho singular" se separa del "derecho común", porque no sigue las directrices comunes a la mayoría de las normas, sino que se contrapone a ellas».[20] De ello se deduce que, en el caso de las normas que forman parte del derecho especial, en el caso de vacío o deficiencia, incluso, para interpretar mejor las mismas, cabe aplicar el principio de supletoriedad contenido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil y, en el supuesto de las normas de derecho singular, se debe tener en cuenta el principio de no aplicabilidad de la analogía, regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Así, en el caso de los derechos especiales, se afirma que «no tienen completa autonomía ni pueden por sí solos resolver los problemas vinculados con las relaciones específicas que cada uno regula, pues los principios básicos o elementos esenciales de todas las relaciones jurídicas se hallan, como no puede ser de otro modo, en el Derecho Civil».[21] Por ello, «el Código civil cumple la función de derecho común y es supletorio respecto de los demás cuerpos legales».[22]

---

[18] BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1955, p. 17.

[19] *Ibid.*, p. 18. El autor sostiene que «precisamente por ello estas normas no tienen carácter de excepción y se admite su aplicación extensiva por analogía, reducida, empero, a los estrictos límites de la materia a que se refieren. El derecho especial, por tanto, no hace más que integrar el derecho común, sin contradecir abiertamente su sustancia; es más, el derecho especial puede estar recogido en el Código Civil» (*loc. cit.*): es el caso del derecho registral.

[20] *Ibid., loc. cit.*

[21] ABELENDA, *loc. cit.*

[22] DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982, p. 211.

En mi opinión, se puede emplear el principio de supletoriedad del Código Civil en dos sentidos: hacia fuera y hacia dentro; es decir, las disposiciones de este cuerpo normativo se pueden aplicar en caso de insuficiencia de las leyes especiales (supletoriedad hacia fuera) o cuando, dentro de una relación jurídica propia del derecho civil, exista una insuficiencia (o falta de regulación) y, por consiguiente, se aplique lo dispuesto por el Código Civil (supletoriedad hacia dentro). Un sector de la doctrina española prefiere utilizar los términos de «*heterointegración*» y de «*autointegración*».[23]

Dentro del primer supuesto, se advierte que el Código Civil «proyecta su fuerza normativa no solo hacia su propio campo, sino hasta aquellos fuera de su ámbito, tanto en el derecho privado como en el derecho público».[24] Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, frente a disposiciones específicas, «presenta problemas de interpretación que en más de una oportunidad serán sumamente difíciles de absolver».[25] Asimismo, resulta importante tener en cuenta que «la aplicación supletoria viene en grado posterior a la aplicación analógica».[26]

---

[23] *Ibid., loc. cit.*

[24] TORRES Y TORRES LARA, Carlos. «Aplicación supletoria de las normas del Código Civil». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I («Título Preliminar»). Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 393. En este mismo sentido, LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Reforma del Título Preliminar del Código Civil». En: *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 64. Sin embargo, LEÓN BARANDIARÁN, José. «Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, IV, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985, p. 31, entiende que el artículo 9 del Título Preliminar del Código Civil solo se refiere al *ius privatum*.

[25] RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 165. En efecto, el artículo 9 del Título Preliminar del Código Civil establece que «las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles por su naturaleza» (el subrayado es mío). A propósito de esto, se observa que «los conjuntos y subconjuntos jurídicos (a los que se suele llamar ramas o subramas) se diferencian entre sí no solo (ni básicamente) por la redacción y contenido de sus normas (cosa que eventualmente puede influir en tal diferenciación), sino fundamentalmente por los principios que los informan en cada caso. Cuando estos principios sean incompatibles, estaremos en el supuesto de la excepción contenida en la parte final del artículo 9» (*Ibid.*, p. 163).

[26] GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I*. («Parte General»). Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 120. En este mismo sentido, SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y práctica*. Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 220.

También se afirma que no cabe aplicar el principio de supletoriedad cuando se verifique la «existencia de otra ley cuyo vacío haya de suplirse conforme a esta norma».[27] Es el caso, por ejemplo, de los artículos 6 y 18 Código Civil, que remiten a «la ley de la materia», en el cual opera un «criterio inverso al general de suplencia del Código en defecto de norma especial».[28] Aquí el Código aplica la técnica del reenvío a una norma especial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si existiese un vacío en dicha norma especial y «siempre que no sean incompatibles con su naturaleza», se aplicarán las normas del Código Civil.

En el caso de la procedencia del principio de supletoriedad hacia dentro, podemos dar el ejemplo de dos personas que celebran un contrato y no han regulado quién debe asumir los gastos y tributos: aquí se aplicará (supletoriamente) el artículo 1364 del Código Civil.[29]

Un sector de la doctrina española, que prefiere hablar de «eficacia general supletoria del Código Civil»,[30] sostiene que «cualquier otra ley es derecho especial con relación al Código Civil y que, incluso toda norma específica contenida en el mismo Código, es también especial en cuanto puede y debe ser completada por los principios básicos organizativos reflejados en el mismo».[31]

3. El artículo IX del Título Preliminar del Código Civil como punto de partida para una búsqueda de las fuentes del derecho y otros mecanismos de administración de justicia para el operador jurídico

A partir de una simple lectura del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, nos damos cuenta de que el mismo regula una serie de principios que no inciden de una manera exclusiva en este cuerpo de leyes y que, lejos

---

[27] *Ibid., loc. cit.* El autor pone de ejemplo el artículo 425 del Código Civil español, el cual establece que «en todo lo que no esté expresamente prevenido por las disposiciones de este capítulo, se estará ante lo mandado por la Ley especial de Aguas».

[28] *Ibid., loc. cit.*

[29] El cual establece que «los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto».

[30] RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Derecho Civil* (Parte General). Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 127.

[31] *Ibid.*, 128.

de comprender solamente al derecho privado, involucran a todo el ordenamiento jurídico nacional. Ello se pone en evidencia con lo dispuesto por el artículo IX del mencionado Título Preliminar y con ciertas disposiciones del derecho especial, como es el caso de los artículos 2[32] y 50[33] del Código de Comercio; el artículo 116 de la Ley General de Cooperativas;[34] el artículo 4 de la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros;[35] el artículo 9 de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N.º 861, del 21 de octubre de 1996;[36] y el artículo VII del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente;[37] entre otros. En efecto, al tener el Título Preliminar una «vocación totalizadora»,[38] como ya se mencionó, no solo suple los vacíos de las disciplinas especiales, sino que ayuda a interpretarlas. Este mismo modelo jurídico circula, entre otros, en el artículo 8 del Código Civil cubano,[39]

---

[32] El cual establece que «los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga» (el subrayado es mío).

[33] Que regula que «los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratos anteriores, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales por las reglas generales del derecho común» (el subrayado es mío).

[34] Cuyo primer párrafo precisa que «los casos no previstos por la presente Ley se regirán por los principios generales del Cooperativismo y, a falta de ellos, por el derecho común» (el subrayado es mío).

[35] Que prescribe que «las disposiciones del derecho mercantil y del derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a las empresas» (el subrayado es mío).

[36] El cual establece que: «son de aplicación supletoria a la presente ley:

a) La Ley General de Sociedades;

b) El Código de Comercio y la Ley de Títulos-Valores;

c) Los usos bursátiles y mercantiles;

d) La Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros;

e) Los Códigos Civil y Procesal Civil; y

f) El Código Penal» (el subrayado es mío).

[37] Que en la primera parte de su segundo párrafo regula que «las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código» (el subrayado es mío).

[38] TORRES Y TORRES LARA, *loc. cit.*

[39] Que prescribe que «las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles y otras reguladas en leyes especiales».

en el artículo 14 del Código Civil venezolano[40] y en el inciso 3 del artículo 4 del Código Civil español.[41]

Sin embargo, como hemos podido apreciar, el Código Civil también comparte supletoriedades con otros textos legislativos, como es el Código Procesal Civil, la Ley General de Sociedades y el Código de Comercio, entre otros. Gran problema interpretativo se le presenta al operador jurídico cuando encuentra un vacío en la legislación especial, porque cada texto establece su propia jerarquía de fuentes (dentro de las cuales está el derecho común) y de mecanismos de administración de justicia. Voy a intentar recorrer algunos itinerarios que nos trazan ciertos cuerpos legislativos y tratar de armonizarlos con la escala de fuentes que establece el Código Civil.

Fue después de un año de la promulgación del Código Civil que, a partir de una fina interpretación del Título Preliminar, un sector de la doctrina chilena elaboró un orden jerárquico de las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento jurídico, a saber: «ley, analogía, principios del derecho peruano, principios generales del derecho, costumbre, jurisprudencia y doctrina».[42] No estoy de acuerdo con la inclusión de la analogía, de los principios generales del derecho y de la doctrina (de los autores) como fuentes, partiendo de la superación de la distinción entre fuente formal y fuente material del derecho, basada en un concepto unitario que se identifique con un proceso por medio del cual las normas jurídicas adquieren, como sostiene autorizada doctrina iusfilosófica brasileña, «fuerza legítima obligatoria, esto es [...] vigencia y eficacia».[43] La analogía es un proceso de integración de las normas jurídicas que es producto de comparar una situación particular (supuesto de hecho no regulado normativamente) con otra situación particular que guarda similitud o analogía (supuesto de hecho que sí está regulado normativamente). La doctrina se desenvuelve en otro plano, cual es el de explicar e interpretar los modelos jurídicos, mas

---

[40] Que regula que «las disposiciones contenidas en los códigos y leyes nacionales especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad».

[41] El cual establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en la materias regidas por otras leyes»

[42] GUZMÁN BRITO, Alejandro. «Las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil peruano». En: *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 75.

[43] REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 6ª ed. Madrid: Pirámide, 1984, p. 112.

no el de crearlos. Doctrina, analogía y principios generales del derecho carecen de una estructura de poder que los dote de firmeza positiva, como es el caso de la ley, de la costumbre o de la jurisprudencia.

A diferencia de sus predecesores de 1852 y 1936, el Código Civil de 1984 ha tenido no pocas modificaciones. El Código Procesal Civil de 1992 y la Constitución de 1993 han sido las causas de ello en materia de fuentes del derecho. El segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que, en caso de vacío o defecto de sus disposiciones, «se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso». Dicho numeral debe leerse en concordancia con el artículo 50.4 del mismo cuerpo de leyes, cuando establece como deber del juez en el proceso «decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia».

¿A qué tipo de doctrina hace referencia el Código Procesal? Los dos primeros párrafos del artículo 400 del Código Procesal Civil nos dan la respuesta:

> Cuando una de las Salas [de la Corte Suprema] lo solicite, en atención de la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.
>
> La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asisten-tes al Pleno constituye *doctrina jurisprudencial* y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Es justamente la finalidad del Recurso de Casación la de una correcta interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 384 del Código Procesal Civil). En mi opinión, cuando se hace referencia a la doctrina, se alude a aquella jurisprudencial de la Corte Suprema, entendiéndose por jurisprudencia la interpretación, más o menos uniforme, que dan las instancias de menor jerarquía sobre un mismo punto del Derecho, llamada también jurisprudencia de mérito. Sorprende sobremanera el carácter vinculante que se le pretende dar al precedente jurisprudencial, cuando un sector de la doctrina italiana revela que el mismo ha dejado de ser tal en un

país como Inglaterra, alto exponente del *Common Law*, desde 1967, por la *House of Lords*.[44]

Se observa que el legislador procesal ha advertido la posibilidad de la presencia de vacíos a escala procesal y a escala sustancial, lo cual ha sido regulado por los artículos III del Título Preliminar y 50.4, respectivamente. La inclusión de la analogía, de la doctrina *tout court* y de los principios del derecho dentro de las fuentes, obedece a una concepción errónea de las mismas, vale decir, entendidas como un medio auxiliar o complementario por el cual el operador del derecho administra la justicia. Reitero que, desde mi punto de vista, la fuente del derecho es la que da eficacia a las normas jurídicas, porque presupone una estructura de poder vinculante autónoma. Cuando una sentencia contiene principios jurídicos o doctrina o es el resultado de una operación analógica, estos se vuelven obligatorios debido a la fuerza *positivizadora* que les da aquella, por cuanto estos últimos per se no poseen este carácter.

A mi criterio, la nueva jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico nacional, establecida por el Código Civil y el Código Procesal Civil, sería la siguiente: ley, costumbre,[45] doctrina (jurisprudencial) y

---

[44] ALPA, Guido. *I principi generali*. Milán: Giuffré, 1993, p. 102.

[45] Se observa que «si la costumbre es alegada por una de las partes de un proceso, corresponderá a esta la carga de la prueba, en la medida que, en una hipótesis de este género, la costumbre se convierte en un hecho sujeto a probanza. Si la parte no invoca la costumbre [...], ¿cómo exigir al juez que aplique una costumbre, que quizá no conozca o que, al ser un hecho a probarse, no ha sido acreditada por quien tenía el derecho?» (VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*, t. I. Lima: Grijley, 1996, pp. 56-57). En efecto, la primera parte del artículo 190 del Código Procesal Civil establece que «los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión»; sin embargo, el hecho de que la parte que alega la costumbre tiene la carga procesal de su prueba no enerva, en absoluto, el hecho de que el juez, de oficio, pueda aplicar —dentro de los límites que permite la ley— la costumbre jurídica. Un ejemplo lo podríamos encontrar en costumbres jurídicas nacionales, como el *servinakuy*, que son conocidas por la mayoría de los peruanos. ¿Podrá un juez sostener que no conoce esta norma jurídica consuetudinaria tan arraigada (se entiende, en cierto sector) de nuestro país? Queda claro que hay costumbres que, no necesariamente, son conocidas y aquí no se podría configurar una obligación de conocimiento de las mismas por parte del juez. Y aquí creo se confunden dos escenarios: el de la responsabilidad (penal o civil) del juez por no conocer la norma jurídica consuetudinaria pertinente y el de aplicarla aun cuando no haya sido invocada por las partes. La costumbre jurídica es una fuente de derecho, reconocida constitucionalmente, que tiene que ser aplicada por el operador jurídico, evidentemente, dentro del alcance y conocimiento que se tenga de la misma.

jurisprudencia (de mérito). La analogía, los principios del derecho, pudiendo también considerarse la doctrina de los autores, en atención a su valor referencial, en tanto mecanismos de integración de las normas jurídicas, son medios de los cuales se vale el operador jurídico para su labor de administración de justicia mas no procesos que hagan tener fuerza positiva y obligatoria a los modelos que estos crean. Es todo lo contrario, los modelos jurídicos que puedan contener el resultado interpretativo vía analogía, vía interpretación de los juristas o vía principios generales del derecho, hacen que estos tengan carácter vinculante.[46]

Sin embargo, como ya lo había advertido, otros cuerpos legislativos tienen su propia jerarquía de fuentes (entendidas en sentido lato). A manera de ejemplo, el artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, del 10 de abril de 2001, establece, en términos generales, a la ley, la jurisprudencia que interprete disposiciones administrativas, resoluciones administrativas, pronunciamientos vinculantes y los principios generales del derecho administrativo.[47] El artí-

---

[46] ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 25.

[47] Se regula que: «1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

2.1 Las disposiciones constitucionales.

2.2 Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.

2.3 Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.

2.4 Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

2.5 Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6 Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

2.7 La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpretan disposiciones administrativas.

2.8 Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9 Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

2.10 Los principios generales del derecho administrativo.

3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren».

culo III del Título Preliminar del Código Tributario, aprobado por el Decreto Legislativo N.º 816, entiende como fuentes a las leyes, la jurisprudencia, las resoluciones de la Administración Tributaria y a la doctrina jurídica;[48] en caso de vacíos, el artículo 9 remite a los principios del derecho tributario o, en su defecto, a los del derecho administrativo y a los principios generales del derecho.[49] El ya citado artículo VII del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente alude a los principios y disposiciones legales (Constitución y Convenciones), a los códigos y a la costumbre,[50] solo por citar algunos ejemplos.

Frente a este aluvión de itinerarios a seguir, el operador jurídico deberá aplicar, inicialmente, las pautas que le ofrece cada legislación especial, sin

---

[48] El texto completo establece que: «Son fuentes del Derecho Tributario:

a) Las disposiciones constitucionales;

b) Los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República;

c) Las leyes tributarias y las normas de rango equivalente;

d) Las leyes orgánicas o especiales que norman la creación de tributos regionales o municipales;

e) Los decretos supremos y las normas reglamentarias;

f) La jurisprudencia;

g) Las resoluciones de carácter general emitidas por la Administración Tributaria; y,

h) La doctrina jurídica.

Son normas de rango equivalente a la ley aquellas por las que, conforme a la Constitución, se puede crear, modificar, suspender o suprimir tributos y conceder beneficios tributarios. Toda referencia a la ley se entenderá referida también a las normas de rango equivalente».

[49] Cuyo tenor es el que sigue: «[...] en lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias, podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les oponga ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario o, en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho».

[50] En efecto, se establece que «en la interpretación y aplicación del presente Código, se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable.

Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público».

perder de vista la lectura constitucional del supuesto de hecho a analizar ni la interpretación lógico sistemática con otros cuerpos legislativos, incluido el Código Civil de ser el caso.

Por ello, lejos de vaticinar el ocaso del Código Civil, este ha sabido afrontar los embates de la supernumeraria legislación especial. Es el Código Civil, a través de la aplicación del principio de supletoriedad, el que va a resolver los problemas de vacíos, deficiencias o interpretación de los modelos jurídicos de las disciplinas especiales. Indudablemente, el operador jurídico tendrá que analizar la *ratio* de la ley especial, ir en la búsqueda de sus propias fuentes y, si ello es necesario, o «cuando no sea incompatible con su naturaleza», recurrir al (siempre viejo y siempre nuevo) Código Civil. Ello, sin perder de vista los principios rectores de la Constitución.

Capítulo X

Dación de cuentas al Congreso

1. Premisa

Los jueces son los que aplican la ley; ellos son los más indicados para detectar sus vacíos o deficiencias; y estos lo transmiten a sus superiores. Lo mismo ocurre con los fiscales. Una vez que el Poder Legislativo cumpla con atender los requerimientos formulados por estos operadores jurídicos, a través de las instancias pertinentes, se pueden presentar dos supuestos:[1]

a) se da una nueva ley que aclare (interpretación auténtica) o que complemente una anterior; o
b) se aprueba una nueva ley sobre un punto no considerado por la legislación vigente.

La labor de dar dichas leyes compete única y exclusivamente al Poder Legislativo; por eso, el artículo X del Título Preliminar del Código Civil establece que se debe dar cuenta al Congreso.

Se debe precisar que la Corte Suprema, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación dan cuenta, mas no dan la ley. Ello no significa que dichos órganos del Estado no tengan iniciativa legislativa.

2. Antecedentes históricos y comparativos

La función de dar cuenta de los vacíos legislativos, no obstante su literal obligatoriedad, carente de sanción alguna, fue regulada desde el Código Civil de 1852 en sus artículo XI[2] y XII[3] del Título Preliminar. Ha pasado

---

[1] Como advierte LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*, t. I, «Título Preliminar y Derecho de las Personas», (concordado con el Código Civil de 1984). Lima: WG Editor, 1991, p. 93.

[2] El cual establece que «la Corte Suprema está obligada á dar cuenta al Congreso, en cada lejislatura, de los defectos que notare en la lejislación» (*sic*).

esta herencia cultural a los artículo XXIV[4] y XXV[5] del Título Preliminar del Código Civil de 1936, y al actual artículo X del Título Preliminar del Código Civil de 1984, que prescribe que: «La 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. Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores».

Esta tradición jurídica también se repite en códigos civiles como el chileno[6] y el uruguayo.[7] El artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N.° 017-93-JUS, establece que:

> La Corte Suprema tiene iniciativa legislativa en los asuntos que le son propios. Los magistrados, por intermedio del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia de los vacíos y deficiencias legislativas que encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales, sin perjuicio de la iniciativa que sobre este propósito pueda asumir directamente el propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial o la Sala Plena de la Corte Suprema.
>
> En el primer caso, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial da trámite al pedido del magistrado sin calificar su contenido, a menos que dicho Consejo o la Sala Plena de la Corte Suprema lo haga suyo con expresa mención del autor de la iniciativa (el subrayado es mío).

---

[3] Que regula que «los jueces y tribunales superiores tienen la misma obligación establecida en el artículo anterior, que cumplirán por conducto de la Corte Suprema».

[4] Que prescribe: «La Corte dará cuenta al Congreso de los vacíos y defectos de la legislación».

[5] Cuyo tenor enuncia que: «Los jueces respecto de las Cortes Superiores y estas respecto de la Corte Suprema tienen la obligación a que se refiere el artículo anterior».

[6] Que, en su artículo 5, expresa que: «La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que noten en ellas».

[7] Cuyo artículo 14 precisa lo siguiente: «La Alta Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes».

La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.° 26435, del 6 de enero de 1995, no cuenta con una norma similar.[8] Por ello, llamaría a cuestionamiento si por una ley ordinaria, en este caso, el Decreto Legislativo N.° 295, del 24 de julio de 1984, que promulga el Código Civil, se puede modificar (en este caso, aditivamente) una ley orgánica. En efecto, ni la Constitución de 1979 ni la de 1993 le confieren al Tribunal Constitucional la facultad de dar cuentas de los vacíos o deficiencias de la legislación al Congreso.[9] El segundo párrafo del artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que: «El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial "El Peruano"».

Un sector de la doctrina ha afirmado que «no es de la naturaleza de los funcionarios del [entonces] Tribunal de Garantías Constitucionales la obligación de dar cuenta al Congreso de los defectos o vacíos de la legislación» y agrega que «el Tribunal de control Constitucional mal puede hacer sugerencias al Poder Legislativo, cuya función precisamente consiste en controlarlo, declarando la inconstitucionalidad de las leyes».[10] En atención a ello, se sostiene que el artículo X del Título Preliminar del Código Civil no es aplicable para el Tribunal Constitucional.[11] Discrepo de esta afirmación, por cuanto una interpretación sistemática de los textos citados nos hace llegar a otra conclusión: no se discute cuál es la función principal del Tribunal Constitucional, que, queda claro, es la de ser un «órgano de control de la Constitución», tal como lo reconoce el artículo 201 de la Carta Magna; pero creo que, por su propia actividad, como la del Poder Judicial y la del Ministerio Público, también está en condiciones de detectar vacíos o

---

[8] Tampoco lo hacía la derogada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, Ley N.° 23385, del 19 de mayo de 1982.

[9] El artículo 202 de la Constitución política de 1993 establece que «corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de corpus corpus, amparo, corpus data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley».

[10] ORTIZ DE ZEVALLOS ROEDEL, Gonzalo. «Vacíos y defectos legales». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I («Título Preliminar»). Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 424.

[11] *Ibid.*, p. 425.

deficiencias en la legislación y, de ahí, que surge la obligación (repito, no sujeta a ninguna sanción) de informar esto al Congreso. Ello, con la finalidad de suplir (en el ámbito legislativo) dichas insuficiencias.

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N.º 052, del 16 de marzo de 1981, establece que:

> En los casos de deficiencia de la Legislación Nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, en el ejercicio de sus atribuciones.
> En tales casos, el Fiscal de la Nación elevará al Presidente de la República los proyectos de ley y de reglamentos sobre las materias que le son propias para los efectos a que se refieren los artículos 190 y 211, inciso 11, de la Constitución Política del Perú.[12] Podrá también emitir opinión fundamentada sobre los proyectos de ley que tengan relación con el Ministerio Público y la Administración de Justicia, que remitirá a la Cámara Legislativa en que se encuentren dichos proyectos pendientes de debate o de votación (el subrayado es mío).

El inciso 4 del artículo 66 del mismo cuerpo legislativo, prescribe, como atribución del Fiscal de la Nación: «Ejercer el derecho de Iniciativa Legislativa, conforme a la Constitución».

Estos dispositivos tienen que ser interpretados sistemáticamente con el inciso 7 del artículo 159 de la Constitución, que establece que corresponde al Ministerio Público: «Ejercer iniciativa en la formación de las leyes y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República de los vacíos o defectos de la legislación».

La Constitución, en su artículo 107, prescribe que:

> El Presidente de la República y los congresistas tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes.
> También tienen el mismo derecho en las materias que le son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales.

[12] En la actualidad, se trata de los artículos 107 y 118, inciso 8, de la Constitución (este último expresa que corresponde al Presidente de la República «ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

> Asimismo, lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

En atención a este mandato constitucional, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional tienen iniciativa legislativa «en las materias que le son propias».[13]

3. Alcances del artículo X del Título Preliminar del Código Civil

Comentando los artículos XI y XII del Título Preliminar del Código Civil de 1852, se afirmó que:

> [...] respecto de los *defectos* que se noten en la legislación, como los jueces, por razón de su oficio, manejan cotidianamente las leyes y las aplican a las cosas que se les presentan, nadie se halla en situación más aparente que ellos para descubrir y notar los defectos y los vacíos de la Legislación; y, por lo tanto, es muy acertada la obligación, que nuestro Código Civil les impone, de dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que adviertan en las leyes, debiendo hacerlo la Corte Suprema directamente y los jueces y tribunales superiores por conducto de ellos.[14]

Haciendo lo propio, respecto al actual Código Civil, se afirma que:

> [...] en realidad, dentro del artículo X, en lo que se refiere a la Corte Suprema (así como el Tribunal de Garantías Constitucionales y al Fiscal de la Nación), esta no tiene iniciativa legal ante el Congreso, como la tiene, por ejemplo, el Poder Ejecutivo y los miembros del Poder Legislativo; porque, simplemente, el artículo X lo que dice es que la Corte Suprema dé cuenta de los defectos y vacíos que ha observado

---

[13] ORTIZ DE ZEVALLOS ROEDEL, *loc. cit.* no admite la «iniciativa en la formación de las leyes» al Tribunal Constitucional.

[14] DE LA LAMA, Miguel Antonio. *Código Civil. Anotado y concordado e índice alfabético de sus artículos, precedido de un juicio crítico y apéndice*. 3ª ed. Lima: Librería e Imprenta Gin, 1905, p. 417.

> en la ley de tal modo que el Congreso pueda o no tomar en cuenta dichas observaciones y solo, en el primer caso, se formulará dentro del mecanismo del Congreso un proyecto de ley que subsane el defecto o vacío de la ley a que se refiere la indicación que pueda hacerle la Corte Suprema, el Tribunal de Garantías Constitucionales o el Fiscal de la Nación.[15]

Es importante distinguir dos supuestos que suelen confundirse, vale decir, la dación de cuentas de vacíos o defectos de la legislación de la iniciativa legislativa.[16] No cabe duda alguna de que se pueden combinar ambos, por cuanto el operador jurídico, aparte de descubrir un vacío, puede proponer un proyecto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, mientras el Código Civil solo se refiere a la dación de cuentas, la Ley Orgánica del Poder Judicial (aparte de la dación de cuentas) regula también la iniciativa legislativa y la Ley Orgánica del Ministerio Público (junto con la Constitución) regula solo el aspecto de la iniciativa legislativa «sobre las materias que le son propias». Frente a ello, se debe señalar que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no regula ninguno de estos dos aspectos. A partir de lo anterior se infieren las siguientes conclusiones:

a) Por mandato constitucional, el Poder Judicial (a través de la Corte Suprema), el Ministerio Público (a través del Fiscal de la Nación) y el Tribunal Constitucional (a través de su Presidente) tienen iniciativa legislativa «en las materias que les son propias» (artículo 66, inciso 4 —para el caso del Fiscal de la Nación— y artículo 107 de la Constitución, segundo párrafo).
b) De acuerdo con el Código Civil, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Tribunal Constitucional «están obligados a dar cuenta al

---

[15] LEÓN BARANDIARÁN, José. «Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar». En: COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. *Código Civil, IV, Exposición de motivos y comentarios,* compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985, p. 33.

[16] Confunde estos conceptos quien afirma que «pero no solo la Corte Suprema, Fiscalía de la Nación o el Tribunal de Garantías Constitucionales deben dar cuenta de los vacíos y defectos de la ley al Congreso, sino también otros Poderes del Estado conforme lo prescribe el artículo 107, segundo párrafo, de la Constitución de 1993, el que no menciona a la Corte Suprema y que, por tratarse de una atribución genérica, que permite la interpretación extensiva, puede llevar a la Corte Suprema, en Sala Plena, a convertirse en una propulsora legislativa» (SEIJAS RENGIFO, Teresa. *Derecho Civil. Introducción, Título Preliminar y Derecho de las Personas.* Lima: Gráfica Horizonte, 2001, p. 62).

Congreso de los vacíos o defectos de la Legislación» (artículo X del Título Preliminar).

c) Para la legislación especial, se presentan las siguientes situaciones:
   i. La Ley Orgánica del Poder Judicial regula la obligación de dar cuenta de los vacíos y deficiencias legislativas a la Corte Suprema. Así le reconoce iniciativa legislativa a la Sala Plena de la Corte Suprema dichos casos (segundo párrafo del artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
   ii. La Ley Orgánica del Ministerio Público le reconoce iniciativa legislativa al Fiscal de la Nación «sobre las materias que le son propias» (segundo párrafo del artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).
   iii. La Ley del Tribunal Constitucional no regula nada al respecto.[17]

A partir de este mosaico legislativo, se puede —al menos— proponer dos interpretaciones:

a) Una de carácter restrictivo-literal, que entiende que estos tres órganos del Estado tienen la obligación de dar cuentas de los vacíos o deficiencias de la legislación (se entiende de cualquiera que hayan detectado en el ejercicio de sus funciones) y solo tendrán iniciativa legislativa (salvo el caso de la Corte Suprema) «en las materias que le son propias» (entendiendo como tales, las relativas a su funcionamiento y organización).

b) Otra, de corte extensivo-sistemático, en la cual la Corte Suprema, el Ministerio Público y el Tribunal de Garantías Constitucionales, aparte de tener la obligación de dar cuenta de los vacíos o defectos de la legislación, también tienen iniciativa legislativa respecto a los mismos, por cuanto al referirse a «las materias que le son propias» se está haciendo referencia, no solo a los aspectos internos de cada órgano del Estado sino, además, a aquella legislación que tienen que interpretar y aplicar en ejercicio de sus funciones. Para reforzar este argumento, se podría sostener que es el propio artículo X del Título Preliminar del Código Civil el que hace que se convierta en «su materia» la obligación de dar cuenta al Congreso de los vacíos o deficiencias en la legislación.

[17] Solo se limita a regular en el segundo párrafo el artículo 2 que: «El tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de sus servidores dentro del ámbito de la presente ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el Pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial "El Peruano"».

Comparto plenamente la segunda interpretación, porque, simple y llanamente, el operador jurídico, al detectar el vacío o la deficiencia, igualmente ha tenido que colmarla y es el más indicado para proponer la manera de hacerlo. Con la iniciativa legislativa, no se están invadiendo funciones correspondientes al Poder Legislativo: es este el que, finalmente, determinará si es viable el proyecto, si se justifica y, asumiendo dichas funciones, aprobará o no el mismo.

4. Viabilidad del artículo X del Título Preliminar del Código Civil

Hace algunos años se escribió que «han transcurrido más de ciento treinta años de la vigencia de los preceptos que inspiran el artículo X del Título Preliminar del Código [Civil] actual y nunca se ha dado el caso de que los Tribunales de la República cumplan esta misión que, con tanta solemnidad y énfasis, les ha estado impuesta por la ley».[18]

Esta afirmación no es (del todo) exacta. En una investigación hecha se ha podido constatar lo siguiente:

a) El Fiscal de la Nación, amparándose en el inciso 7 del artículo 159 de la Constitución ejerció su derecho de iniciativa legislativa al proponer al Presidente del Congreso de la República diversos proyectos, entre otros, para normar el procedimiento de investigación policial, actuación de los miembros del Ministerio Público y la instrucción en los casos de delitos en agravio de turistas;[19] para regular las tasas

---

[18] ORTIZ DE ZEVALLOS ROEDEL, *op. cit.*, p. 416. A propósito del artículo 5 del Código Civil chileno, que contiene la misma prescripción, también se ha advertido que «no se le ha dado exacto cumplimiento a este artículo» (VERA, Robustiano. *Código Civil de la República de Chile*, t. I. Santiago de Chile: Imprenta Gutemberg, 1892, *p.* 4). En este mismo sentido, se ha observado que «en la práctica, esta disposición con que el autor del Código se propuso llenar las imperfecciones de la legislación no ha tenido efecto, sea porque los tribunales superiores no han querido llamar la atención sobre cuestiones que pudieran volverse a presentar a su fallo y en que estimaban peligroso dar opinión, sea porque han desconfiado de que el legislador pusiera inmediato remedio al mal por ellos señalado, aumentando de este modo conflictos y pleitos» (CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil chileno y comparado. De las Personas*. 2ª ed. T. I. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1992, p. 33).

[19] Según Oficio N.º 495-96-MP-FN, del 9 de febrero de 1996 y Oficio N.º 1774-96-MP-FN, del 23 de abril de 1996.

fiscales;[20] para aprobar una Ley de Recursos Propios del Ministerio Público;[21] y para derogar la Ley N.º 26933.[22]

b) El Presidente del Tribunal Constitucional, «en uso de las correspondientes atribuciones de iniciativa legal», presentó un proyecto de ley modificatorio del artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[23] al Presidente del Congreso de la República.

c) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del artículo 107 de la Constitución y el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, presentó un proyecto al Presidente del Congreso de la República para contar con recursos propios.[24] El Presidente de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial hizo lo propio, presentando proyectos de ley sobre terminación anticipada de los procesos civiles,[25] sobre una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial,[26] sobre procesos penales en los cuales el Estado sea parte agraviada,[27] sobre delitos cuyos procesos se tramitarán en la vía ordinaria,[28] entre otros.[29]

Al tener la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público, se entiende, a través de sus máximos representantes, iniciativa legislativa, se ha podido constatar que optan por este derecho, en vez de la función (u obligación) de dación de cuentas de vacíos o deficiencias. Ello en atención a que, generalmente, la iniciativa legislativa absorbe dicha función. Dicho de otra manera, estos operadores jurídicos no solo se limitan «a dar cuenta», sino que, además, proponen cómo podría, en el ámbito legislativo, colmarse esta insuficiencia o deficiencia. Evidentemente, la iniciativa legislativa va mucho más allá, porque puede proponerse, por ejemplo, la derogatoria de leyes vigentes.

---

[20] Según Oficio N.º 1767-96-MP-FN, del 23 de abril de 1996.

[21] Según Oficio N.º 405-97-MP-FN, del 4 de abril de 1997.

[22] Según Oficio N.º 336-98-MO-FN, del 7 de abril de 1998 y Oficio N.º 417-98-MP-FN, del 23 de abril de 1998 .

[23] Según Oficio N.º 170-2001-P/TC, del 20 de enero de 2001.

[24] Según Oficio N.º 1892-95-CE-PJ, del 27 de setiembre de 1995.

[25] Según Oficio N.º 792-96-CME-PJ, del 29 de febrero de 1996.

[26] Según Oficio N.º 217-96-CME-PJ, del 12 de enero de 1996.

[27] Según Oficio N.º 3178-96-CME-PJ, del 13 de setiembre de 1996, el cual fue aprobado mediante Ley N.º 26718, del 26 de diciembre de 1996.

[28] Según Oficio N.º 3178-96-CME-PJ, ya citado, el cual fue aprobado mediante Ley N.º 26689, del 28 de noviembre de 1996.

[29] Mediante la Ley 26546, del 20 de noviembre de 1995, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial asumió el gobierno y gestión del mismo. Posteriormente, mediante Ley N.º 27367, del 4 de noviembre de 2000, se desactivó esta Comisión.

Por otro lado, también se ha podido constatar que las iniciativas legislativas que se han presentado están en sintonía con la interpretación amplia de la expresión «las materias que le son propias», señalada líneas arriba. Vale repetir, se proponen proyectos referentes a leyes (ya dadas, pero insuficientes o que no tienen precedentes normativos) que no se limitan al funcionamiento interno de cada organismo sino, también, respecto a normas que se tienen que interpretar y aplicar por sus operadores jurídicos.

En el actual Proyecto de Reforma del Código Civil, apartándose de la tradición jurídica de sus predecesores, no se ha contemplado un dispositivo similar. Creo que se ha asumido la posición correcta: no porque no se haya cumplido con esta función, sino porque se fue más allá, a través del derecho, reconocido constitucionalmente, y por la legislación especial, hacia la iniciativa legislativa.

Reflexiones Finales

(A propósito de la propuesta de reforma del Título Preliminar de la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil)

La Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil fue creada por la Ley N.º 26394, del 22 de noviembre de 1994, y complementada por la Ley N.º 26673, del 22 de octubre de 1996. En lo que al Título Preliminar se refiere, el anteproyecto, basado en una propuesta que elaborara el profesor Marcial Rubio Correa, contiene doce artículos. A continuación se presenta un cuadro comparativo entre este anteproyecto y el actual Título Preliminar del Código Civil:

ANTEPROYECTO	CÓDIGO CIVIL (u otras leyes)
Art. I.- Son fuentes del derecho peruano. 1. Las normas legales. 2. La costumbre. 3. La jurisprudencia con los alcances que establece la ley.	Fuentes del derecho: 1. Ley. 2. Costumbre (art. 139, inc. 8 Const.) 3. Doctrina jurisprudencial (art. 400 c.p.c.). 4.- Jurisprudencia (art. VII T.P. c.c.).
Art. II.- Los principios del Derecho, la doctrina de los autores, la analogía y otros tipos de argumentación jurídica son utilizados para la aplicación del Derecho y ameritados para la fundamentación de las resoluciones.	Instrumentos de integración en la administración de justicia: 1. Analogía (interpretación *a sensu contrario* del art. IV T.P. c.c.). 2. Principios generales del derecho (art. VIII T.P. c.c.). 3. Doctrina de los autores.
Art. III.- La norma legal se deroga o modifica sólo por otra norma legal del mismo rango o de rango superior. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad o	**Art. I.-** La ley se deroga por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es

continúa...

Continuación...

ANTEPROYECTO	CÓDIGO CIVIL (u otras leyes)
su ilegalidad.La derogación o modificación se producen por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva norma legal y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.Por la derogación de una norma legal no recobran vigencia las que ella hubiere derogado o modificado.	íntegramente regulada por aquélla.Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.
Art. IV.- Las normas legales que establecen excepciones a una regla general, que restringen derechos o que establecen sanciones, se aplicarán estrictamente a los casos previstos por ellas, sin que pueda realizarse interpretación extensiva ni aplicación analógica.	**Art. IV.-** La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.
Art. V.- Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.	
Art. VI.- No es licito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho.	
Art. VII.- 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.	**Art. II.-** La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

... continúa

Continuación...

ANTEPROYECTO	CÓDIGO CIVIL (u otras leyes)
Art. VIII.- Son nulos, total o parcialmente, los actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, salvo disposición legal distinta.	**Art. V.-** Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden publico o a las buenas costumbres.
Art. IX.- Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad distinta. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.	
Art. X.- Las normas legales se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.	**Art. 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.
Art. XI.- Todos pueden actuar dentro del Derecho para la tutela de sus propios derechos y legítimos intereses.El interés moral se extiende a la familia del interesado, conforme a ley.	**Art. VI.-** Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.
Art. XII.- 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.	**Art. 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.

Es importante el esfuerzo que se ha hecho en sistematizar las fuentes del derecho y los diversos mecanismos que existen para hacer una correcta y efectiva administración de justicia, así como diferenciarlos. En efecto, los principios (generales) del derecho, técnicamente, no son fuentes del derecho y, por ello, se les coloca a la par de la doctrina (que —se entiende— es la de los autores) con la finalidad que ambos sean utilizados para la fundamentación de las resoluciones. Dentro de este mismo elenco (de instrumentos de la administración de justicia), se ha incorporado, además, la analogía (que también se infiriere de la interpretación *a sensu contrario*, en este caso, del art. IV del proyecto). De la lectura del art. II del proyecto, se deriva que existe un sinnúmero de tipos de argumentación jurídica (que no se agotan en los principios, ni en la analogía, ni en la doctrina); pero que sería poco técnico tipificar un elenco. Se entiende que la expresión «la jurisprudencia con los alcances que establece la ley» también comprende a la doctrina jurisprudencial, regulada en el art. 400 c.p.c.

Respecto a los nuevos principios que se incorporan en el anteproyecto, merecen ponerse en evidencia el de buena fe[1], al cual se le da un alcance general; el de fraude a la ley y el de los actos propios. En el fraude a la ley nos encontramos frente a un acto que se ampara en una «norma de cobertura» para evadir los efectos de una norma imperativa, denominada «norma defraudada». Este principio no es ajeno al Código Civil, por cuanto ya lo tenemos —si bien es cierto, a nivel específico— en la (mal) denominada acción pauliana, que no es más que un tipo de fraude a la ley, concretamente, un fraude a los acreedores y que, en puridad, se trata de una pretensión procesal de ineficacia del acto jurídico[2].

El principio de los actos propios, conocido también con el aforismo *venire contra factum proprium non valet* (vale decir «que a nadie ha de estar

---

[1] Entre nosotros, se afirma que «si nos pidieran ensayar una definición en torno al concepto jurídico de buena fe, particularmente no lo haríamos en función de sus manifestaciones en el ordenamiento jurídico, sino sobre la base de eso que hemos llamado unidad de esencia, que determina al final de cuentas que el concepto de buena fe sea uno solo. Aquella «buena fe creencia»: creencia en el propio derecho, y aquella «buena fe probidad»: voluntad de obrar honestamente, que brillantemente expone Alsina, se unifican en esa convicción de actuar conforme a derecho, que no es sino la buena fe en su sentido jurídico amplio» (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n.º 41, 1987, p. 176).

[2] Así, LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2ª ed. Lima: Grijley, 1994, p. 407.

permitido ir en contra sus propios actos»[3]) merece particular atención. En efecto, «el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia».[4] Se ha afirmado, incluso, que la teoría de los actos propios puede ser incluida dentro de las fuentes de las obligaciones.[5] Comparto la definición de este principio, cuando se sostiene que «apunta a un tipo de situaciones en las que siendo legal, o ajustada a derecho, la común interpretación o aplicación de una declaración de voluntad negocial, ésta provee una acción u omisión injusta, en tanto esa acción u omisión contradice la conducta previamente observada y las expectativas que, de buena fe, se habían generado a partir de ella».[6] En efecto, para que se configure un supuesto en el que se aplique el principio de los actos propios, tienen que darse las siguientes condiciones:

a) un sujeto que se encuentre en una situación o relación jurídica determinada;
b) que ese sujeto actúe de tal manera que genere una situación de apariencia diversa a la (real) situación o relación jurídica;
c) que un tercero, de buena fe, establezca una relación jurídica con el sujeto que generó la situación de apariencia, debido, justamente, a esa situación; y,
d) como consecuencia de ello, el sujeto que creó la situación de apariencia no puede hacer valer la real situación o relación jurídica, vale decir, no puede ir en contra de sus propios actos.

---

[3] PUIG BRUTAU, José. *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ariel, 1951, p. 97.

[4] *Ibid.*, p. 102. El autor afirma que: «quien ha dado lugar a la situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia. El primer titular ha de tropezar con un obstáculo si lo pretende. Por ello, muy gráficamente, los juristas anglosajones afirman que alguien está *estopped* o *barred*, es decir impedido de hacer valer el derecho que en otro caso podría ejecutar» (*op. cit.*, p. 103).

[5] ALTERINI, Atilio Aníbal y Robreto LOPEZ CABANA. «Actos propios» (voz). En: ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto LOPEZ CABANA (eds.). *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 238.

[6] ORTIZ CABALLERO, René. «La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil peruano». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n.º 45, 1991, p. 266. El autor entiende al «*venire contra factum proprium*» como un aforismo.

Queda claro que el fundamento del principio de los actos propios descansa en un principio de mayor alcance que es el de la buena fe: aquí viene mi preocupación, por cuanto, aportar al operador jurídico una variedad de principios, como la buena fe, fraude a la ley, actos propios, junto al ya reconocido del abuso de derecho, puede ser bueno; pero también, puede ser lo contrario. En efecto, como ya se advirtió, desde un punto de vista conceptual, todos tienen el común denominador de la buena fe (que sería un principio más general que los otros).[7] No sería aventurado sostener que, a efectos de la aplicación de principios, al operador jurídico, en estos supuestos, le bastaría el principio de la buena fe y reconocer tantos principios con una base común podría generar no pocas confusiones de categorización entre los diversos operadores jurídicos.

El legislador italiano no consagró el principio del abuso de derecho, por desconfianza en el juez: creo que con la propuesta, si bien se está reconociendo una pluralidad de principios, ello se hace, curiosamente, por el mismo motivo. Los jueces alemanes, no obstante cuentan con el reconocimiento, por parte del BGB, del principio del abuso de derecho, prefieren aplicar el principio de la buena fe: es probable que, de convertirse en formalmente válido este proyecto, el juez peruano, no obstante contar con una pluralidad de principios, opte por el (más general) que es el de la buena fe.

El consuelo que queda, frente a esta preocupación, es que se puede llegar a la misma conclusión, a través de diversos caminos. Lo quiero probar citando el art. 229 c.c., que establece que:

> «Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él ni sus herederos, pueden alegar la nulidad».

En doctrina nacional, se califica esta situación como de una *exceptio doli*.[8] Desde mi punto de vista, se trata de una aplicación del principio de los actos propios. La *exceptio doli* es una excepción que «legitima para

---

[7] Como ejemplo, para un caso concreto, no en vano se dice que «uno de los criterios que parece llevar a predios jurídicos el concepto de buena fe es el de la doctrina de los actos propios» (*Ibid.*, 275).

[8] *Ibid.*, 280.

enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho».[9] En este supuesto, es el incapaz que, aparentando ser capaz, ha inducido a un tercero a celebrar un acto y, como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico le impide al incapaz «ir en contra de sus propios actos». Sin embargo, *exceptio doli* o actos propios, el resultado sería el mismo. No hacer valer una situación injusta.

En lo que se refiere al legítimo interés (tan maltratado por el Código Civil, por cuanto, como ya se mencionó anteriormente, es *víctima* de la confusión existente entre categorías materiales y categorías procesales), con el art. XI del proyecto, se logró su conceptualización como una situación jurídica de ventaja inactiva que se encuentra dentro de una relación jurídica de complementariedad con un derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa). Como ya se dijo, dentro de la misma, el titular del derecho subjetivo tiene que ejercer el mismo de manera discrecional. Caso contrario se configura un abuso de derecho que lesiona el legítimo interés. Sin embargo, como ya se advirtió, la acción, si bien es un derecho conceptualmente autónomo del derecho o legítimo interés que se pretende proteger, es un derecho de garantía (derivado o consecuencia) de dicho derecho o legítimo interés.

La propuesta legislativa es más puntual que el actual Título Preliminar en lo que se refiere al principio de derogación, inaplicabilidad de la analogía, orden público y de irretroactividad de la ley; así como conserva intactos los principios de abuso de derecho y supletoriedad del Código Civil. En lo que se refiere a la inaplicabilidad de la analogía, esta prohibición incluye también a la interpretación extensiva: en mi opinión, se está cometiendo un grave error técnico (tal como lo hice constar en su momento), por cuanto se está confundiendo una interpretación-resultado (la interpretación extensiva) con una interpretación-procedimiento (la analogía). Se debe entender que, cuando el art. IV del proyecto hace alusión a la inaplicabilidad de la analogía a las normas legales que «establecen sanciones», deben quedar fuera de estas aquellas que regulan la responsabilidad civil denominada extra-contractual, por cuanto están conceptualizadas dentro del principio de la «atipicidad del ilícito civil», que implica, necesariamente, por su propia naturaleza, una interpretación abierta de dichos modelos legislativos.

Se ha prescindido regular la obligación de la dación de cuentas de los

---

[9] DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982, pp. 460-461.

vacíos o deficiencias legislativos. Creo que se ha asumido la posición correcta: no porque no se haya cumplido con esta función, sino porque se fue más allá, a través del derecho, reconocido constitucionalmente y por la legislación especial, a la iniciativa legislativa.

Por último, acertadamente, se depuraron todas las normas con contenido procesal. Esta eliminación hace que, usando la metáfora empleada en la introducción a este trabajo, el sombrero quede ajustado a la cabeza en la cual se va a poner el mismo. Abrazo la convicción que ese sombrero se ponga con plena confianza en que los operadores jurídicos sepan usarlo adecuadamente, sepan hacerlo combinar cuando vistan otros trajes (haciendo alusión a las leyes especiales) y no lo conviertan en un ornamento inservible; y, cuando la moda (en este caso, la experiencia social) haya cambiado, los legisladores, con los aportes de la jurisprudencia, que siempre debe ser tenida en cuenta, lo remienden o —¿por qué no?— hagan uno nuevo.

Bibliografía

LIBROS

ALBALADEJO, Manuel
Derecho Civil I, vol. 1. 14ª ed. Barcelona: Bosh, 1996.

El negocio jurídico. Barcelona: Bosh, 1993.

ABELENDA, César Augusto
Derecho Civil. Parte General, t. I. Buenos Aires: Astrea, 1980.

ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN
Lagunas del Derecho y Análisis de los casos. Buenos Aires: Tallerer Graficos Buschi, 1971.

ALTERINI, Atilio Aníbal
Derecho Privado. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

ALPA, Guido
Giurisprudenza di Diritto Privato, vol. I. Torino: Giappichelli, 1991.

Il diritto dei consumatori. Roma-Bari: Laterza, 1995.

«I principi generali». En: IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI (eds.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1993.

Istituzioni di Diritto Privato. 2ª ed. Torino: UTET, 1997.

Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni. Bologna: Il Mulino, 1991. Ahora en español en: *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y*

cuestiones [trad. del original italiano por Juan Espinoza Espinoza]. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

ALZAMORA VALDEZ, Mario
Introducción a la Ciencia del Derecho. 7ª ed. Lima: SESATOR, 1980.

ANDIA CHAVEZ, Juan
Repertorio de Jurisprudencia Civil. Lima: Rodhas, 1994.

ARAUZ CASTEX, Manuel
Derecho Civil. Parte General, t. I. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.

ARMAZA GALDOS, Javier
El objeto de la relación obligatoria. Arequipa: Hiparquia, 1993.

ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO
El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, ts. II y III. Lima: Ediciones Legales, 2000.

AZZARITI, Francesco Saverio; Giovanni MARTINEZ, y Giuseppe AZZARITI
Diritto Civile Italiano, t. I. Padova: CEDAM, 1943.

BARASSI, Lodovico
Instituciones de Derecho civil [trad. del original italiano por Ramón GARCIA DE HARO y Mario FALCON]. Barcelona: Bosch, 1955.

BESSONE, Mario; Guido ALPA; Andrea D'ANGELO, y Gilda FERRANDO.
La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alle riforme del codice civile. 3ª ed. Bolognia: Zanichelli, 1986.

BETTI, Emilio.
Teoria generale della interpretazione, t. I. Milano: Guiffrè, 1955.

Teoría General del Negocio Jurídico [trad. del original italiano por A. MARTÍN PEREZ]. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BETTI, Emilio; Franceso GALGANO; Renato SCOGNAMIGLIO, y Giovanni Battista FERRI.
Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales [trad. del original italiano por Leysser LEON HILARIO]. Lima: ARA Editores, 2001.

BIANCA, Massimo
Diritto Civile 1. Milano: Giuffrè, 1990.

BLUMENFELD, Walter
Valor y Valoración. Lima: Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1959.

BOBBIO, Norberto
Teoría General del Derecho [trad. del original italiano por Jorge GUERRERO]. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992.

BOFFI BOGGERO, Luis María
Estudios Jurídicos. Primera Serie. Buenos Aires: Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, 1960.

BORDA, Guillermo
Manual de Derecho Civil, Parte General. 13ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986.

Retroactividad de la ley y derechos adquiridos. Buenos Aires: Perrot, 1951.

BRAMONT-ARIAS, Luis.
Derecho Penal. Parte General. Lima: s.e., 1972.

BRAMONT-ARIAS, Luis Ángel
Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima: Santa Rosa, 2000.

BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; y Franceso BUSNELLI
Derecho Civil [trad. del original italiano por Fernando HINESTROSA], t. I, vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

BUSSO, Eduardo
Código Civil Anotado, t. I. Buenos Aires: EDIAR, 1944.

CALABRESI, Guido
El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil [trad. del original italiano por Joaquín BISBAL MENDES]. Barcelona: Ariel, 1984.

CALAMANDREI, Piero
Estudios sobre el proceso civil III [trad. del original italiano por Santiago SENTIS MELENDO]. Buenos Aires: EJEA, 1986.

CARBONNIER, Jean
Derecho Civil, t. I («Disciplina General y Derecho de las Personas»), vol. I [trad. del original francés por Manuel ZORRILLA RUIZ]. Barcelona: Bosch, 1960.

CARDENAS QUIROS, Carlos
Modificación y derogación de las normas legales. Lima: ARA, 1999.

CARDENAS KRENZ, Ronald
Derecho y Realidad Social: La costumbre como fuente del Derecho Civil. Lima: Ediciones Jurídicas, UNIFE, 1998.

CARNELUTTI, Francesco
Metodología del Derecho, [trad. del original italiano por OSSORIO]. México D.F.: UTEHA, 1940.

CARREJO, Simón
Derecho Civil, t. I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1972.

CASSATI, Ettore y Giacomo RUSSO
Manuale del Diritto Civile Italiano. Torino: UTET, 1950.

CASTAN, José
Derecho Civil I. 2ª ed. revisada. Madrid: Reus, 1932.

CATALANO, Pierangelo
Diritto e persone. Studi su origine e attualità del Sistema Romano. Torino: Giappichelli, 1990.

CIFUENTES, Santos
Derechos personalísimos. 2ª. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

Elementos de derecho civil. Parte general. 4ª. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CIFUENTES, Santos (con la colaboración de Manuel COBAS y Jorge ZAGO)
Negocio jurídico. Estructura. Vicios. Nulidades. Buenos Aires: Astrea, 1986.

CLARO SOLAR, Luis
Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas, t. I. 2 ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

COLONNA, Arturo
Per la scienza del diritto. Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programa metodologico per l'attuazione della Scienza del diritto, Tip. Torino: Ernesto Arduini, 1938.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor
Derecho Familiar Peruano. 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

COSSIO, Carlos
La plenitud del ordenamiento jurídico. Buenos Aires: Losada, 1947.

La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires: Losada, 1944.

Teoría de la Verdad Jurídica. Buenos Aires: Losada, 1954.

COUTURE, Eduardo
Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1981.

COVIELLO, Nicola
Doctrina General del Derecho Civil. México: UTEHA, 1938.

CURY URZUA, Enrique
La ley penal en blanco. Bogotá: Temis, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe
Instituciones del Derecho Procesal Civil II [trad. del original italiano por E. GOMEZ ORBANEJA]. México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989.

CHIRONI, Gian Pietro
Elementi di Diritto Civile. Milan-Torino-Roma: Fratelli Bocca Editori, 1914.

CHUNGA LAMONJA, Fermín
Derecho de Menores. 3ª ed. Lima: Grijley, 1999.

DE BUEN, Demófilo
Introducción al Estudio del Derecho Civil. 2ª ed. México: Porrúa, 1977.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico
El negocio jurídico. Madrid: Civitas, 1985.

DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel
Segunda Parte del Ingenioso Caballero Don Quijote de la Mancha (ed. de John JAY ALLEN). 20ª ed. Madrid: Cátedra, 1998.

DE DIEGO, Felipe Clemente
Instituciones de Derecho Civil Español, t. I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1941.

DE GASPERI, Luis y Augusto MORELLO
Tratado de Derecho Civil I, Teoría General de los hechos y Actos Jurídicos. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1964.

DE RUGGIERO, Roberto
Instituciones de Derecho Civil [trad. del original italiano por Ramón SERRANO SUÑER y José SANTA-CRUZ TEIJEIRO]. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944.

DE RUGGIERO, Roberto y Fulvio MAROI
Istituzioni di Diritto Privato, vol. I. 6ª ed. Milano-Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1943.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando
La responsabilidad extracontractual I [Biblioteca Para leer el código civil, vol. IV]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

Postmodernidad y Derecho. Lima: ARA Editores, 1996.

DE LA LAMA, Miguel Antonio.
Código Civil. Anotado y Concordado e índice alfabético de sus artículos, precedido de un juicio crítico y apéndice. 3ª ed. Lima: Librería e Imprenta Gin, 1905.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel
El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, t. I, primera parte [Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XI]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, t. III, primera parte [Biblioteca Para Leer el Código Civil, vol. XI]. 3ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

El Contrato en General. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; Carlos CARDENAS QUIROS, y Walter GUTIERREZ CAMACHO
Contrato y mercado. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio,
Filosofía del Derecho [trad. del original italiano por Luis RECASENS SICHES, revisada por Luis LEGAZ Y LACAMBRA]. 9ª ed. española. Barcelona: Bosch, 1980.

Los principios generales del derecho [trad. del original italiano por Juan OSSORIO MORALES]. Barcelona: Bosch, 1978.

DEVIS ECHANDIA, Hernando
Teoría general del proceso, t. II. Buenos Aires: Universidad, 1985.

DI SEMO, Giorgio
Istituzioni di Diritto Privato. 6ª ed. Firenze: G. Barbera Editore, 1952.

DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON
Sistema de Derecho Civil, t. I. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1982.

DUALDE, Joaquín
Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación en el Derecho privado). Barcelona: Bosch, 1933.

DUGUIT, León
Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. Valparaíso: EDEVAL, 1987.

ESPINO PEREZ, Julio
Código Penal. Concordancias. 6ª ed. Lima: Sevillano, 1982.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan
Derecho de las Personas. 3ª ed. Lima: Huallaga, 2001.

Ensayos sobre Teoría General del Derecho y los Derechos de las Personas. Lima: Huallaga, 1996.

La capacidad de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles. Lima: Grijley, 1998.

FALZEA, Angelo
Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica, I. Teoria Generale del Diritto. Milano: Giuffrè, 1999.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos
Abuso de derecho: Buenos Aires: Astrea, 1992.

Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, 1992.

Derecho de las Personas, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Lima: Studium, 1986.

El Derecho como Libertad. Preliminares para una Filosofía del Derecho. Lima: Studium, 1987.

FERRATER MORA, José
Diccionario de Filosofía, ts. I y II. 5ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1965.

FERRERO COSTA, Augusto
El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987.

«Derecho de Sucesiones». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. V, vol. I. Lima: Universidad de Lima, 1994.

El negocio jurídico. Lima: Rocarme, 1974.

FLUME, Werner
El negocio jurídico [trad. del original en alemán por José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE]. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FONTAN BALESTRA, Carlos
Tratado de Derecho Penal, t. I. 2ª ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1995.

FRANZONI, Massimo
Fatti illeciti, Comentario SCIALOJA-BRANCA, a cura di GALGANO, Francesco. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro, 1993.

FROSINI, Vittorio
La lettera e lo spirito della legge. 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1998.

Teoría de la interpretación jurídica [trad. del original italiano por Jaime RESTREPO]. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1991.

GABBA, Carlo
Teoria della retroattività delle legge, vol. 1. Torino: Ute, 1884.

GALGANO, Francesco
El negocio jurídico [trad. del original italiano por Francisco BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA]. Valencia: Tirant le Blanch, 1992.

GARCIA AMIGO, Manuel
Instituciones de Derecho Civil I («Parte General»). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1979.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo
Introducción al Estudio del Derecho. 4ª ed. México D.F.: Porrúa, 1951.

GARCIA TOMA, Víctor
Introducción a las Ciencias Jurídicas. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2001.

Teoría del Derecho. El Sistema Jurídico Nacional. Lima: CONCYTEC, 1988.

GARRIDO FALLA, Fernando
Tratado de Derecho Administrativo, vol. I («Parte General»). 4ª ed, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

GENY, François
Methode d'interpretation et sources en Droit Privé Positif. Paris: Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie. Editeurs, 1899.

GONZALEZ PORRAS, José Manuel
Uniones de hecho y pensiones de la seguridad social [Colección de Jurisprudencia Práctica]. Madrid: Tecnos, 1992.

GUASTINI, Riccardo
Dalle fonti alle norme. Torino: Giappichelli, 1990.

GUZMAN FERRER, Fernando
Código Civil, ts. I y II. Lima: Cultural Cuzco, 1982.

HERNANDEZ-GIL, Antonio
Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1945.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto
Jurisprudencia Civil, t. IV. Lima: FECAT, 1998.

IRTI, Natalino
L'età della decodificazione. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1989.

ISMODES CAIRO, Aníbal
Sociología. 3ª ed. Lima: Minerva, 1967.

KANTOROWICZ, Hermann
La definición del Derecho [trad. de la edición francesa por J. M. DE LA VEGA]. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

KELSEN, Hans
Teoría pura del derecho [trad. del original alemán por Moisés NILVE]. Buenos Aires: EUDEBA, 1982.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella
Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996). Lima: Legrima Editoriales, 1997.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis
Filosofía del Derecho. 5ª ed. Barcelona: Bosch, 1979.

LEON BARANDIARAN, José
Tratado de Derecho Civil, ts. I y II (concordado con el Código Civil de 1984). Lima: WG Editor, 1991.

LEZANA, Julio
El orden público. Los actos del demente anteriores a su declaración. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

LIMONGI FRANÇA, Rubens
A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

Principios Gerais de Direito. 2ª ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo
El Negocio Jurídico (ed. actualizada). Lima: Grijley, 1997.

Derecho de Sucesiones, t. I [Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVII]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.

Derecho de Sucesiones, t. II, segunda parte [Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. XVII] Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

LONARDO, Loris
Ordine pubblico e illiceità del contratto. Napoli: ESI, 1993.

LLAMBIAS, Joaquín
Tratado de Derecho Civil (Parte General, I). 12ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986.

MANRESA Y NAVARRO, José María
Comentarios al Código Civil Español, t. I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1956.

MARIAS, Julián
El oficio del pensamiento. Madrid: Biblioteca Nueva, 1958.

MARTÍN BERNAL, José Manuel
El abuso del derecho. Madrid: Montecorvo, 1982.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Antonio ROMA VALDÉS
Derecho Penal (Parte General). Barcelona: Bosch, 1999.

MARTY, Gabriel y Pierre RAYNAUD
Droit Civil, t. I. Paris: Sirey, 1961.

MESSINEO, Francesco
Manual de Derecho Civil y Comercial [trad. del original italiano por Santiago SENTIS MELENDO], t. I. Buenos Aires: EJEA, 1979.

MIR PUIG, Santiago
Introducción a las bases del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1976.

MOISSET DE ESPANES, Luis
Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

MONROY CABRA, Marco
Introducción al derecho. 7ª ed. Bogotá: Temis, 1986.

MONROY GALVEZ, Juan
Introducción al Proceso Civil, t. I. Bogotá: Temis-Estudio de Belaunde & Monroy Abogados, 1996.

MORALES GODO, Juan
El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Lima: Grijley, 1995.

MORÓN URBINA, Juan Carlos
Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

MOUCHET, Carlos y Ricardo ZORRAQUIN BECU
Introducción al derecho. 11ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco
Introducción al Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1975.

NOGUERA, Rodrigo
Retroactividad de las leyes civiles. Bogotá: Témis, 1979.

OBANDO BLANCO, Roberto
El Derecho a la Tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia. Lima: Palestra, 2001.

Estudios de Derecho Procesal Civil. Lima: San Marcos, 1997.

PACCHIONI, Giovanni
Elementi di Diritto Civile, 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1944.

PEIRANO FACIO, Jorge
Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Temis, 1981.

PEÑA CABRERA, Raúl
Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General, t. I. Lima: Grijley, 1995.

PERELMAN, Chaim.
El imperio retórico. Retórica y argumentación [trad. del original inglés por Adolfo León GOMEZ GIRALDO]. Santa Fe de Bogotá: Grupo Editorial Norma, 1998.

PERLINGIERI, Pietro
Il diritto civile nella legalità costituzionale. Napoli: ESI, 1991.

PESCIO VARGAS, Victorio
Manual de Derecho Civil, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex
Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

PORTALIS, Jean
Discurso Preliminar del Proyecto del Código Civil Francés [trad. del original francés por Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA]. Valparíso: EDEVAL, 1978.

PUIG BRUTAU, José
Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona: Ariel, 1951.

Introducción al Derecho Civil. Barcelona: Bosch, 1981.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos
Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un paradigma. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000.

REALE, Miguel
Filosofía del Derecho 1, Introducción filosófica general [trad. del original portugués por Ángel HERREROS SÁNCHEZ y revisión de Jaime BRUFAU PRATS]. Madrid: Pirámide, 1979.

Introducción al Derecho [trad. y adaptación del original portugués por Jaime BRUFAU PRATS]. 6ª ed. Madrid: Pirámide, 1984.

RECASENS SICHES, Luis
Introducción al Estudio del Derecho, 6ª ed. México: Porrúa, 1981.

RENDÓN VASQUEZ, Jorge
El derecho como norma y relación social. Introducción al Derecho. Lima: Ediciones Tarpuy, 1984.

RESCIGNO, Pietro
Persona e Comunità. Saggi di Diritto Privato, reedición. Padova: CEDAM, 1987.

RIVERA, Julio César
Instituciones de Derecho Civil (Parte General, I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

Instituciones de Derecho Civil (Parte General, II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino
El abuso del derecho. Buenos Aires: EJEA, 1971.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y Alfonso SERRANO GOMEZ
Derecho Penal Español [Parte General]. 17ª ed. Madrid: Dykinson, 1994.

ROUBIER, Paul
Les conflits de lois dáns le temps (Théorie de la non-rétroctivité des lois), t. II. Paris: Librarie du Recueil Sirey, 1933.

ROTONDI, Mario
Istituzioni di Diritto Privato. 5ª ed. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1945.

ROY FREYRE, Luis E., *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, segunda edición, Grijley, Lima, 1998.

RUBBIANI, Galasso Guglielmo
Le disposizioni sull applicazione delle leggi in generale e il diritto delle persone nel Nuovo Codice Civile Italiano. Milano: Società Editrice Libraria, 1940.

RUBIO CORREA, Marcial
Estudio de la Constitución Política de 1993, ts. 3 y 4. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

La invalidez del acto jurídico [Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. IX]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.

Título Preliminar [Biblioteca Para leer el Código Civil, vol. III]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo
Derecho Civil (Parte General). Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1980.

SALAZAR BONDY, Augusto
Breve Vocabulario Filosófico. Lima: Universo, 1967.

SALEILLES, Raymond
«Le Code Civil et le Méthode Historique». En: *Le Code Civil-Livre du Centenaire*, t. I. París: s.e., 1904.

SALVAT, Raymundo
Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General). 5ª ed. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931.

SALVI, Cesare
«La responsabilità civile». En: IUDICA, Giovanni y Paolo Zatti (eds). *Trattato di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 1998.

SÁNCHEZ ROMAN, Felipe
Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española, t. II. 2ª ed. Madrid: Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 1911.

SANTOS BRIZ, Jaime
Derecho Civil, Teoría y Práctica I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

SEIJAS RENGIFO, Teresa.
Derecho Civil. Introducción, Título Preliminar y Derecho de las Personas. Lima: Gráfica Horizonte, 2001.

SPOTA, Alberto
Tratado de Derecho Civil, t. I (Parte General), vol. 1. Buenos Aires: De Palma, 1947.

STOLFI, Giuseppe
Teoría del negocio jurídico. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

TABOADA CORDOVA, Lizardo
Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2001.

La causa del negocio jurídico. 2ª ed. Lima: San Marcos, 1999.

Nulidad del Acto Jurídico, segunda edición, Grijley, Lima, 2002.

TARELLO, Giovanni
L'interpretazione della legge. Milán: Giuffrè, 1980.

TORRES VASQUEZ, Aníbal
Acto jurídico. Lima: San Marcos, 1998.

TUESTA SILVA, Wilder
Código Civil Comentado. 2ª. ed. Lima: Grijley, 2001.

VALENCIA RESTREPO, Hernán
Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993.

VALENCIA ZEA, Arturo
Derecho Civil, t. I. 4ª ed. Santa Fe de Bogotá. Temis, 1966.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto
Tratado de Derecho Civil Español, t. I (Parte General). 4ª ed. Valladolid: Talleres Tipográficos «Cuesta», 1935

VEGA MERE, Yuri
Derecho Privado, t. I. Lima: Grijley, 1996.

VERA, Robustiano
Código Civil de la República de Chile, t. I. Santiago de Chile: Imprenta Gutemberg, 1892.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando
El acto jurídico. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1998.

El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales. 2ª ed.. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

VIGO (h.), Rodolfo L.
Integración de la Ley. Art. 16 del Código Civil. Buenos Aires: Astrea, 1978.

VILLA STEIN, Javier
Derecho Penal. Parte General. Lima: San Marcos, 1998.

VISINTINI, Giovanna
«I fatti illeciti II». En: GALGANO, Francesco (ed.). *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*. Padova: CEDAM, 1990.

Trattato breve della responsabilità civile. Padova: CEDAM, 1996, 451 y ahora en *Tratado de la responsabilidad civil* [trad. del original italiano por Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de María Luisa ATIENZA NAVARRO, Paz BOSSIO, Juan ESPINOZA ESPINOZA, Fabio LONGHIN y Olenka WOOLCOTT OYAGUE], t. II. Buenos Aires: Astrea, 1999.

VON IHERING, Rudolf
Abreviatura del Espíritu del Derecho Romano [trad. del original alemán por Fernando VELA]. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947.

Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum [trad. del original alemán por Tomas A. BANZHAF y concordada por Mariano LUQUE]. Madrid: Civitas, 1987.

El fin en el Derecho. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960.

La dogmática jurídica. Buenos Aires: Losada, 1946.

La lucha por el Derecho [trad. del original alemán por Adolfo POSADA]. Madrid: Civitas, 1985.

La voluntad de la posesión. Con la crítica del método jurídico reinante [trad. del original alemán por Adolfo POSADA]. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1910.

VON SAVIGNY, Friedrich
De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Valparíso: EDEVAL, 1978.

«Los fundamentos de la Ciencia Jurídica». En: VON SAVIGNY, Friedrich; VON KIRCHMANN, Julius Hermann; ZITELMANN, Ernst; y KANTOROWICZ, Hermann. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

Metodología Jurídica [trad. del original alemán de J.J. SANTA-PINTER] Buenos Aires: Depalma, 1979.

Sistema del Derecho Romano actual [trad. del original alemán por Jacinto MESIA y Manuel POLEY], t. I. 2ª ed. Madrid: s.e., 1879.

ARTICULOS EN REVISTAS O TRABAJOS COLECTIVOS

ALPA, Guido
«Il metodo nel diritto civile». *Contratto e impresa*, año 16, n.º 1, CEDAM, Padova, 2000.

ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto LOPEZ CABANA
«Actos propios» (voz). En: ALTERINI, Atilio Aníbal y Robreto LOPEZ CABANA (eds.). *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil,* I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

«Panorama actual de la teoría del abuso del derecho en el Derecho Comparado y su emplazamiento en el Sistema Latinoamericano». En: *Derecho Civil*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado

en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989 y organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María
«La defensa procesal de los intereses difusos». *Ius et Praxis*, n.º 24, Lima, 1994.

«Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia». *Thémis*, Segunda Epoca, n.º 43, Lima, 2001.

ARRIGO, Tommaso
Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio, en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura de CABELLA PISU, Luciana y Luca NANNI. Padova: CEDAM, 1998.

AYASTA GONZALEZ, Manuel
«Significado de la analogía en el ordenamiento jurídico». *Revista Jurídica del Perú*, año XXXVII, n.º 1, enero-marzo, 1986.

BELTRÁN PACHECO, Jorge
«La revelación de lo oculto: la simulación del acto jurídico, mentiras y verdades». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 37, año 7, octubre, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán
«La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación». *Diálogo con la Jurisprudencia,* año III, n.º 5, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

BIGLIAZZI GERI, Lina
«Interesse legitimo: diritto privato» (voz). En: *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. Torino: UTET 1993.

BOBBIO, Norberto
«El modelo iusnaturalista». En: BOBBIO, Norberto y Michelangelo BOVERO. *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986, 16.

BOVINO, Alberto
«Culpabilidad, cultura y error de prohibición». *Thémis*, segunda época, n.º 15, Lima, 1989.

BUSNELLI, Francesco
«Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sabarramento" alla "rete di contenimento"». *Danno e responsabilità*, n.º 3, IPSOA, Milán, 1997.

CAIANI, Luigi
«Analogia, b) Teoria Generale» (voz). En: *Enciclopedia del Diritto,* t. II. Milano: Giuffrè, 1958.

CARDENAS QUIROS, Carlos
«Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». *Ius et Veritas*, n.º 13, 1996.

«Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia». En: AA. VV. *Tratado de Derecho Civil*. Título preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio
«El negocio jurídico». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, n.º 1, UNMSM, 1972.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor
«Exposición de Motivos y Comentarios del Proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora». En: COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL. *Exposición de Motivos y Comentarios*, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985.

CROVI, Daniel
«Interpretación de la ley». En: RIVERA, Julio César (ed.). *Derecho Civil. Parte General. Temas*, II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando
«El Derecho Civil y la Lógica: los argumenta a contrario». *Thémis*, segunda época, n.º 12, Lima, 1988.

«Entrevista a Fernando de Trazegnies». *Thémis*, segunda época, n.º 15, Lima, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio
«Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto». *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto,* n. º 32, 1960.

DOGLIOTTI, Massimo
«Dirittto All'identità e tutela della persona». En: *L'informazione e i diritti della persona*, a cura de ALPA, Guido; Mario BESSONE; Luca BONESCHI, y CAIAZZA, Giandomenico. Napoli: Centro di Iniciativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene, 1983.

DOSSETTI, María
«Atti emulativi». En: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, III.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco
«Principio de igualdad y derecho a la no discriminación». *Ius et Veritas*, año VIII, n.º 15, diciembre, 1997.

ESCOBAR ROZAS, Freddy
«El derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura». *Ius et Veritas*, año IX, n.º 16, 1998.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan
«Algo más sobre el abuso de derecho y la arquitectura interpretativa del operador jurídico en materia de disolución y decaimiento del vínculo conyugal». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año III, n.º 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

«Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría». *Thémis*, segunda época, n.º 37, Lima, 1998.

«Aspectos registrales de las asociaciones». *Gaceta Jurídica*, t. 51, febrero, 1998.

«El rol actual de la *culpa* y el *riesgo* en la responsabilidad civil: ¿entre Escila y Caribdis?». En: *Temas de Derecho, Homenaje a José León Barandiarán*, t. II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000.

«Fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en la jurisprudencia peruana». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 6, n.º 19, abril, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

«La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes». *Gaceta Jurídica*, t. 79-B, junio, 2000.

«La responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 50, diciembre, 1996.

«La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 6, n.º 30, marzo, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

«Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente». *Thémis*, segunda época, n.º 38, Lima, 1998.

Naturaleza jurídica del legítimo interés: Hacia el rescate de su autonomía conceptual, Advocatus. Nueva Epoca, tercera entrega, Universidad de Lima, 2000.

«Principios generales del derecho». En: *Temas de Derecho n.º 1*. Lima: Sagitario, 1987.

«Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual». *Revista del Foro*, n.º 2, julio-diciembre, Colegio de Abogados de Lima, 1991 y *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 48, años 1990-1991, UNMSM, Lima, 1991.

«Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica por calificar a un árbitro de fútbol como "caradura y sinvergüenza"». *Colección Jurisprudencial Zeus*, año XXVIII, n.º 6665, t. 85, 2001.

«Teoría tridimensional del derecho: bosquejo para una determinación ontológica frente a la posición realeana». *Scribas*, año II, n.º 3, 1997.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan y Alessandro GNANI
«La responsabilità delle banche nel servizio delle cassette di sicurezza». *Responsabilità civile e previdenza*, año LXIII, fasc. 6, 1998.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan y Hugo SIFUENTES DOMENACK
«¡Vamos a la discoteca, cholito!». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 5, n.º 11, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

FADDA, Carlo y Paolo BENSA.
«Note». En: WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette* [trad. del original alemán al italiano por Carlo FADDA y Paolo BENSA], vol. I, Parte Primera. Torino: UTET, 1902.

FALZEA, Angelo
«Capacità (teoria generale)» (voz). En: *Enciclopedia del diritto*, VI. Milano: Giuffrè, 1960.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón
«La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 41, Lima, 1987.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos
«Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho». *Temas de Derecho*, n.º 3, 1996.

«El abuso del derecho». En: *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990.

«El abuso del derecho». En: *Derecho Civil*, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989 y organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992.

«El histórico problema de la capacidad jurídica». En: *Diez Años. Código Civil peruano*, t. I. Lima: Universidad de Lima, 1995.

«El supuesto de la denominada "autonomía de la voluntad"». En: *Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2000.

«La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984». En: *Para leer el Código Civil*, II. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1985.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y Carlos CARDENAS QUIROS
«Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942». En: *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

FERRANDO, Gilda
«Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali». En: CABELLA PISU, Luciana y Luca NANNI (eds). *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Padova: CEDAM, 1998.

FORNO FLOREZ, Hugo
«La oferta al público: razones para una discrepancia». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 45, diciembre, 1991.

GALGANO, Francesco
«Il negozio giuridico in Germania e in Italia». En: *Atlante di Diritto Privato Comparato*, a cura de GALGANO, Francesco y Franco FERRARI. Bologna: Zanichelli, 1992.

GAMBARO, Antonio
«Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero». En: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, I, 1988.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo
«Sobre el *hábeas data* y su tutela». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 51, diciembre, Lima, 1997.

GHERSI, Enrique
«¡Abajo el Código Penal!». *Thémis*, segunda época, n.º 32, Lima, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo
«Organi (teoria generale)» (voz). En: *Enciclopedia del diritto*, t. XXXI. Milano: Giuffrè, 1981.

GUTIERREZ DUANY, María y Gianella LAVARELLO ALBA
«Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad». *Revista Jurídica del Perú*, año XLVII, n.º 13, 1997.

GUZMÁN BRITO, Alejandro
«Las Fuentes del Derecho en el Nuevo Código Civil Peruano». En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

IRTI, Natalino
«La "Metodología del Diritto" di Francesco Carnelutti». En: CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Diritto*. Padova: CEDAM, 1990.

KANTOROWICZ, Hermann
«La lucha por la ciencia del derecho», traducido por GOLDSCHMIDT, Werner. En: *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

LANATTA GUILHEM, Rómulo
«La justicia en la interpretación de la ley». En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

«Texto, Exposición de motivos y comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil». En: COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL. *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*, IV, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985.

LEITE DE CONVERTI, Luzia
«Dichiarazione di paternità naturale: prove biologiche e interesse del minore». *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año X, n.º 4, 1994.

LEON BARANDIARAN, José
«Exposición de Motivos y Comentarios al Título Preliminar». En: COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CODIGO CIVIL. *Código Civil*, IV, Exposición de Motivos y Comentarios, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Lima: Studium, 1985.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo
«Reforma del Título Preliminar del Código Civil». En: *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*. Lima: INDEJ-Gaceta Jurídica, 1988.

MAC LEAN UGARTECHE, Roberto
«La eficiencia social de las leyes como elemento del desarrollo político y económico». *Ius et Veritas*, año IX, n.º 17, 1998.

«Requiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia». *Thémis*, segunda época, n.º 33, 1996.

MASTORILLI, Anna Chiara
«Commento». *Danno e responsabilità*, n.º 1, Milán, IPSOA, 1997.

MARTINEZ COCO, Elvira
«¿Contratación de mercado o contratación social?. Algunas modificaciones necesarias a las disposiciones generales de contratación». *Aequitas*, año 2, n.º 2, CIDDE-Cultural Cuzco, 1995.

«La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año IV, n.º 8, Gaceta Jurídica, 1998.

«La responsabilidad por el hecho de los dependientes». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año III, n.º 4, Gaceta Jurídica, 1997.

MIRO QUESADA CANTUARIAS, Francisco, *Aplicación analógica de la ley,* en *Tratado de Derecho Civil,* t. 1, Título Preliminar, Universidad de Lima, 1990.

MONATERI, Pier Guiseppe
«Irrisarcibiltà delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?». *Danno e responsabilità*, n.º 5, Milán IPSOA, 1997.

MONROY GALVEZ, Juan
«El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984». *Thémis*, segunda época, n.º 30, 1994.

«La función creadora del juez». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990.

MORALES HERVIAS, Rómulo
«Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano». *Revista del Foro*, n.º 1, año LXXXVI, Colegio de Abogados de Lima, 1998.

NATOLI, Ugo
«Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XII. Milano: Giuffrè, 1958.

OHANOWICZ, Alfred
«L'abuso del diritto soggettivo nella dottrina e nella giurisprudenza della Polonia». En: DE ROTONDI, Mario. *Inchieste di Diritto Comparato* 7. Padova: CEDAM, 1979.

ORTIZ CABALLERO, René
«La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil Peruano». *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 45, 1991.

ORTIZ DE ZEVALLOS ROEDEL, Gonzalo
«Vacíos y defectos legales». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990.

PALACIOS MARTINEZ, Eric
«Algunos apuntes dogmáticos sobre el concepto de negocio jurídico». *Thémis*, segunda época, n.º 30, 1994.

«Contribución a la teoría de nulidad parcial del negocio jurídico». *Thémis*, segunda época, n.º 38, 1998.

PALMIERI, Sergio
«Il Commento». *Danno e responsabilità*, n.º 1, Milán, IPSOA, 1997.

PATTI, Salvatore
«Abuso di diritto». En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, I. Torino: UTET, 1987.

PEREZ VARGAS, Víctor
«El aporte personalista del Código Civil peruano». En: *Código civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas*. Lima: Universidad de Lima-WG Editor, 1995.

PIANO MORTARI, Vincenzo
«Analogia, a)Premessa storica» (voz). En: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milano: Giuffrè, 1958.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex
«Indemnización al conviviente de los daños derivados de la muerte del otro como consecuencia de un delito». *Advocatus*, año III, cuarta entrega, 1992.

PONZANELLI, Giulio
«Abuso del diritto e colpa». En: *Responsabilità civile e previdenza*. Milano: Giuffrè, 1977.

PRIORI POSADA, Giovanni
Comentario al artículo VI del Título Preliminar c.c., Legitimidad para obrar, en *Código Civil Comentado,* t. I, *Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico,* Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

PUCCIO SALA, Ricardo
«Interpretación de los contratos en via casatoria». *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n.º 6, año 3, Normas Legales, agosto, 2001.

RAINIERI, Filippo
«Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch». En: DE ROTONDI, Mario. *Inchieste di Diritto Comparato* 7. Padova: CEDAM, 1979.

RESCIGNO, Pietro
«L'abuso del diritto». *Rivista di Diritto Civile*, año XXI, I, CEDAM, 1965.

RIOS ALVAREZ, Láutaro
«Dos reflexiones de los principios generales del derecho». *Revista de Ciencias Sociales*, n.os 26/27. Valparaiso: Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1985.

RUBIO CORREA, Marcial
«El interés subjetivo». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I. Lima: Universidad de Lima, 1990.

«Retroactividad, irretroactividad y ultraactividad». En: *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.

SALVI, Cesare
«Abuso del diritto I) Diritto Civile» (voz). En: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Trecani, I, 1988.

SCHIPANI, Sandro
«El Código Civil Peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano (Apuntes para una investigación)». En: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

SILVA VALLEJO, José Antonio
«El artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Civil: Llave maestra de la Teoría General del Derecho Civil y Procesal». En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985.

SPOTA, Alberto
«El abuso del derecho en la legislación latinoamericana». En: DE ROTONDI, Mario. *Inchieste di diritto comparato* 7. Padova: CEDAM, 1979.

TABOADA CORDOVA, Lizardo
«La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico». *Thémis*, segunda época, n.º 30, 1994.

TOMMASINI, Raffaele
«L'identità dei soggetti». En: ALPA, Guido; Mario BESSONE; Luca BONESCHI; y Giandomenico CAIAZZA. *L'informazione e i diritti della persona*. Napoli: Centro di Iniciativa Giuridica Piero Calamandrei, Jovene, 1983.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos
«Aplicación supletoria de las normas del Código Civil». En: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, «Título Preliminar». Lima: Universidad de Lima, 1990.

TRAVERSO, Maria Clementina
«L'abuso del diritto». *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 5, CEDAM, 1992.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique
«Análisis constitucional de la investigación jurídica de paternidad». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año III, n.º 6, Gaceta Jurídica, 1997.

«Hacia una filiación biológica». *Revista Jurídica del Perú*, año XLVII, n.º 11, 1997.

VEGA MERE, Yuri
«La exclusión del nombre del no declarante del nacimiento de un hijo extramatrimonial». *Diálogo con la Jurisprudencia,* año 1, n.º 1, Gaceta Jurídica, 1995.

VON SAVIGNY, Frederic
«Los fundamentos de la ciencia jurídica». En: SAVIGNY, Frederic; Julius Hermann von KIRCHMANN; Ernst ZITELMANN, y Hermann KANTORIWICZ. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

YON RUESTA, Roger
«¿Usura en el Perú?». *Ius et Veritas*, año XI, n.º 22, 2001.

ZITELMANN, Ernst
«Las lagunas del Derecho». En: *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo
Disposiciones de contenido procesal. [Biblioteca Para leer el Código Civil]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana
«Teoría de la invalidez y la ineficacia». *Ius et Veritas*, año IV, n.º 7, 1993.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana y Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE
«De los actos jurídicos. Anteproyecto sustitutorio». En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, t. II. Lima: Fondo Editorial de la ontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

JURISPRUDENCIA

Italiana

«AP. BOLOGNA, 09.05.75». En: *Giurisprudenza italiana*, 1975, 2.

«CORTE DE CASACION, Secc. II civil, 15.11.60, n. 3040». En: *Il Foro Italiano*, 1961, con nota de SCIALOJA, «Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?».

«CORTE DE CASACION, 09.07.79, n. 3930». En: *Foro Italiano*, 1979.

«TRIB. TORINO, 13.06.83». En: *Responsabilità civile e previdenza*, Giuffrè, 1983, con nota de GAMBARO.

Mexicana

«Tribunal Supremo D.F., 12.08.47». En: *Anales de Jurisprudencia*, México, 1947.

Peruana

Anales Judiciales del Perú, 1873-1874-1875, t. I, Oficina Tipográfica «La Opinión Nacional», Lima, 1907.

Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, 1880-1887, t. IV, Imprenta La Industria, Lima, 1911.

Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República, Año Judicial de 1943, t. XXXIX, Publicación Oficial, Imprenta Americana, Lima, 1944.

Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 1990, t. LXXVIII, Lima, 1993.

Casación n.º 506-95, del 08.05.96.

«Casación n.º 1061-98/Junín, 17.11.98». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 5, n.º 10, julio. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

Casación No. 1165-98/Lima, del 30.11.98.

Casación No. 969-99/Cañete, del 04.06.99.

Casación No. 317-99/Cajamarca, del 18.02.99.

«Resolución Suprema de fecha 02.05.78 (Exp. No. 352-78/Piura)». *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.º 412, año XXXVII, mayo. Lima: Imprenta Editorial «Jorge Pérez Pacussich», 1978.

«Resolución del 06.01.94 de la Corte Suprema». *Diálogo con la Jurisprudencia*, año III, n.º 7. Lima: Gaceta Jurídica, 1997.

Resolución No. 085-96-TDC, del 13.11.96, de la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

DICCIONARIOS

FERRATER MORA, José
«Principio» (voz). En: *Diccionario de Filosofía*, t. II, 5ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1965.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
Diccionario de la Lengua Española, t. II, 21ª. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1992.

ROSENTAL, M.M. y P.F. IUDIN
Diccionario Filosófico. Rosario: Ediciones Universo, 1973.

DOCUMENTOS

Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, creada por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922, cuarto fascículo, sesiones 101 a 120, segunda edición. Lima: Imprenta C.A. Castrillón, 1928.

Documento de Trabajo No. 003-1998-AEE, publicado por el INDECOPI, en el Diario Oficial, el 27.11.98.

Proyecto de Ley de Reforma sobre el Seguro Obligatorio de la Responsabilidad Civil Automibilística (RCA), aprobado por el Senado italiano el 21.11.90.

Anteproyecto del Título Preliminar de Código Civil de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
Teléf. 424-8104 / 332-3229 Fax: 424-1582
Agosto 2003 Lima - Perú

Próximas publicaciones

Homenaje a John Murra
Ana María Lorandi, Carmen Salazar-Soler y Natham Wachtell (comps.)

La sociedad Sigma. Una teoría general del desarrollo capitalista
Adolfo Figueroa
Co-edición con el Fondo de Cultura Económica

Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826)
Valentín Paniagua

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
feditor@pucp.edu.pe



ISBN 9972-42-583-5