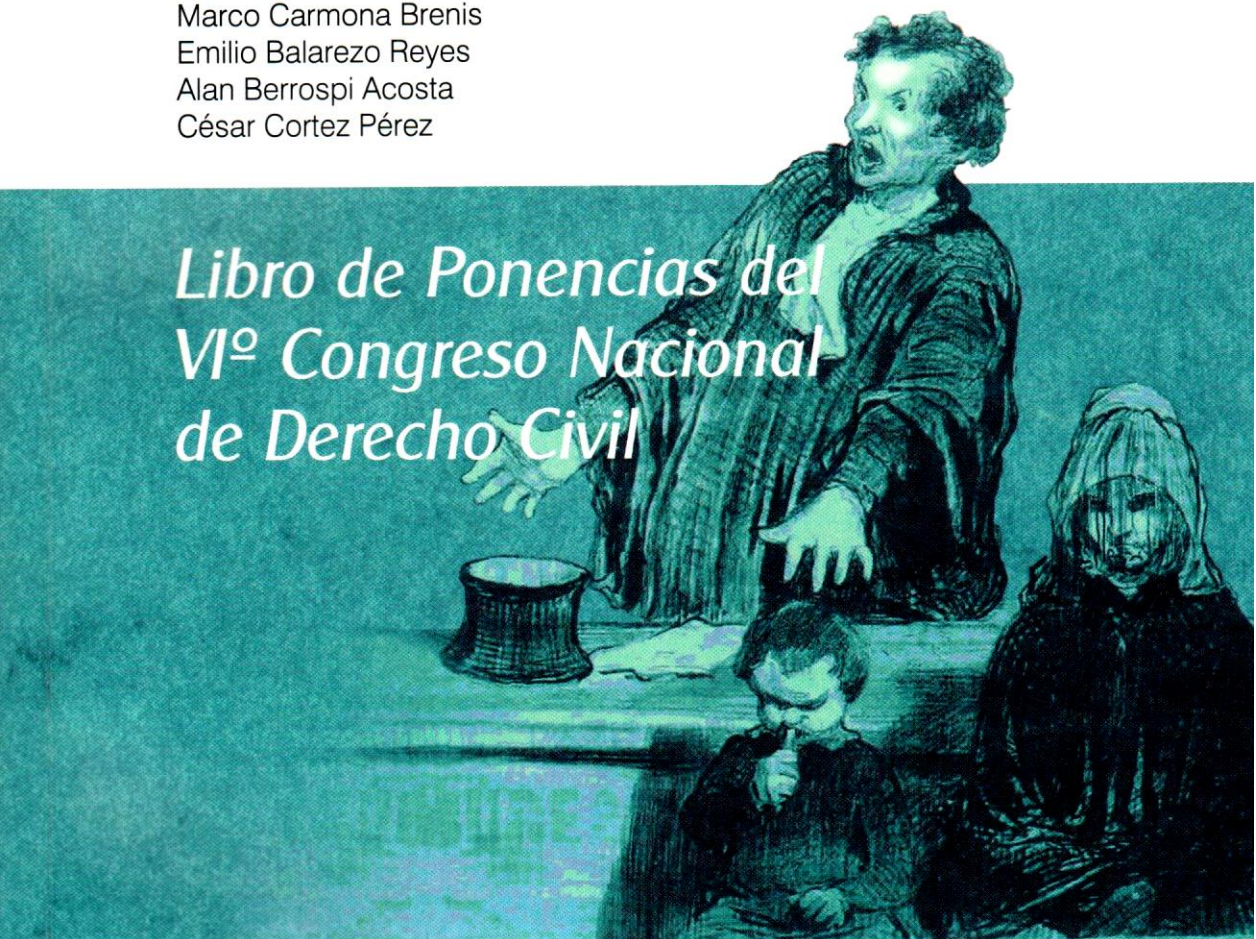


Felipe Osterling Parodi
Fernando Vidal Ramírez
Mario Castillo Freyre
Carlos Ramos Núñez
Enrique Varsi Rospigliosi
Roger Vidal Ramos
Claudia Canales Torres
Rosario de la Fuente y Hontañón
Juan Carlos Negro Balarezo
Marco Carmona Brenis
Emilio Balarezo Reyes
Alan Berrospi Acosta
César Cortez Pérez

Libro de Ponencias del VIº Congreso Nacional de Derecho Civil



Instituto Peruano de
Derecho Civil

USS



UNIVERSIDAD
SEÑOR DE SIPÁN

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta es una obra colectiva que
recoge las ponencias del VIº
Congreso Nacional de Derecho Civil,
a cargo de los doctores Felipe
Osterling Parodi, Fernando Vidal
Ramírez, Mario Castillo Freyre,
Carlos Ramos Núñez, Enrique Varsi
Rospigliosi, Roger Vidal Ramos,
Claudia Canales Torres, Rosario de
la Fuente y Hontañón, Juan Carlos
Negro Balarezo, Marco Carmona
Brenis, Emilio Balarezo Reyes,
Alan Berrospi Acosta y César Cortez
Pérez.

Felipe Osterling Parodi
Fernando Vidal Ramírez
Mario Castillo Freyre
Carlos Ramos Nuñez
Enrique Varsi Rospigliosi
Roger Vidal Ramos
Claudia Canales Torres
Rosario de la Fuente y Hontañón
Juan Carlos Negro Balarezo
Marco Carmona Brenis
Emilio Balarezo Reyes
Alan Félix Berrospi Acosta
César Daniel Cortez Pérez

Libro de Ponencias del VIº Congreso Nacional de Derecho Civil



Instituto Peruano de
Derecho Civil



UNIVERSIDAD
SEÑOR DE SIPÁN

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima - 2011

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Silvia Pareja Zarate
Alan Berrospi Acosta	José Castillo Bocanegra
Jessica López Casas	Melch Núñez Vera
Rocío Paredes Cueva	Emilio Balarezo Reyes
Christian Carrera Balta	Sheila Vidal Ramos
Emely Melendres Gavilán	Daniel León Estrada
Cesar Cortéz Perez	Marco Carmona Brenis

MIEMBROS ASOCIADOS

Ariana Delgado Pinedo	Víctor Céspedes Guzmán
Augusto Gárate Abat	Fernando Jump Figueroa
Guillermo Chang Hernández	Fernando Chávez Rosero
Jhúnior Pasapera Bardales	Eloy Calderón Villanueva

MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gastón Fernández Cruz
Jorge Avendaño Valdez	Rómulo Morales Hervias
Mario Castillo Freyre	Leysser León Hilario
Fernando de Trazegnies Granda	Mario Reggiardo Saavedra
Fernando Vidal Ramírez	Jorge Beltrán Pacheco
Enrique Varsi Rospigliosi	Maria Elena Guerra Cerrón

LIBRO DE PONENCIAS DEL VI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición,

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador

© Copyright:

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

Jr. Jose de la Torre Ugarte N° 368 – Lince – Lima.

Telfs. 01 - 4216976

ipdc@conadecivil.com – www.ipderehocivil.com – www.conadecivil.com

Impresión y Encuadernación: GRANDES GRAFICOS S.A.C.

Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 – Perú

Diagramación: Elizabeth Ana Cribillero Cancho

Diseño de carátula: Iván Larco

HECHO EL DEPOSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2011-07259

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Presentación	
Roger Vidal Ramos	7
Prólogo	
Mario Castillo Freyre	9
Felipe Osterling Parodi - Mario Castillo Freyre	
<i>Obligaciones con clausula penal</i>	11
Carlos Ramos Nuñez	
<i>José León Barandiarán, el esteta de la dogmática</i>	45
Fernando Vidal Ramírez	
<i>Los grandes hitos de la codificación civil</i>	97
Enrique Varsi Rospigliosi - Claudia Canales Torres	
<i>Deudores al Extremo: El Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM</i>	103
Roger Vidal Ramos	
<i>El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano....</i>	113
Rosario de la Fuente y Hontañón	
<i>El fideicomiso testamentario en la legislación y jurisprudencia peruanas</i>	151

Juan Carlos Negro Balarezo	
<i>Derecho a la Identidad Sexual: Enfoque Transexual</i>	163
Marco Carmona Brenis	
<i>Responsabilidad extracontractual por daño causado al otro cónyuge por un tercero ...</i>	177
Emilio Balarezo Reyes	
<i>Una visión histórica y actual de la Patria Potestad en el ámbito normativo con especial atención en el Derecho Peruano</i>	187
César Daniel Cortez Pérez - Alan Félix Berrospi Acosta	
<i>La inexistencia del acto jurídico</i>	199

PRESENTACIÓN

En esta ocasión, nos honramos en presentar nuestra tercera publicación institucional, titulada *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*, siendo una vez más muy gratificante la publicación de esta obra, tanto para el Instituto Peruano de Derecho Civil, el Estudio Mario Castillo Freyre, los expositores, así como para los diversos asistentes al Congreso. Es por este motivo, que nuestro compromiso de seguir dejando un testimonio escrito de los debates y exposiciones, sigue siendo uno de los pilares de la organización del Congreso.

La publicación anual del «Libro de Ponencias» tiene dos finalidades, la primera, que se trate de una edición que se agote en los primeros siete días de su publicación, por cuanto el libro se entrega exclusivamente a los asistentes del Congreso; y la segunda finalidad es que el «Libro de Ponencias» constituya parte de la Biblioteca Personal de los asistentes y de las Bibliotecas Institucionales de las Facultades de Derecho de las Universidades Peruanas.

El VI Congreso Nacional de Derecho Civil, se llevó a cabo en la cálida ciudad de Piura, del 22 al 25 de septiembre de 2010, en el distinguido auditorio de la Universidad Nacional de Piura, convocando una vez más a una numerosa asistencia de delegaciones de estudiantes de Derecho; abogados y profesores de diversas ciudades de la república.

Durante estas cuatro jornadas académicas se destacó la participación de los expositores y catedráticos universitarios: Felipe Osterling Parodi, Fernando Vidal Ramírez, Alfredo Bullard González, Gastón Fernández Cruz, Mario Castillo Freyre, Leysser León Hilario, Jorge Beltrán Pacheco, Enrique Varsi Rospigliosi, Roger Vidal Ramos, César Guzmán Halberstadt, Mateo Gómez Mato, Renzo Saavedra Velazco, Gunther Gonzales Barrón, Claudia Moran Morales, Marco Carmona Brenis, Juan Carlos Negro Balarezo, Esteban Alva Navarro, Emilio Balarezo Reyes, Rosario de la Fuente y Hontañon, Nadia Núñez Masías y Daniel Ugarte Mostajo.

El presente libro, se publica en el marco de la organización del VII Congreso Nacional de Derecho Civil Chiclayo-2011, organizado en forma conjunta con

la Universidad Señor de Sipán, con la plena confianza que entre el 30 de junio al 2 de julio del presente año, las jornadas del Congreso Nacional de Derecho Civil, tengan el mismo o mayor éxito académico de las ediciones anteriores del prestigioso CONADECIVIL.

Finalmente, nos queda expresar nuestro agradecimiento a los distinguidos expositores del Congreso, a las diferentes delegaciones estudiantiles, abogados, colaboradores y miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, por el enorme esfuerzo en la organización y su participación del Congreso.

Lima, mayo del 2011.

ROGER VIDAL RAMOS
Presidente del Instituto
Peruano de Derecho Civil

PRÓLOGO

El presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, el doctor Roger Vidal Ramos, me confiere, una vez más, el honor de prologar un nuevo volumen con las ponencias del Congreso que año a año organiza esta institución.

Como no podía ser de otra manera, el VI Congreso de Derecho Civil, llevado a cabo en la ciudad de Piura, fue un éxito rotundo. Ponentes, asistentes y organizadores disfrutaron, durante tres días, del evento jurídico más importante del país en esta materia.

Producto de ello es el volumen que tenemos el gusto de prologar y que, uniendo nuevamente esfuerzos, mi Estudio de abogados y el Instituto publican en esta oportunidad.

En ese sentido, cabe hacer una breve mención de los trabajos que contiene el presente volumen y que, precisamente, constituyen el marco de las ponencias que se presentaron en el Congreso.

Así, pues, Felipe Osterling Parodi y quien escribe estas líneas, abordamos el tema de las «Obligaciones con cláusula penal». De esta forma, analizamos la funcionalidad de la cláusula penal, su exigibilidad, su eventual incumplimiento, la constitución en mora, la accesoriedad de esta figura jurídica, así como su eventual reducción.

A continuación, Carlos Ramos Núñez nos entrega una valiosa pieza jurídica, que lleva por título «José León Barandiarán. El esteta de la dogmática». En ella, se rescata una serie de importantes datos de diferentes etapas de la vida del maestro, desde los años formativos hasta su madurez; asimismo, se recorre la vida académica, política y, en general, los diversos ámbitos en los que León Barandiarán se desempeñó a lo largo de toda una vida entregada al Derecho.

Por otro lado, Fernando Vidal Ramírez se encarga de analizar, desde un ángulo comparatista, los más importantes Códigos Civiles del mundo a través de su artículo «Los grandes hitos de la codificación civil». Para lograr tal propósito, analiza en detalle el proceso de formación y los rasgos más característicos del Código Civil francés de 1804, el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942.

Por otra parte, el ensayo titulado «Deudores al Extremo. El Registro de

Deudores Alimentarios Morosos - REDAM», escrito por Enrique Varsi Rospigliosi y Claudia Canales Torres, analiza los fundamentos de la creación del REDAM, el procedimiento de inscripción en él, sus características y reglamento, para concluir esbozando severas críticas a su creación y actual funcionamiento.

Continuando con el desarrollo de diversas áreas del Derecho Civil, Roger Vidal Ramos se hace presente con el estudio de un tema que hasta el día de hoy suscita debate: «El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil peruano». Para ello, aborda la teoría del título y modo, los sistemas clásicos y contemporáneos de transferencia de propiedad, el sistema peruano, las desventajas del sistema consensual, entre otros.

Rosario de la Fuente y Hontañón, a través de un estudio que recurre a soportes históricos, jurisprudenciales y dogmáticos, nos habla sobre «El fideicomiso testamentario en la legislación y jurisprudencia peruanas».

De otro lado, Juan Carlos Eduardo Negro Balarezo aborda un tema de mucha actualidad y polémica. Así, en el ensayo titulado «Derecho a la identidad sexual: enfoque transexual», aborda la identidad sexual desde la perspectiva jurídico-científica, el transexualismo y su relevancia jurídica, la modificación registral del prenombre y del sexo, entre otros.

A continuación, el artículo titulado «Responsabilidad extracontractual por daño causado al otro cónyuge por un tercero», escrito por Marco Carmona Brenis, desarrolla la importancia y regulación jurídica que cobra hoy en día la institución de la familia, en especial la sociedad conyugal, los principales características en torno a la responsabilidad extracontractual y, por último, lo referente a la Teoría del Reflejo desde su distintas variantes.

Finalmente, César Daniel Cortez Pérez y Alan Félix Berrospi Acosta, en el ensayo titulado «La inexistencia del acto jurídico», se preguntan si sería importante crear una teoría sobre la inexistencia del acto jurídico y así seguir el ejemplo italiano.

Como se puede observar, el presente volumen que recoge las ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil, será de gran provecho para que el debate y conocimiento de las instituciones de esta rama del Derecho se difundan en el medio jurídico peruano.

Quiero concluir estas palabras felicitando —una vez más— la encomiosa labor del Instituto Peruano de Derecho Civil que, como ya se está haciendo costumbre, no sólo trabaja para que año a año se lleve a cabo el evento más importante de esta materia en nuestro país (este 2011, en Chiclayo), sino también por la valiosa contribución que hace al editar y publicar las ponencias de este extraordinario Congreso.

MARIO CASTILLO FREYRE¹

Lima, mayo del 2011

¹ Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de Arbitraje y de Derecho de su Estudio. www.castillofreyre.com

Obligaciones con cláusula penal

Felipe Osterling Parodi*

Mario Castillo Freyre**

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. – 2. Funcionalidad de la cláusula penal. – 3. Exigibilidad de la cláusula penal. – 3.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal. – 3.2. Constitución en mora del deudor. – 3.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor. – 4. Momento de estipulación de la cláusula penal. – 5. Accesoriedad de la cláusula penal. – 6. Reducción de la cláusula penal.

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de Arbitraje y de Derecho de su Estudio. www.castillofreyre.com

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Muchas veces la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios no es labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, ésta no es la única solución que brinda el Derecho.

Nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran.

La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo aluda a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de «obligación con cláusula penal» no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

Más allá de esas consideraciones, la cláusula penal, a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización. En ella se dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.

Debemos subrayar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

No hay duda de que la importancia práctica, relevancia teórica y normatividad legal de la cláusula penal determinar que desde antes y después de la promulgación del Código Civil Peruano, en julio de 1984, haya merecido el mayor debate académico.

Como podremos apreciar en el análisis que iniciamos, el principal cuestionamiento que se formula es el relativo a la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, la misma que establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

Resulta evidente, además, que el tema suscita apasionados debates, pues sea cual fuere la opción que se elija, habrá razones académicas, prácticas y éticas para defender la tesis escogida. En esta materia, ciertamente, la solución no es pacífica. Parece que lo único concreto es que no existe una solución que quede exenta de crítica.

Tratando de conservar el menor apasionamiento y la mayor sindéresis, hemos decidido iniciar el tema de la cláusula penal desde la perspectiva de su funcionalidad, puesto que, en esencia, la definición de la cláusula penal pone de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumple esa modalidad obligacional.

2. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Nos corresponde analizar la funcionalidad de la cláusula penal en el marco concreto del Código Civil Peruano de 1984.

Para tal efecto, vamos a estudiar a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.

En primer lugar tenemos que referirnos a su función compulsiva, la que estará presente como un elemento que refuerce el cumplimiento de las obligaciones, sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos.

Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código de 1984, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria:

Artículo 1341.- «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Artículo 1342.- «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación».

Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

Resulta claro que la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, relativiza —de alguna manera— la función compulsiva de la cláusula penal, en la medida en que al haber adoptado el Código Civil Peruano de 1984, el sistema de la mutabilidad relativa, en la práctica se dan numerosos casos de deudores que, siendo conscientes de la posibilidad legal de alegar el exceso de la penalidad, decidan no cumplir o cum-

plir de modo tardío, teniendo abierta la posibilidad para reclamar judicialmente la reducción de la pena.

De otro lado, no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, situación que si bien no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada.

Luego, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que ésta tiene una finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil.

En adición, hacemos hincapié en que la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva.

Si la cláusula penal fuera diminuta y no se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre, en este caso, sólo indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. En tal sentido, por más que la indemnización de los daños y perjuicios fuera sólo parcial, resulta indudable que la cláusula penal seguiría teniendo función indemnizatoria.

Y, en el otro extremo, si la cláusula penal fuese excesiva en comparación con los daños y perjuicios causados, pero el deudor, por los motivos que fuere, no solicitara su reducción, quedaría obligado a pagarla en su integridad. En este caso, si bien es cierto que el deudor pagaría una indemnización mayor que los daños y perjuicios realmente causados, la misma indudablemente también cumpliría una función indemnizatoria. La tendrá en la parte correspondiente a los daños y perjuicios realmente causados (lo que resulta obvio), pero también en lo que respecta a los daños no causados, pues la cláusula penal constituye un pacto anticipado de indemnización ante un eventual incumplimiento del deudor.

Además, si el deudor no reclama ante los tribunales la eventual reducción de la penalidad convenida, tal renuncia a la reclamación constituiría, en nuestro concepto, una ratificación tácita de que los términos pactados como penalidad constituyen fiel reflejo de aquéllos que posteriormente se causaron.

Otra función que la doctrina asigna a la cláusula penal es la punitiva o sancionatoria.

Resulta evidente que una penalidad tendría función punitiva en la medida en que el monto de la misma exceda la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados, y que, adicionalmente, se llegue a pagar por el deudor incumpliente.

Ahora bien, si tenemos en consideración las facultades que el Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograra que la misma se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Por otra parte, la función punitiva podría mantenerse vigente en la medida en que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. En estos casos, se debería entender que dicho deudor estaría aceptando tácitamente ser sancionado con la penalidad pactada.

Pero debemos reconocer que este último supuesto resultaría, en la práctica, extraño, y que en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra totalmente relativizada.

Cabe aclarar, adicionalmente, que la doctrina asigna a la cláusula penal una función de simplificación probatoria.

En efecto, como sabemos se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inexecución, las partes se ven irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores —dependiendo del caso— que el monto de la cláusula penal?

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inexecución son menores a la suma estipulada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que pueda reducirse el monto de la penalidad, necesariamente entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta legalmente, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal, o que, incluso, son superiores a dicho monto.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el aumento de la penalidad, habida cuenta de que, aun cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inexecución se encuentran por encima de la pena pactada, el deudor —qué duda cabe— buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente sino, inclusive, excesiva, solicitando su reducción proporcional.

En ambos casos la probanza de los daños y perjuicios es inevitable. Por ello la desnaturalización de la cláusula penal resulta manifiesta.

Por otra parte, un sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene una función resolutoria.

La cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la pe-

alidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

Dentro de tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración. En este caso, analógicamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor.

Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, el contrato seguiría existiendo, por ser válido, pero ya no surtiría efectos ni sería capaz de generarlos.

En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.

Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, los mismos que pueden tener carácter judicial o extrajudicial, de conformidad con lo dispuesto por sus artículos 1428, 1429 y 1430. Y entendemos, por tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos mecanismos, no podríamos hablar de una resolución contractual propiamente dicha.

Es factible, desde luego, que el acreedor perjudicado también recurra a resolver el contrato, utilizando los mecanismos legales correspondientes. En estos casos no sólo tendremos una situación similar, en los hechos, a las consecuencias de la resolución de un contrato, sino que estaríamos ante un contrato jurídicamente resuelto.

De esta manera, es válido sostener que si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor, en muchos casos, carecería de interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición.

La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. Aquí no se resuelve contrato alguno y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.

Luego, otro sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene la función de pena acumulativa.

En el caso del Código Civil Peruano, y salvo que se hubiese pactado algo distinto, sólo podría cumplir función de pena acumulativa en la medida en que se tratara de una cláusula penal moratoria, ya que el cobro de ésta resultaría independiente del cobro de la prestación principal. El Código Civil señala expresamente este concepto en su artículo 1342.

Por otra parte, si la cláusula penal fuese compensatoria, y a pesar de que la citada norma no lo diga, se desprende de la naturaleza de la cláusula penal el que

ésta no pueda acumularse a la prestación *in natura*, prohibición que, en cambio, sí es establecida expresamente por el artículo 1383 del Código Civil Italiano de 1942.

Finalmente, la doctrina asigna a la cláusula penal una función moratoria, lo que se encuentra expresado en el artículo 1342 del Código Civil.

3. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

La doctrina señala dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada.

En primer lugar, se requiere la existencia de una obligación principal válida, pues dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que ella se aplique.

La segunda condición es la validez de la pena estipulada.

Partiendo de estas premisas, corresponde ahora referirnos a los requisitos de exigibilidad de la cláusula penal.

Este tema responde a la interrogante de cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que el acreedor tenga derecho a reclamar la pena convencional.

3.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal

En torno al incumplimiento de las obligaciones como primer requisito de exigibilidad de la cláusula penal, no compartimos el parecer de los autores que piensan que el incumplimiento debe recaer sobre alguna prestación de carácter principal, y que la penalidad no resulta exigible cuando el incumplimiento recae sobre una obligación de menor importancia.

Con absoluta independencia de la posibilidad que brinda el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el deudor puede exigir la reducción de la pena cuando considere que ha ejecutado parcial o defectuosamente la obligación, resulta evidente que el acreedor podrá exigir la penalidad no obstante que el incumplimiento se haya derivado de una obligación de menor importancia.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que el acreedor perjudicado no podría exigir la ejecución íntegra de la pena, pues el resto de prestaciones u obligaciones objeto del referido contrato habrían sido cumplidas.

Por lo demás, no resultaría procedente empezar a distinguir entre el incumplimiento de obligaciones que puedan calificarse como «importantes» y el incumplimiento de obligaciones susceptibles de denominarse como «poco importantes», en la medida en que ingresaríamos a un terreno fundamentalmente subjetivo, en el cual resultaría muy difícil distinguir cuándo nos encontraríamos ante obligaciones cuya inejecución diera lugar al reclamo de las penalidades pactadas y cuándo no.

En el Derecho de Obligaciones todas las relaciones jurídicas obligatorias garantizadas con cláusulas penales deben considerarse de igual importancia. Al fin y al cabo, dentro de la legislación nacional resultará aplicable la última parte del artículo 1346 del Código Civil, precepto que establece que el deudor podrá solicitar judicialmente la reducción de la pena cuando el cumplimiento hubiese sido parcial o irregular.

3.2. Constitución en mora del deudor

En el régimen legal peruano, teniendo en consideración que la regla general adoptada por el Código Civil en su artículo 1333 es la mora por intimación y no la mora automática, debemos concluir en que un deudor no se encontrará en mora por el incumplimiento de su obligación, si no se hubiese producido la intimación o requerimiento por el acreedor, a menos que se hubiese generado alguno de los casos de mora automática.

Dentro de tal orden de ideas, asumiendo que el deudor se encuentre en mora, ello implicaría que el acreedor ya pueda exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria.

Si el acreedor no exigiera de inmediato el pago de la penalidad moratoria, ello significaría que tal acreedor podría requerir su cumplimiento en el momento que lo considere pertinente, permitiendo inclusive, en su caso, que el monto de la pena se incremente.

Por otra parte, si no se constituyera en mora al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, él no se encontraría en mora y, por lo tanto, no se le podría exigir el pago de la cláusula penal moratoria.

En consecuencia, cuando el deudor es constituido en mora por el incumplimiento de la obligación principal, automáticamente se derivan las consecuencias moratorias penales, no teniéndose que exigir, necesariamente, su pago.

Cabe señalar, adicionalmente, que si las partes contratantes hubiesen convenido una cláusula penal para el caso en que el deudor incumpliera una obligación de no hacer, es claro que el acreedor usualmente tendría expedito su derecho para reclamar el cumplimiento de la pena convencional compensatoria.

Conviene aquí recordar, como lo indicáramos oportunamente, que en la gran mayoría de supuestos la constitución en mora —y por tanto la penalidad moratoria— es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar para exigirle la cláusula penal.

No obstante, también debemos recordar que excepcionalmente, y de acuerdo con la naturaleza de determinadas obligaciones, sobre todo de aquellas de ejecución continuada o periódica, podría resultar factible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer.

De ser ello posible, tendríamos que concluir en que, habiéndose pactado una cláusula penal moratoria, el acreedor, a partir del momento de la constitución en mora, tendría el derecho a exigir la referida penalidad moratoria.

Si en este caso también se hubiese pactado una penalidad compensatoria, esta última sólo podría ser exigida en la medida en que el incumplimiento moratorio se hubiese convertido en incumplimiento absoluto de la obligación, con la salvedad de que la penalidad compensatoria podría ser adicionada a la penalidad moratoria, si esta última se hubiere pactado y devengado.

3.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor

Un sector mayoritario de la doctrina concibe que la vigencia de la cláusula penal requiere que la inexecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es que medie dolo o culpa. Los autores agregan que si el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, la pena no sería exigible.

Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa, la que afirma que siendo la imputabilidad, a título de culpa o dolo, uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

Como vimos al desarrollar el tema de la inexecución de obligaciones, basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida, para no ser responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, y en estos casos no sería exigible la cláusula penal. Es justamente este principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, es decir la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de acreditar el acontecimiento que ocasionó la inexecución de la obligación.

Luego tenemos el caso en que el deudor incumple la obligación principal debido a culpa del acreedor. Aquí la cláusula penal no se debe, pues el incumplimiento del deudor es imputable al acreedor. Ésta era la solución en el Derecho Romano y actualmente es aceptada por la doctrina moderna, aun por aquéllos que atienden exclusivamente a la función compulsiva de la cláusula penal.

Luego de lo expuesto, y como criterio general, podemos afirmar que para que proceda el pago de la cláusula penal, deberá presentarse necesariamente la culpabilidad del deudor. Sin embargo, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿podría pactarse que se exigirá la pena aun en el supuesto de que el incumplimiento de la obligación principal no se deba a culpa del deudor?

La doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, pero difiere en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal.

El Código Civil Peruano permite, en virtud del artículo 1343, que el cumplimiento de la cláusula penal pueda demandarse aun cuando la inexecución de la obligación principal por el deudor no obedezca a dolo o culpa, en la medida

en que exista pacto expreso. Dicho precepto señala una característica esencial de la pena convencional:

Artículo 1343.- «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

En consecuencia, podemos afirmar que para la exigibilidad de la pena es necesario el requisito de imputabilidad del deudor, a no ser que se pacte la cláusula penal para los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin culpa de éste.

Por último, consideramos necesario mencionar un supuesto adicional. Nos referimos al caso del incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor.

En nuestra opinión, el deudor en mora responde necesariamente de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. Es decir, siempre resulta exigible el cumplimiento de la cláusula penal pactada. El deudor en mora también deberá la pena convencional, desde luego, por el deterioro o la pérdida de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

Ahora bien, conforme acabamos de observar, el artículo 1343 del Código Civil Peruano exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios.

Esta norma constituye una clara excepción a la regla general del artículo 1331 de dicho Código, que dispone que *«la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»*.

Como la pena convencional importa la fijación anticipada de las pérdidas y los daños, estaría de más que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, ya que el deudor no podría pretender liberarse demostrando que él no ha existido.

Esta prescripción obedece a tres razones. En primer lugar, las partes acordaron la pena para el caso de inejecución o de mora; ocurrido el hecho previsto, la pena se aplica. La inejecución y la mora equivalen a condiciones suspensivas, a las que está subordinada la pena. Luego, la pena se establece para evitar la discusión de las pérdidas y daños; consecuentemente, no hay que debatir esa materia. Las partes previamente aceptaron que la inejecución o la mora serían perjudiciales. Es una presunción que favorece al acreedor y que no se destruye por alegaciones contrarias del deudor. En tercer lugar, la cláusula penal, además de ser una prefijación de las pérdidas y los daños, también funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa y como reacción punitiva contra el delito civil de inejecución o de mora. Bajo esta relación, consideramos que está excusada la prueba del perjuicio.

Se aprecia, entonces, que la cláusula penal tiene dentro de sus funciones aquélla de simplificación probatoria, vale decir, que no resultará necesario que el

acreedor pruebe la existencia de daños y perjuicios para poder reclamar la cláusula penal, ya que la misma constituye su valorización anticipada.

Aspecto distinto sería el considerar si en la realidad se producen o no los daños y perjuicios y, de originarse, si se generan en la magnitud correspondiente a la penalidad pactada.

Pero, independientemente de tales circunstancias, resulta innegable que dentro de cualquiera de los sistemas legislativos, bastará que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor para que pueda exigir la penalidad. Corresponderá al deudor, por tanto, demostrar que la inejecución de la obligación se debió a causa que no le es imputable, para eximirse del pago de tal penalidad. Estos principios son plenamente aplicables en el Perú.

Ahora bien, si analizamos el esquema expuesto dentro del régimen legal peruano, la solución no será exactamente la misma, en la medida en que, de producirse el incumplimiento culposo o doloso del deudor, el acreedor podrá exigir la penalidad pactada, pero el deudor podrá solicitar al juez su reducción, de haberse producido un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación o si el deudor considerase que la penalidad es excesiva con respecto a la entidad de los daños y perjuicios verdaderamente causados al acreedor.

Así, más allá de las consideraciones negativas en torno a este sistema, conviene advertir que dentro de la ley peruana es posible que el deudor exija la reducción de la penalidad y que, por tanto, el tema de la entidad de los daños y perjuicios termine como materia probatoria.

4. MOMENTO DE ESTIPULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Con relación a la oportunidad para pactar la cláusula penal, la mayoría de los autores sostiene que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal, o posteriormente, pero siempre antes de la inejecución de la misma. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor.

Sobre este punto la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento, tal cual se aprecia en el numeral 1344 del Código Civil:

Artículo 1344.- «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior».

Señala el artículo 1344 del Código Civil Peruano, que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento.

Asimismo, si destacamos el carácter indemnizatorio que cumple la cláusula penal en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir si sostenemos que ésta es la valuación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de inejecución, resulta evidente que sólo podrá pactarse antes del incumplimiento.

Lo común, sin duda, es que la cláusula penal se contraiga en el mismo contrato cuya obligación se asegura o para cuya hipotética mora en su cumplimiento se pacta. Sin embargo, no sería inusual que las partes, no habiendo estipulado la penalidad al momento de la celebración del contrato, la convinieran con posterioridad a su concertación.

Imaginamos que los supuestos en que se pacte una penalidad con posterioridad a la conclusión del contrato serán, sobre todo, aquéllos en los cuales existe algún peligro de que el deudor inejecute el cumplimiento de su obligación, y que, por tal motivo, el acreedor lo presione para que celebre la estipulación correspondiente.

Así también conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, sólo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda de que después del incumplimiento las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal, pues él podría constituir una transacción, en caso de que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones, o simplemente un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor.

5. ACCESORIEDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Otro aspecto importante es que la cláusula penal es accesoria de la obligación principal, lo que se encuentra establecido en el artículo 1345 del Código Civil:

Artículo 1345.- «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal».

Para calificar a la cláusula penal como una obligación accesoria, no nos debemos fijar si ella está destinada a reemplazar o no, en calidad de indemnización, a la obligación que garantiza, o si la cláusula penal tiene función moratoria y, por tanto, podría ser complementaria de la obligación principal.

Para dicha calificación sólo debemos preguntarnos si ella puede o no tener existencia sin la propia existencia de la obligación que garantiza, y como la respuesta negativa es evidente la cláusula penal resulta ser una obligación accesoria.

En nuestra opinión, por otra parte, es cuestionable pretender sustentar la accesoriidad de la cláusula penal en el hecho de que ella tiene carácter indemnizatorio, porque ello no sería sino apreciar el problema de una manera distorsionada.

La obligación de pagar daños y perjuicios no tiene carácter accesorio, pues cuando la ley le da nacimiento, no lo hace con carácter accesorio sino principal.

Mal haríamos en pensar que la obligación de pagar daños y perjuicios tiene carácter accesorio por el hecho de que la obligación que le precedió era distinta, ya que cuando existía esa obligación primigenia, ni siquiera había nacido la obligación indemnizatoria.

Con lo expresado, queremos demostrar que resulta cuestionable el carácter accesorio de la obligación de pagar daños y perjuicios. Por ello, no se podría adoptar este argumento para sustentar la naturaleza accesorio de la cláusula penal.

Por último, el que tenga carácter compensatorio o moratorio, es decir, que sea sustitutoria o acumulativa de la prestación principal, no influye, en lo absoluto, para calificar la naturaleza de la penalidad.

Aclarado esto, debemos precisar que constituye primera y fundamental consecuencia de la accesoriedad de la cláusula penal, el hecho de que la nulidad de la obligación garantizada por ella acarrea la nulidad de la cláusula penal. Se trata de la simple aplicación del antiguo y muy recurrido principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

No obstante lo expresado, se requiere distinguir diversas situaciones.

Así, una primera estaría constituida por el supuesto en el cual la nulidad afectara al acto jurídico en su conjunto. Estamos refiriéndonos al caso en que el acto jurídico de donde emana la obligación principal fuera nulo.

En tal sentido, debe tenerse presente para el análisis del tema lo establecido por el artículo 224 del Código Civil Peruano, el que prescribe que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables (argumento del primer párrafo del referido numeral).

Esto significa que si un contrato se encontrara viciado de nulidad absoluta, y la causa de dicha nulidad no pudiera conducir a la separación (y subsistencia como válidas) de aquellas cláusulas que no son nulas, entonces todo el acto jurídico sería nulo, resultando indiferente si el vicio de esa nulidad estaba referido a la obligación principal garantizada con cláusula penal o a cualquiera de las otras obligaciones que dicho acto originaba.

De lo expresado también resulta evidente que si el acto contenía la cláusula penal, es decir, si se había pactado en el mismo contrato de cuya nulidad estamos hablando, ella sería nula «por partida doble».

En primer lugar, su nulidad se originaría por aplicación de lo dispuesto en el citado primer párrafo del artículo 224 del Código Civil. Luego lo sería por aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». Además, este principio de accesoriedad se encuentra regulado expresamente por la ley, cuando en el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil se establece que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido pactada en un acto o contrato distinto de aquel a cuya nulidad nos estamos refiriendo.

En este último caso, es evidente que el acto que contiene la cláusula penal no sería nulo en virtud de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 224,

pero sí en aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Ahora bien, debemos dejar establecido que también resultaría aplicable lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil, ya que dicha norma, al establecer que la nulidad de la obligación principal conlleva la nulidad de las obligaciones accesorias, no hace distinción entre si las obligaciones accesorias y la obligación principal tuvieron su origen en un mismo acto jurídico o si nacieron de actos jurídicos distintos.

Más allá de que no cabe distinguir donde la ley no distingue, resulta evidente que la consecuencia debe ser la misma para ambos casos, habida cuenta de que lo que se encuentra en juego aquí es el principio de accesoriedad de una obligación con respecto a otra, y no de un acto jurídico en sí mismo, razón por la cual resulta absolutamente intrascendente si dichas obligaciones tuvieron su origen en el mismo acto jurídico o en actos jurídicos distintos.

En segundo término, debemos analizar el caso de si el vicio de nulidad sólo afecta a la obligación principal garantizada por la cláusula penal, y no al resto de obligaciones generadas por el contrato de donde emana la obligación principal, afectada de nulidad.

En este caso, si fuese divisible la obligación principal nula de las demás cláusulas, ello tendría como consecuencia que el acto jurídico seguiría subsistiendo como válido sin la presencia de aquella obligación principal que se encontraba garantizada por la cláusula penal.

Lo expresado significa que dicha obligación, al igual que la cláusula penal que la garantizaba, sería nula, subsistiendo el acto jurídico en lo demás que contiene.

Dentro de tal orden de ideas, será evidente que si la nulidad afectase a otras cláusulas del acto y no a aquella obligación principal garantizada con la cláusula penal, el referido acto jurídico podría subsistir incluyendo a la obligación garantizada con cláusula penal, siempre y cuando resultara aplicable al mismo el principio de divisibilidad a que hemos hecho referencia y que se encuentra contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil.

Cabe también subrayar la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido estipulada para garantizar el cumplimiento no sólo de una, sino de dos o más obligaciones nacidas de un contrato.

Si ello fuera así, debería señalarse la posibilidad de que alguna o algunas de dichas obligaciones principales fuesen nulas.

En tal caso, y siempre aplicando el principio de divisibilidad contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil, deberíamos concluir en que la cláusula penal subsistiría, garantizando únicamente aquellas obligaciones que fueran válidas.

En tercer lugar, debemos mencionar el supuesto en el cual el vicio de nulidad afecte sólo a la cláusula penal. En este caso, la solución es evidente, pues si bien lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo principal no sigue necesariamente la suerte de lo accesorio; lo que equivale a decir que la obligación o las

obligaciones principales garantizadas con la cláusula penal seguirían manteniendo plena validez, a pesar de la nulidad de la cláusula penal.

En tal sentido, mal podrían seguir siendo denominadas como obligaciones «principales», en la medida de que ya no podrían ser confrontadas con aquélla que era obligación «accesoria» (la cláusula penal), pues la misma ya no existiría.

La posibilidad de que aquí pudiera quebrantarse el principio de que lo principal no necesariamente sigue la suerte de lo accesorio, se daría en el caso, por ejemplo, de que la cláusula penal nula fuese la única estipulación inválida de una transacción, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1310 del Código Civil, la transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, ella quedaría sin efecto, salvo pacto en contrario.

Por otra parte, y luego de haber expresado nuestra opinión en torno a la nulidad absoluta como efecto accesorio de la cláusula penal, debemos manifestar nuestro parecer en torno a la anulabilidad.

Precisa señalarse que resultarán aplicables a este tema, *mutatis mutandis*, las ideas vertidas al analizar el caso de la nulidad.

No obstante, es necesario aclarar que la anulabilidad puede tener algunas soluciones distintas, en la medida en que el acto anulable, mientras no sea declarado nulo, vale decir, mientras no exista sentencia judicial con carácter de cosa juzgada que así lo establezca, será un acto válido. Como se sabe, el acto anulable sería un acto de validez actual e invalidez pendiente.

Dentro de esos conceptos, cabría la posibilidad de que un acto afectado de un vicio de anulabilidad nunca sea declarado nulo, por las más diversas razones, dentro de las cuales se podrían encontrar el que la parte afectada nunca hubiera demandado su anulación o que, habiéndolo hecho, su demanda hubiera sido interpuesta después de haber vencido el plazo de prescripción establecido por el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil Peruano, esto es, luego de dos años contados desde el momento de la celebración del acto.

En adición a lo expuesto, cabría efectuar respecto al tema de la nulidad y la anulabilidad diversos comentarios en torno a la posible combinación de situaciones, como sería el caso en que la obligación principal fuese anulable y la cláusula penal nula; el caso inverso, o algunas otras situaciones similares, pero relativas a las demás cláusulas del acto o al acto jurídico en su conjunto.

Sin embargo, nos abstendremos de ingresar al estudio de estos temas, en la medida de que ello resultaría en extremo casuístico y desproporcionado con los objetivos de nuestro trabajo, y que su solución, usualmente, se hallaría aplicando los principios que acabamos de analizar.

Como lo hemos visto, es claro el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal que asegura o garantiza específicamente dicha obligación principal. Pero, luego de pronunciarse acerca de la nulidad, la doctrina también señala que en términos generales la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la obligación accesoria.

En tal sentido, lo primero que resulta necesario establecer es que la nuli-

dad es una especie del género llamado extinción de la obligación principal. En otras palabras, la nulidad de la obligación principal es una de las tantas causas por las cuales se extingue dicha obligación, pero no la única.

El propio Código Civil establece numerosos supuestos en los cuales una obligación puede extinguirse. Nos vamos a referir a aquellos que constituyen medios extintivos de las obligaciones.

Como se recuerda, el medio extintivo idóneo de las obligaciones es el pago, que no es otra cosa que el cumplimiento de la prestación en los términos convenidos.

En tal sentido, resultará absolutamente claro que si una obligación es pagada, la cláusula penal que la aseguraba no tendría razón de ser; ello, por cuanto la cláusula penal tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación y, en tanto tal obligación hubiese sido cumplida, no tendría razón de existir, salvo que hubiera sido pactada para asegurar el cumplimiento oportuno de la obligación, y éste se hubiese producido de manera tardía, lo que equivale a decir que se habrían generado daños y perjuicios moratorios, que deberán ser indemnizados con la penalidad moratoria pactada.

Por otra parte, podríamos imaginar que si bien se hubiese ejecutado la obligación, su cumplimiento hubiera sido parcial o defectuoso. En este caso, como la cláusula penal habría tenido función compensatoria, sería evidente que ella subsistiría a pesar de que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En otras palabras, dejamos en claro que la cláusula penal dejará de tener existencia en la medida de que la obligación principal que garantiza hubiese sido cumplida de manera idónea, no ocurriendo lo mismo si existiesen reclamos de orden compensatorio o moratorio. Se podría decir que en estos casos la cláusula penal adquiere autonomía con respecto de la obligación principal, no aplicándose el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En segundo término, debemos plantearnos el caso en el cual nos encontramos en presencia de una cláusula penal que garantice el cumplimiento de una obligación principal que genere intereses.

Como sabemos, la deuda de intereses posee cierta autonomía con respecto a la obligación principal de la cual emanan. Ello acarrea como consecuencia que sea factible la subsistencia de la deuda de intereses en el supuesto en el cual la obligación principal ya se hubiese pagado y quedara pendiente de pago un saldo de esos intereses.

Dicha situación nos conduce necesariamente a afirmar que si la obligación que generaba intereses se encontraba garantizada por una penalidad, tal penalidad subsistiría como garantía del pago de los intereses adeudados, a pesar de que la obligación principal ya se hubiese extinguido.

Éste sería otro supuesto en el cual se quebrantaría la solidez del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en lo que atañe a las cláusulas penales.

Por otra parte, resulta necesario mencionar las consecuencias de la cláusula penal en materia consignatoria.

Como sabemos, el pago por consignación constituye el mecanismo que la ley otorga a los deudores para ejercer el derecho de pagar.

Dentro de tal orden de ideas, la consignación válidamente efectuada extingue la obligación con efecto retroactivo al día del ofrecimiento de pago; esto implicaría que en tanto se haya pagado la prestación por haberse consignado lo debido, también se habría extinguido la cláusula penal pactada, en la medida en que ya no habría obligación alguna que garantizar.

Sin embargo, resulta importante reparar en que la extinción de la cláusula penal estará a las resultas de la sentencia del proceso en el cual se discuta la procedencia o improcedencia de la consignación. De esta forma, siguiendo la ficción legal anotada, la extinción de la cláusula penal se entenderá producida retroactivamente al momento del ofrecimiento de pago, en caso que proceda la consignación.

Por otra parte, en la imputación del pago el tema de la accesoriedad de la cláusula penal tampoco ofrecerá mayores inconvenientes, habida cuenta de que aquí se procederá a imputar el pago a alguna de las deudas que eventualmente mantuviera el deudor con el acreedor.

Si al momento de efectuar el pago, el deudor lo imputara a alguna de sus obligaciones (y no hubiese argumento legal que le impida hacerlo), entonces, desde ese momento se extinguirá dicha obligación, la misma que — vamos a suponerlo — estaba garantizada por una cláusula penal.

Si el deudor no imputara el pago, el acreedor gozaría del derecho de hacerlo cuando otorgue al deudor el recibo correspondiente. En esta eventualidad será posible que el acreedor impute el pago a la obligación garantizada con cláusula penal o a alguna que no lo estuviese. En el primer caso resultará evidente que se producirá la extinción de la obligación garantizada. En el segundo, ella se mantendrá vigente.

En el supuesto en que ni el deudor ni el acreedor hayan procedido a imputar el pago, al mantenerse la incertidumbre en torno a cual de las obligaciones es aquélla que se ha pagado, no podríamos hablar de la extinción de la cláusula penal. Pero, de presentarse un conflicto entre las partes y se tuviera que aplicar la solución de la imputación legal, contemplada por el artículo 1259 del Código Civil, entonces la primera opción de esta norma es la de considerar que se aplicará el pago a la deuda menos garantizada. Cabe señalar, en tal sentido, que si una deuda estuviese garantizada por una cláusula penal, y otra u otras deudas fueran simples y sin garantía alguna, debería considerarse que la deuda respaldada por la cláusula penal es aquélla que se encuentra más garantizada que las demás, en función a que si bien es cierto que la cláusula penal no representa una garantía en sentido estricto, en sentido amplio sí lo es.

Por otra parte, debemos referirnos a la cláusula penal y a la dación en pago.

Como sabemos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1265 del Código Civil, el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. En este sentido, si se produjese la extinción de la obligación a través de dicho medio, en ese preciso

instante dejaría de tener existencia la cláusula penal que garantizaba o respaldaba su cumplimiento.

En torno al tema del pago indebido, podemos afirmar que no se producirá la extinción de la obligación, en la medida en que no se haya pagado la obligación principal. Así, si el pago indebido condujo a que el deudor no pagara la obligación que le correspondía pagar, es decir, en nuestro caso aquella garantizada con cláusula penal, dicha obligación se mantendría vigente. El deudor verá extinguida la referida obligación y, por tanto, la cláusula penal dejará de tener existencia, en el momento en que efectivamente logre pagar la obligación a aquél a quien le debía y no le había pagado.

Ya en sede de novación, cabe afirmar que si la obligación que estuviese respaldada por una cláusula penal fuese novada por otra, en ese mismo momento habría dejado de tener existencia la cláusula penal, pues al haber desaparecido la obligación principal, la penalidad habría corrido la misma suerte, en virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1283 del propio Código Civil, precepto que señala que en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, si mediante pacto se produjese esa renovación de garantías, específicamente en lo que respecta a la penalidad que respaldaba el cumplimiento de la primera obligación, dicha penalidad recién se volvería a ver extinguida cuando se extinguiese la segunda obligación, sea por el medio que fuere.

Por otra parte, si la obligación garantizada con la cláusula penal se extinguiese por compensación unilateral (artículo 1288 del Código Civil) o bilateral (artículo 1289 del acotado), será ese el instante en el cual se verá extinguida la cláusula penal que respaldaba su cumplimiento.

De otro lado, también es claro que la cláusula penal se verá extinguida cuando el acreedor acuerde con el deudor la condonación de la deuda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1295 del Código Civil.

Lo propio ocurrirá si la obligación garantizada con la penalidad se extingue en virtud de la consolidación, por reunirse en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor; pero si se produjera el cese de la consolidación, la obligación extinguida renacería con todos sus accesorios (incluida una eventual cláusula penal), sin perjuicio del derecho de terceros. Para el caso que nos ocupa, es claro que si la cláusula penal hubiese sido otorgada por un tercero, ella no renacería si cesara la consolidación.

La transacción, como sabemos, es un medio extintivo de obligaciones, pero que, dadas sus características y amplitud, también podría revestir la calidad de creadora, reguladora o modificatoria de obligaciones. Se la emplea como un medio para la solución de problemas existentes entre las partes, con independencia de si se extinguen plenamente las obligaciones pendientes de cumplimiento. Dentro de tal orden de ideas, es lógico pensar que la transacción pueda extinguir alguna relación obligatoria que se encontrara garantizada con cláusula penal o, a su turno, crear, regular o modificar alguna obligación garantizada con dicha cláusula.

Finalmente, nos referiremos a la cláusula penal y el mutuo disenso. Como sabemos, a través del mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Pero, para que exista mutuo disenso, las partes que lo celebran deben tener obligaciones pendientes de cumplimiento. En caso contrario se trataría de una condonación.

Conforme a lo expresado, resulta evidente que dentro de las obligaciones extinguidas por mutuo disenso, perfectamente se podría encontrar alguna garantizada con cláusula penal. En el caso de este medio extintivo de obligaciones sí se aplicaría el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

6. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Como ya lo hemos señalado, nuestro ordenamiento jurídico permite que el juez reduzca el monto de la pena. Así, el artículo 1346 del Código Civil establece:

Artículo 1346.- «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

La doctrina y la legislación comparada ofrecen variadas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal, que renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Las alternativas son numerosas.

Puede optarse por el sistema del Derecho Alemán y del Derecho Suizo, que permite la modificación de la cláusula penal, para aumentar o disminuir la indemnización fijada convencionalmente por los contratantes, a solicitud de cualquiera de ellos. O por el sistema del Código Civil Peruano de 1936, que obligaba al juez a reducir la pena cuando era «manifiestamente excesiva», pero no permitía aumentarla. Por la doctrina de Ángel Ossorio y Gallardo, que admite la supresión de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inexecución o por el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla original del Código Napoléon, que sancionaba la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por la norma del Código Civil Brasileño de 1916, que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor «con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etc.»,¹ parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

1 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo I, p. 245.

Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes — con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal —, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. En ausencia de ellas mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan sólo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitadamente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inexecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal peruano, sólo lo podría hacer de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una sim-

ple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil Peruano de 1984). Pero, cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción.

El riesgo de que el acreedor pudiera ver reducida la cláusula penal, con pruebas o sin pruebas, lo conduciría, necesariamente, a acreditar los perjuicios y su cuantía.

Y bien, si admitimos que generalmente es necesario incursionar en el terreno probatorio, y si se demuestra fehacientemente que el acreedor no sufrió perjuicios, ¿cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al pago de una indemnización? Porque debe observarse que las legislaciones alemana y suiza, iniciadoras de estas nuevas corrientes en el Derecho moderno, aceptan la reducción de la pena, mas no su supresión.

¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor?

Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debería el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización.

Parece pues congruente la tesis de Ángel Ossorio y Gallardo, cuando consigna, en el artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.

Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Asimismo, es importante señalar que el principio de la inmutabilidad coincide con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula con la función compulsiva de la cláusula penal, ya que de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con su importe. Si se permitiese volver sobre lo pactado para elevarlo o reducirlo, bien podría no preverse nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial.

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio.

Se ha llegado incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de éstos ha sido referida a los compensatorios o lucrativos, intentando con ello disminuir ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico.²

A modo de conclusión, debemos afirmar que nadie mejor que las partes mismas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

Asimismo, no debe perderse de vista que la cláusula penal sólo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o por culpa del deudor. La inculpabilidad del deudor, salvo pacto en contrario, extingue la obligación (artículo 1343 del Código Civil Peruano de 1984).

Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que sólo permiten la reducción de la pena estipulada. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código Civil Peruano de 1936 y al artículo 1346 del Código de 1984.

Estas normas parecen tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, tutela especial.

Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, según parecer de un sector importante de la doctrina de nuestra tradición jurídica, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, «sobre todo en países nuevos y cosmopolitas —expresa Lafaille—,³ donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia».

Los legisladores de 1936 y 1984 parecieron no haber tenido presente que también es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquél que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien podría haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de su obliga-

2 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, pp. 89 y 90.

3 LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*: Buenos Aires, 1947, vol. I, tomo VI, p. 226.

ción. En esta hipótesis, el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aun cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fuera superior al monto de la indemnización convencional. Los artículos 1227 del Código Civil Peruano de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984 facultan a los jueces para reducir la pena, no para aumentarla.

La objeción es más grave si recordamos que el acreedor puede ser víctima del incumplimiento por dolo o culpa inexcusable del deudor. Para estos casos dispone el artículo 1321 del Código Civil que el deudor responde de los daños previstos e imprevistos, llámense daño emergente o lucro cesante, en cuanto sean consecuencia directa e inmediata de tal inejecución.

Este precepto funciona plenamente cuando se trata de la indemnización que determina el juez en ausencia de pacto. Pero si se ha estipulado una cláusula penal y, conforme a la ley peruana, ella no puede ser aumentada, el acreedor, víctima del incumplimiento doloso de su deudor, podría ver frustrado el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos. Si bien algunos autores franceses aceptan, para estos casos, como fórmula de solución a la doctrina de la inmutabilidad que originalmente consagró el Código Napoléon, que vendría a prolongarse el daño, esta regla no es de valor incontestable y debe ser vista con beneficio de inventario frente al texto expreso de la ley.

Si admitimos la revisión de la pena no debemos analizar tan sólo las tribulaciones del deudor. Prestemos igual consideración al acreedor que vio incumplido el contrato, inclusive por dolo o culpa inexcusable del deudor.

El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, un sistema de mutabilidad absoluta (que permita aumentar o reducir la penalidad) salvaría la incoherencia planteada bajo el sistema de la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. La fórmula resulta por demás lógica, puesto que si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido indica que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

No obstante ello, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal, que conlleva la posibilidad de modificar su monto. En efecto, la solicitud de disminución o aumento de la penalidad por parte del deudor o del acreedor, según corresponda, inducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo las partes habrían caído, irremediablemente, en el supuesto que quisieron evitar mediante la liquidación convencional anticipada de los daños que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza?

Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal?

Si doctrinariamente la solución de modificar la pena es susceptible de graves objeciones, la aplicación de la norma, en el campo contractual, puede originar serias intromisiones.

La indemnización que fija el juez en ausencia de pacto está constituida, necesariamente, por dinero, pues es el dinero el único valor general.

La indemnización convencional, o sea aquella que se determina por la cláusula penal, es de naturaleza distinta. Ella puede estipularse en dinero, pero también puede estar constituida por cualquier otra prestación de dar, o por alguna prestación de hacer o de no hacer, divisible o indivisible. Este es el principio uniforme de la doctrina y la regla del Código Civil Peruano (artículos 1347 y 1348).

Si se pacta como penalidad alguna prestación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o cualquier prestación divisible pero no susceptible de ser reducida en términos equitativos, entonces el juez, para cumplir con el precepto del artículo 1346 del Código Civil, tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa.

Esta modificación judicial se justifica plenamente cuando la obligación es cumplida en parte o en forma irregular por el deudor. Es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello (artículos 1220 y 1221 del Código Civil Peruano de 1984).

Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada se acordó sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida, y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas del deudor.

Pero esa doctrina no entra en juego cuando las partes acordaron una cláusula penal y se inefectó totalmente la obligación. Variar la naturaleza jurídica de la prestación, en estos casos, para reducir una penalidad que después de concertado el convenio y de incumplida la obligación se consideró excesiva, parece constituir una intervención injustificada en los asuntos ajenos, que atenta contra la seguridad de los contratos.

Justo es reconocer, por otra parte, que el sistema de la inmutabilidad previsto originalmente por la ley se presta a abusos. Los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización que podría llegar a ser arbitraria. Pero también es verdad que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Las críticas a la doctrina de la inmutabilidad de la pena prevalecen.

Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Esta solución podría estar constituida por el principio que consagrada el Código Civil Brasileño de 1916.

La legislación brasileña de 1916 (a diferencia de la promulgada en el año 2002 y que entró en vigencia el año 2003), como hemos expresado, disponía que el juez no estaba facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podía exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional, y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

La limitación propuesta viene pues a constituir un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

Asimismo, no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras —contraprestación y cláusula penal— preestablecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinaría con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas.

Si la cláusula penal excede el valor de la obligación principal, sería reducida por el juez, en la misma medida en que se reduce cuando la obligación es parcial o defectuosamente cumplida.

En este caso se justifica plenamente tal reducción, y eventualmente, para llegar a ella, la modificación de la prestación pactada como cláusula penal y su sustitución por dinero, porque las partes habrían estipulado en contra de la ley, sabiendo de antemano que el valor de la cláusula penal excedía el valor de la obligación principal. Aquí las partes podían seguir una pauta objetiva —el valor de la obligación principal— señalada por el legislador para determinar el monto de la penalidad. Y esta pauta fue violada.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta. Ella también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiendo a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente.

Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como la cláusula penal, fomenta el respeto de la palabra empeñada y asegura eficazmente el resarcimiento en caso de que el deudor incumpla la obligación.

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación. Tal sucede cuando se paga un precio excesivo por un bien mueble, o cuando se paga un precio insuficiente por ese mismo bien. O cuando en un contrato de arrendamiento se pacta una renta exagerada, o una renta ínfima.

Conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron, es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas. El acreedor hablará, en estos casos, de una indemnización insuficiente, y el deudor, por su parte, de una indemnización excesiva.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Pero, aún dentro de la doctrina restrictiva del Código Brasileño de 1916, la regla debería admitir ciertas excepciones.

En este sentido, podemos expresar que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los contratos paritarios, donde los contrayentes ostentan cierto grado de simetría de condiciones, en el supuesto en que las partes contratantes se relacionen mediante un contrato por adhesión, o celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, en el cual una de las partes colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar, no podría mantenerse intangible la cláusula penal, cuando ella esté destinada a la cobranza de intereses usurarios o sumas exorbitantes, porque en estos casos se estaría enmascarando, bajo esa apariencia, una convención ilícita.

Dentro de tal orden de ideas, es preciso afirmar que cumpliendo la cláusula penal una función indemnizatoria, no puede desconocerse que las partes contratantes no siempre se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita aducir categóricamente que contratan con la misma libertad. La idea tradicional de que existe una paridad jurídica de los contratantes, no puede sostenerse como verdad absoluta en nuestros días. La difusión que hoy tienen los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada — por necesidad — a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que se encuentran en manos de entes monopólicos, determinan lo contrario.

Como expresa el profesor Carlos Cárdenas Quirós,⁴ «La libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad

4 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990, pp. 348-351.

económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron. El juez debería ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad».

También resultaría discutible si el principio de la inmutabilidad de la pena podría prevalecer cuando el deudor pretendiese burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable.

Si el deudor impone al acreedor una cláusula penal simbólica, diminuta, que no constituya un verdadero resarcimiento, y luego incumple su obligación por dolo o por culpa inexcusable, entonces debería concederse al acreedor el derecho a pedir el aumento de la pena estipulada. La cláusula penal, en estas circunstancias, importaría una verdadera renuncia al derecho de exigir el pago del íntegro de la indemnización. El artículo 1328 del Código Civil Peruano dispone que la responsabilidad, en los casos de dolo o de culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones y que es nula su exclusión o límite.

Por lo demás, el acreedor debería tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, de exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor sólo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previsibles. Pero — recordemos — el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevisibles.

El ordenamiento jurídico peruano, al haber acogido el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, sólo permite su modificación para reducirla, pero no para aumentarla. No obstante, la posibilidad de aumentar la indemnización en nuestro sistema jurídico, cuando no se hubiera pactado el daño ulterior y la pena resultara manifiestamente diminuta, podría intentarse en los supuestos de incumplimiento por dolo o culpa inexcusable.

En estos casos el deudor respondería por todos los daños causados, inclusive por aquellos que no hubiesen sido previsibles al momento de la celebración del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, debemos remitirnos a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil Peruano. De la lectura de la norma citada podemos deducir que sería posible señalar — como lo hace Bustamante Alsina —⁵ que «la regla según la cual el acreedor no puede pretender otra indemnización aunque el daño sufrido por él sea mayor, sufre excepción cuando el incumplimiento del deudor es doloso, pues no es admisible que invoque la cláusula penal para disminuir la responsabilidad del daño que él ha ocasionado con su inejecución a designio».

Según refiere Enneccerus,⁶ esta es la teoría propugnada por el Código Civil Alemán, pues si como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una preten-

5 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, p. 203.

6 ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF. *Derecho de Obligaciones*, Op. cit., vol. I, tomo II, p. 188.

sión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación de la pretensión de indemnización.

En efecto, como anota Estela Ferreirós,⁷ «el dolo agrava la responsabilidad del deudor, y sería inmoral aceptar que por medio de una actitud dolosa se limite el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor; aceptarlo sería permitir que se enarbole la ilicitud».

A estas consideraciones debe añadirse el supuesto en que, si se hubiese pactado una pena ínfima, ésta tendría claramente la función de limitar la responsabilidad del deudor.⁸ De acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil Peruano, este pacto sería nulo, siempre que el incumplimiento se hubiere producido por dolo o culpa inexcusable.

Al analizar la referida norma se debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea el incumplimiento doloso y, de ser así, si ella debe ser inmutable.

Sobre el particular, creemos que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso, dentro del ordenamiento jurídico peruano vigente, ella será inmutable en tanto y en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería, de haber sido fijada judicial o legalmente.

Como anota Aída Kemelmajer de Carlucci,⁹ la solución contraria resultaría atentatoria al orden público, habida cuenta de que si bien se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores (o incluso a culpa leve del deudor) no produzca responsabilidad o la genere disminuida, suprimirla o disminuirla por dolo, equivaldría a eliminar el contrato, que es uno de los pilares básicos de la sociedad moderna.

Sin embargo, no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir elementos para considerar que el artículo 1328 del Código Civil Peruano no resultaría aplicable a la cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo,¹⁰ cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal puede asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. No obstante, la diferencia entre estas dos instituciones radicaría en lo siguiente:

- La cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor; mientras que la penalidad generalmente se pacta a favor del acreedor.

7 FERREIRÓS, Estela. *Incumplimiento obligacional («astreinte» y cláusula penal)*. Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 132.

8 ALTERINI, Atilio Anibal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, tomo I, p. 303.

9 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

10 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

- Asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

No obstante los argumentos expuestos por García Amigo, consideramos que si bien pueden existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la función que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

De ahí que, a criterio nuestro, la norma bajo análisis (el artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984) resultaría plenamente aplicable para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en las que no se hubiese pactado la posibilidad de resarcir el daño ulterior.

Ahora bien, la consecuencia que se derivaría de la aplicación del referido principio, sería la nulidad de la cláusula penal, cuando ésta tuviera por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. Bajo este criterio, el órgano jurisdiccional debería ordenar a quien incumpla, el pago de la indemnización de los daños efectivamente irrogados y por el monto que el acreedor consiga demostrar.

Por otra parte, debemos referirnos a los principios aplicables en el Derecho Peruano para reducir el monto de la penalidad.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos, a saber:

(a) En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre —de manera objetiva— que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.

No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños y perjuicios es preciso que el juez verifique que la penalidad es «manifiestamente excesiva».

Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no fuera «manifiestamente excesiva» cuando el deudor hubiese demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

El cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que se haya pactado una penalidad razonable —inclusive diminuta, si nos ubicamos en un supuesto extremo—, pero que, sin embargo, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado y así lo demuestre la parte que ha incumplido.

Si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo referido no se habría verificado el supuesto de hecho que establece la norma, por lo cual no sería procedente la reducción de la penalidad.

La segunda solución posible al problema sería la de obviar la interpretación literal de la norma e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena.

Sin perjuicio de las opciones propuestas, consideramos que, siempre dentro del sistema acogido por el Código Civil Peruano, la solución podría encontrarse en adoptar un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad.

El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena «manifiestamente excesiva» denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no sólo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera.

Una primera forma de ver el problema nos indica que la verificación de este supuesto no le correspondería al deudor incumpliente, que solicite la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, tampoco sería susceptible de ingresar al terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendría que evaluar cuando el monto de la pena pactada fuese «manifiestamente excesivo».

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato, sólo podría tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal «manifiestamente excesiva», que cumple con el requisito previsto por la norma y, por ende, que debe ser reducida.

No obstante ello, la objeción que se puede formular a tal planteamiento consiste en que no podría haber apreciación meramente subjetiva, en la medida de que para considerar a una penalidad como «manifiestamente excesiva» tendría que haberse acreditado el monto de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor, pues en caso contrario no habría forma de comparar, y luego de llegar a la referida conclusión.

Cabe señalar que el artículo 1346 del Código Civil Peruano no es el único precepto de dicho cuerpo normativo que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños y perjuicios. Así, por ejemplo, el artículo 1332 del acotado Código establece el deber del juez de fijar, con valoración equitativa, el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es «manifiestamente excesiva» sólo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos.

Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños y perjuicios efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea «excesiva» y, mucho menos, «manifiestamente excesiva». En este sentido, la necesidad de la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

(c) La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto en que la parte que haya incumplido solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas «manifiestamente excesiva», pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.

La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto. Así, entre los principios que han seguido los Tribunales Nacionales, a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

- La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede «con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Esto, en un caso referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato». (Sentencia Casatoria n.º 1753-97, del 24 de septiembre de 1998).
- En el Sexto Considerando de esta misma Resolución, la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad obedecía «a una apreciación subjetiva del Magistrado». Este criterio ha sido nuevamente aplicado mediante Sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente n.º 6653-2000.
- De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo a que «el pago de US\$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo».
- Cabe señalar que de la lectura de la citada resolución se desprende que los magistrados concluyeron en que la penalidad pactada era excesiva, sin que fuera necesario que el deudor incumpliente demostrara que los daños producidos por el incumplimiento se encontraban por debajo del monto pactado como penalidad. De ahí que resulte posible afirmar que en este caso la reducción se efectuó de acuerdo al criterio subjetivo y a la valoración equitativa de la Sala.
- Otro criterio, no menos interesante, seguido por nuestros Tribunales a efectos de reducir el monto de la cláusula penal, ha sido el de considerar que «la suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado, lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada». (Sentencia Superior de fecha 31 de julio de 1997, recaída en el Expediente n.º 276-97).
- En un contrato de arrendamiento, cuya renta ascendía a US\$480 mensua-

les, se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato.

- Verificada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso orientado a cobrar la penalidad correspondiente, mediante Sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de octubre de 1999, se resolvió reducir el monto de la cláusula penal «en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil».
- En este proceso, la norma invocada por el órgano jurisdiccional se orienta a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la Sala, se habría verificado con la estipulación de la penalidad que el demandante reclamaba.
- Finalmente, la Corte Suprema decidió reducir el monto de la penalidad en atención a que el incumplimiento del deudor generaba, además del pago de la penalidad, la obligación de pago de intereses, los cuales constituían el medio más idóneo para indemnizar la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado. (Sentencia Casatoria n.º 3192-98, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia con fecha 1 de junio de 1999).

No es nuestra intención comentar las resoluciones jurisprudenciales citadas; sin embargo, de su lectura se aprecia que en ninguna de ellas se resuelve reducir el monto de la penalidad en atención a la evaluación de las pruebas que hubieran sido aportadas por las partes.

En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, los tribunales peruanos han resuelto con criterio de conciencia, de acuerdo a aquéllas que —a su leal saber y entender— constituyen penas «manifiestamente excesivas».

No obstante haber hecho referencia tangencial al tema, queremos profundizar en el análisis de los criterios de orden económico que atentan contra el principio de mutabilidad relativa de la cláusula penal, contemplado en el Código Civil de 1984.

Cabe advertir que el sistema de regulación que propugna la inmutabilidad relativa no necesariamente cumple con proteger al deudor que se encuentra en desventaja, pues, lo reiteramos, como expresa Aída Kemelmajer de Carlucci,¹¹ «al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio».

En este sentido, resulta claro que la posibilidad de reducir la cláusula penal no puede brindar una protección completa al deudor frente a los abusos que pudiera cometer el acreedor mediante la estipulación de pactos draconianos.

11 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 89.

Por el contrario, la inseguridad que representa para el acreedor tener que desenvolverse en un sistema legislativo en que las penalidades no cumplen las funciones compulsiva y resarcitoria, que les son inherentes, podría generarle la necesidad de proteger sus intereses valiéndose del empleo de otros mecanismos. Así, la desnaturalización de la cláusula penal puede originar el aumento de los costos de transacción y el encarecimiento del crédito, lo que, de manera indirecta, puede contribuir al aumento de dificultades para hacer empresa en el Perú, con la consecuente disminución de oportunidades de empleo y desarrollo económico.

Desde esta perspectiva, las buenas intenciones del legislador para proteger a los deudores en desventaja en la contratación, podrían terminar repercutiendo en su propio perjuicio, al ser ellos quienes tengan que asumir los pasivos de la falta de seguridad jurídica y de confianza en el cumplimiento de los contratos, que el sistema de inmutabilidad relativa (o mutabilidad relativa) de la penalidad adoptado por la legislación nacional, contribuye a configurar en el Perú.

José León Barandiarán, el esteta de la dogmática

Carlos Augusto Ramos Núñez*

José León Barandiarán es el hombre fluido de la búsqueda. No es ni el arco ni la flecha; es el movimiento. Es lo trascendente. Parece un soñador y es un realista [...]. En él comprendemos lo que es el humanismo, vale decir lo que es el verdadero espíritu universitario, que no siempre ha anidado, valgan verdades, en nuestros propios claustros.

Ernesto MORE. *Reportajes con Radar* (Lima, 1960, pp. 310-311).

SUMARIO: 1. Los años formativos. — 2. Cultura y enseñanza jurídica en la época del estudiante León. — 3. León Barandiarán en Alemania y la Constitución del Weimar. — 4. Abogado, profesor, rector, político y jurista. — 5. La producción teórica: entre huma-

* Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor de la misma casa de Estudios, de la Universidad de Lima. Enseña en las escuelas de Post Grado de Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Martín de Porres. Es Profesor visitante de la Universidad de California, Universidad de Sevilla, Profesor Honorario de la Universidad Nacional San Agustín, Universidad Católica Santa María, Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Universidad Señor de Sipán, Universidad César Vallejo de Trujillo, así mismo es Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Arequipa, Colegio de Abogados de Lambayeque, Colegio de Abogados de la Libertad. Cuenta con Estudios en la Universidad de Roma (La Sapienza) y Tor Vergata y ha sido investigador del Instituto Max Planck de Alemania.

nismo y técnica de filigrana. — 5.1. El método dogmático. — 5.2. La contribución iusfilosófica. — 5.3. La interpretación del Derecho. — 5.4. Las proyecciones del Derecho Natural. — 5.5. El acercamiento a la sociología. — 5.6. El Derecho, la culpa, el riesgo y la teoría objetiva. — 5.7. La protección de los débiles. — 5.8. El matrimonio y divorcio. — 6. Un juicio crítico.

Nacido en Lambayeque en 1899 y fallecido en Lima en 1987, a los 88 años de edad, José Luis Barandiarán, es uno de los iconos del pensamiento jurídico del siglo XX en el Perú. José León fue, sin duda, el modelo intelectual y ético de varias generaciones de estudiosos peruanos del Derecho y uno de los autores de mayor rigor conceptual, aun cuando transparente en cuanto a estilo e intención didáctica. Se ha enfatizado con frecuencia las calidades humanas de León Barandiarán, como también es bien conocida la huella que dejó en quienes fueron sus alumnos o colegas en las aulas universitarias. Numerosas remembranzas rinden cuenta de sus excepcionales dotes de humanista, de educador y de pensador consecuente e íntegro. Pero, como casi es norma en nuestro medio tratándose de un jurista de su talla, el perfil cotidiano, la anécdota menuda y los testimonios encomiásticos sobre el personaje han labrado en torno a León una literatura hagiográfica —oral y escrita— que ensombrece una valoración seria de su producción.

En realidad, José León Barandiarán asoma como el introductor en el Perú de un *iusnaturalismo* de filiación germánica que dará lugar a toda una corriente influenciada por el existencialismo, el humanismo idealista y la preocupación social. Fue León, asimismo, quien dio al método dogmático su verdadera carta de ciudadanía en nuestro país, hasta su instalación casi definitiva en el centro de las preferencias de los juristas, al menos en el campo del Derecho Civil. Luego de casi un siglo de predominio de la exégesis y el formalismo legal, el método dogmático sería introducido en el Perú por el profesor arequipeño Ángel Gustavo Cornejo, pero fue precisamente León Barandiarán quien en la escena nacional llevara al estudio institucional a su maduración. Así, sobre todo, José León Barandiarán se erige en el principal exponente del pensamiento civilístico peruano surgido entre el declive de la exégesis decimonónica y el arribo de las corrientes sociológicas, antropológicas y funcionalistas durante el último tercio del siglo XX.

1. LOS AÑOS FORMATIVOS

La línea dogmática lanzada oficialmente en el Perú por el jurisconsulto arequipeño, Ángel Gustavo Cornejo, fue seguida por un discípulo suyo, también de origen provinciano, aunque norteño, José León Barandiarán, nacido en Lambayeque, frizando el siglo XX, el 8 de diciembre de 1899, en una familia de clase media, conformada por Augusto F. León, escritor y folclorista, y por doña Margarita Barandiarán. Al respecto, tal como anota Fernández Sessarego, José León rompe así con una tradición conforme a la cual los juristas peruanos han procedido, en su mayoría, del solar arequipeño.¹ León Barandiarán cursó la educación

1 SESSAREGO, Carlos Fernández. «La personalidad del doctor José León Barandiarán». En

primaria en la escuela fiscal de su ciudad natal y siguió estudios secundarios en el Colegio Nacional «San José» de Chiclayo. Recordaría con gratitud a su maestro don Máximo Oyola, quien introdujo al futuro jurista en Wagner y Beethoven y lo familiarizaría con la literatura clásica. El joven lambayecano emigra a Lima aún adolescente e ingresa en 1917 a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos, tras dudar entre las carreras de arquitectura en la Escuela Nacional de Ingenieros y abogacía.² Se matricula también en la Facultad de Letras, donde tiene como condiscípulos a César Arróspide de la Flor, Ernesto Byrne, Irineo Carrasco, Mariano Prado Heudebert, Lizardo Alzamora Silva, Luis Aurelio Loayza Silva, Aquiles Gamarra Napurí, José Navarro Lecaros, Gustavo Ramírez Villasante, Carlos Doig y Lora —lambayecano como León, o más propiamente chiclayano—, Nicanor G. Porras, Ismael Acevedo Criado, Alfonso Aguinaga, Jorge Guillermo Leguía, Carlos Roldán Seminario, Carlos Valera, Guillermo Ureta y otros. Uno de sus coetáneos y adversario político en San Marcos, Luis Alberto Sánchez, recordaría «su asidua asistencia, sus largos silencios y su contracción». Según el mordaz político limeño, León Barandiarán formaba parte de los alumnos motejados de «formales», a los que se contraponía el grupo de los «palomillas» en el cual habría militado el travieso literato. Grupo hacia el cual parece guardar mayor simpatía.³ Había pensado el joven León que el ingreso a la Universidad le abría «las perspectivas de una amplitud espiritual», pero, como confesaría más tarde, su paso por las aulas resultaría «más bien desilusionante».⁴ En virtud al esfuerzo obtendrían León Barandiarán altísimas notas que la colonia china le dispensó con un premio que anualmente otorgaba a los mejores estudiantes de San Marcos.⁵

En las dos primeras décadas del siglo XX, es decir, durante la temprana juventud de José León Barandiarán, el pensamiento jurídico nacional —al menos en el campo del Derecho Civil— continuaba siendo dominado por los métodos exegéticos, a lo que se añadía la reciente dependencia de la doctrina civil argentina. En realidad, la supervivencia del método exegético constituía una nota distintiva de antigua data en la doctrina civil peruana. Además, el arribo de la dogmática no sería visto por los estudiosos nacionales como un reemplazo sino como una curiosa yuxtaposición de dos opciones distintas e irreconciliables: por un lado, el estudio lineal de las normas, y por el otro, la dogmática institucional. Pese a todo, nuevos temas entraban con fuerza en el escenario doctrinario, tales como el abuso del derecho o la responsabilidad objetiva, a la vez que era de reconocer un manejo metódico más pulcro. En este cruce de caminos, que terminaría por señalar el rum-

Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 557-564. Se trata del discurso de orden pronunciado con motivo de la incorporación del doctor León como miembro honorario del Colegio de Abogados de Lima, el 24 de julio de 1958. Este discurso fue publicado anteriormente en *La Revista del Foro*, 1958, pp. 331 y ss.

2 *Extra. Semanario de Actualidad*. Lima, mayo 1957, año III, n.º 117.

3 SÁNCHEZ, Luis Alberto. *Testimonio personal. Memorias de un peruano del siglo XX*. Lima: Mosca Azul Editores, 1987, 2.ª Ed., 6 tomos, p. 135.

4 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Biblioteca «Perú vivo»*. Lima: Juan Mejía Baca, 1966, p. 17.

5 *Extra Seminario de Actualidad*. *Op. cit.*

bo de los siguientes cuarenta años, aparece la figura de Ángel Gustavo Cornejo Bouroncle (Arequipa, 1876-Lima, 1943), quien luego de sus inicios en el cerco de la exégesis lineal —en los que, sin embargo, produciría un libro notable, la *Legislación civil del Perú. Comentarios al Código Civil*—,⁶ abrazando decididamente una opción institucional más avanzada. En realidad, Cornejo, futuro mentor del joven León Barandiarán, fue al parecer el único que supo apreciar con claridad las diferencias metodológicas —en el fondo, irreconciliables— entre la exégesis y la dogmática, en una época en que ellas todavía eran vistas por los estudiosos peruanos como vecinas y hasta complementarias.

Cornejo Bouroncle con su lucidez ejercería una influencia determinante en la formación de José León. Sin embargo, no sería sólo la incertidumbre metodológica la que afligía a la doctrina nacional. En los años en que el joven lambayecano se matricula en San Marcos, hacia 1917, la calidad de buena parte de los profesores era más bien mediocre. Las excepciones eran contadas: Manuel Villarán, Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro. Padeció León, un apasionado de la lengua portuguesa, según relata, de la misma manera que Carlos Fradique Mendes, el personaje de José María Eça de Queiroz, una especie de fantasma literario, inventado por el escritor portugués (también abogado de Coimbra) primero como protagonista y después como corresponsal, cuando se adhiere a la Facultad de Derecho: la medianía gris del profesorado.⁷ La composición social de los alumnos estaba conformada por un número mayoritario de estudiantes provincianos de clase media, entre los que él mismo se encontraba, y un pequeño grupo «de personas pertenecientes a

6 Vid. CORNEJO, Ángel Gustavo. *Legislación civil del Perú. Comentarios al Código Civil*. Chiclayo: Dionisio Mendoza, editor, 1915. El libro contiene un análisis lineal de los artículos 1 a 453 del Código Civil de 1852. La postura dogmática aparecerá en la obra de Cornejo de un modo más bien tardío, recién en los dos volúmenes («Derecho de las obligaciones», y «De los contratos en general») que conforman el tomo II de su *Código Civil. Exposición sistemática y comentarios*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1939. El tomo I, «De las personas», publicado en 1937, mantenía aún la opción exegética. Sobre la orientación metodológica de Cornejo Bouroncle, véase RAMOS NÚÑEZ, Carlos. «Ángel Gustavo Cornejo y la fundación de la dogmática moderna en el Perú». *Revista Jurídica del Perú*. Lima, octubre-diciembre 1998, año XLVIII, pp. 29-44.

7 Fradique Mendes, personaje de ficción de varios autores portugueses del siglo XIX, entre ellos Antero de Quental y Jaime Batalha Reis, era una especie de turista intelectual. En la creación poética y epistolar del Eça de Queiroz, aparece involucrado en tiempos y en lugares distintos. Mendes, convertido después en un aventurero y seductor que remonta los continentes, conquista mujeres y lucha junto a Garibaldi, prefiere las conversaciones en las cervecerías de los alrededores de La Sorbona que frecuentar las clases de Derecho de la famosa universidad. QUEIROZ, José María Eça. *Obras completas*. «Correspondencia de Fradique Mendes». Madrid: Aguilar, 1964, tomo II, pp. 1064-1065. Recuerda Queiroz, el supuesto interlocutor y él mismo estudiante de Derecho, que Méndez (ahora en traducción española) en sus «alegres tiempos del Derecho Romano y Canónico logró tocar el acordeón». La comparación que emprende León Barandiarán entre su propio caso y el del personaje ficticio de la poética portuguesa revela el curioso enlace del jurista peruano con la lengua y la literatura lusitana.

una clase que demostraba tener ciertos privilegios económicos y sociales».⁸ Las relaciones entre estas dos clases, a veces no claramente diferenciadas, solían ser «cortes dentro del comportamiento de las reglas del común trato social», pero, «las verdaderas amistades, el auténtico compañerismo se generaban, salvo casos de excepción que naturalmente los hubo, entre personas que formaban uno u otro de esos sectores, distintamente. Yo pertenecía —asegura León— a los estudiantes de la clase media y provincial».⁹

El propio jurista, en el valioso relato autobiográfico publicado en 1966 en la «Biblioteca Perú Vivo» del librero Juan Mejía Baca, evocaba la situación de San Marcos en la época que le tocó como estudiante:

Sólo se dedicaba [la Universidad] a la labor que, desde luego ha sido clásica en ella: la docencia, y por lo tanto, la formación de profesionales. La investigación científica no estaba, pese a que era un menester fundamental, fomentada mayormente, y los investigadores lo eran por vocación personal, sin mayores auspicios de la Universidad [...]. No teníamos —prosigue— buenas bibliotecas a nuestra disposición; el servicio de la única biblioteca que nos podía servir, la central de la misma Universidad, no ofrecía facilidades para encontrar o saber acerca de los libros que pudiéramos consultar; y era una biblioteca con caudal pobre.¹⁰

Al rol meramente *técnico* de la Universidad como factoría de abogados, se añadía el panorama desolado de la doctrina nacional. Las obras de Toribio Pacheco y de Cornejo, escritas en torno al Código de 1852, aunque ciertamente importantes, eran las únicas que se brindaban a los estudiantes de Derecho Civil, como recuerda León. Significativamente, ni Pacheco ni Cornejo habían sido profesores cuando fueron escritos esos trabajos. León consiguió asistir, sin embargo, a las clases de algunos catedráticos notables, en el área de Letras, como Javier Prado o Mariano Cornejo, cultores del positivismo y de los métodos sociológicos; así como José Matías Manzanilla, Manuel Vicente Villarán, José de la Riva-Agüero, Óscar Miró Quesada y Alberto Ulloa.

León Barandiarán obtuvo el grado de bachiller en Derecho en 1925 con la tesis *El error en los contratos*. Este trabajo, curiosamente, no sería publicado en la *Revista Universitaria*,¹¹ pero sí, aunque parcialmente, en la *Revista del Foro*, bajo el título de «El error en las obligaciones», en 1929.¹² Este trabajo sería el primero de una larga y fecunda producción bibliográfica en el campo del Derecho Civil. El trabajo básicamente consiste en establecer dos diferencias: una, la que media entre el error de derecho y el error de hecho; y otra, que separa el error de la ig-

8 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Biblioteca «Perú vivo»*. Op. cit., p. 17.

9 *Ibidem.*, pp. 17-18.

10 *Ibidem.*, p. 19.

11 SAN CRISTÓVAL, Evaristo. *Índice General de la «Revista Universitaria», 1906-1928*. Lima: Imprenta Lux, 1928, 231 pp.

12 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El error en las obligaciones». *Revista del Foro*. Lima, 1929.

norancia. Por vía analógica equipara el error a la ignorancia, por lo que su trabajo habrá de concentrarse en la distinción entre error de derecho y error de hecho. Sigue en este punto, la postura de Paulo: «La ignorancia es de hecho o de derecho» (Digesto 22, 6, 1). Aclaraba el graduando que el error de derecho se refiere a una regla jurídica, al derecho objetivo; mientras que el error de hecho, a las condiciones materiales que se exige para la aplicación de una regla de derecho. Después de exponer numerosa doctrina y legislación, no comparte León la tesis romana de la inexcusabilidad de la ignorancia del derecho, *ignorantia iuris non excusant* (*ignorantia excusatur non iuris, sed factis*).¹³ En Roma misma, explica, no se extremó la severidad del precepto, puesto que se atenían a las circunstancias, por ejemplo, cuando la víctima de la ignorancia o del error de derecho, no había tenido ocasión de instruirse, o, cuando se trataba de menores de veinticinco años (Digesto 22, 6, 9), mujeres (a causa de la debilidad de su sexo, según Paulo), mineros y soldados hijos de familia (Digesto 22, 6, 9, 1) y, naturalmente, los impúberes, que negocian sin intervención de su tutor, incapaces de poder y saber (D. 22, 6, 10).

El estudioso chiclayano acude también a las *Siete Partidas* (Partida I, título 1; leyes 20 y 21). Recuerda con entusiasmo que el Derecho moderno corrigiera el rigor de *nemici licet iuria ignorare*. Domat, Pothier y «el profundo análisis de Savigny», explica León, «decidieron que si el error de derecho había sido la causa única de la convención, ésta era la nula».¹⁴ Cuestiona luego las posturas de la Novísima Recopilación (III, título 2, leyes 1 y 2), el Código Civil argentino (artículo 923), el Código Civil chileno (artículo 1452) y el Código Civil uruguayo (artículo 1244), que, si bien admiten el error de hecho, rechazan el *error iuris* y asumen como regla que la ley no debe dispensar el error o la ignorancia del derecho, consagrando como absoluta la regla *error facti prodest, error iuris non prodest*. En tanto, elogia la fórmula del Código Civil italiano de 1863, según la cual, se disculpa el error de derecho cuando es la «causa única y principal» del acto (artículo 1109). Igual solución confería el Proyecto de Código de las Obligaciones y Contratos para Italia y Francia, de 1928: «El error de derecho produce la anulabilidad del contrato cuando ha sido su causa única o principal» (artículo 16). Observa León que en la fórmula italiana y franco-italiana, no debe confundirse el error de derecho con el error sobre la causa de la obligación.¹⁵ Concluía la tesis afirmando que «en el estado actual de la ciencia jurídica la regla de *nemo iuris ignorare censetur* ha perdido su primitivo rigor. En Roma tenía su razón de ser; por el deber impuesto a todos de conocer el Derecho; pero hoy éste es tan complicado que no puede imponerse tal exigencia».¹⁶

13 Digesto 22, 6, 9: «Es una regla que la ignorancia de derecho perjudica, y la de hecho no perjudica». Paulo cita a Labeo, quien entiende que la ignorancia de derecho no favorece en el caso de que uno tenga a dos disposiciones jurisprudenciales a quien consultar o esté instruido por su propia prudencia, de modo que la ignorancia de Derecho perjudique a quien podía fácilmente estar enterado, lo que ocurrirá pocas veces» (D. 22, 6, 9, 3).

14 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El error en las obligaciones....». O., c., p. 15.

15 Ibídem, pp. 15 y 19.

16 Ibídem, p. 19. Un nuevo estado de la cuestión desde el punto de vista histórico evolu-

Recibido de abogado, el estudioso dudaba que fuera incorporado a la docencia universitaria. Sin embargo, era todavía muy joven y sin relaciones, mientras San Marcos era aún el coto cerrado que él mismo había descrito. Sería gracias al movimiento de reforma auspiciado en 1928, durante el gobierno de Leguía, por Pedro M. Oliveira, Ministro de Instrucción, Justicia y Culto de Leguía, que León fue invitado por su maestro Ángel Gustavo Cornejo para que impartiera, primero como auxiliar, y después como profesor ordinario, las cátedras de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil.¹⁷ La misma reforma universitaria decidiría el ingreso de otros intelectuales jóvenes como Luis Alberto Sánchez, Manuel G. Abastos, Jorge Basadre, Carlos Rodríguez Pastor, Erasmo Roca, Emilio Romero, Chiriboga, Barbosa, Jiménez Borja y otros.¹⁸

Las relaciones entre León Barandiarán y Cornejo Bouroncle se remontaban a los años de amistad del jurista arequipeño con don Augusto León, padre del joven jurisconsulto, cuando el primero ejercía la magistratura en Lambayeque y, más tarde, practicaba la abogacía en Chiclayo, entre 1911 y 1925. Ángel Gustavo Cornejo encarnaba el arquetipo intelectual que León admiraba. Su influencia sería decisiva incluso para que el joven José eligiera finalmente la carrera de Derecho y se encaminase hacia la docencia universitaria y al cultivo de las letras jurídicas. Aquella vena de gratitud y admiración hacia el doctor Cornejo trascendería el ámbito académico, para extenderse a valorar las virtudes humanas del maestro mistiano. Al fallecer Ángel Gustavo Cornejo en 1943, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional encomendó a León Barandiarán la preparación de una semblanza necrológica, en la cual pone de relieve la intensa y exclusiva dedicación de Cornejo a la docencia y al ejercicio de la doctrina: «Como un monje en su celda — escribe el agradecido discípulo —, se había recluso voluntariamente en su biblioteca, donde trabajaba con asiduidad ejemplar».¹⁹ Es indudable la influencia que el jurista arequipeño imprimió en el espíritu humanístico y reflexivo que se trasluce de la vida y la obra de León Barandiarán. Ello se infiere cuando León afirma:

tivo, *vid.* RUBIO CORREA, Marcial. *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, vol. X. Sostiene Rubio, en la misma línea que León Barandiarán: «Por lo general, la ignorancia de hecho aprovecha al que la sufre pero no así la de Derecho», p. 34.

17 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Biblioteca «Perú vivo»*. *Op. cit.*, p. 31.

18 *Ibidem*.

19 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Ángel Gustavo Cornejo». *Revista Peruana de Derecho Internacional*. Lima, 1943, tomo III, n.º 9, pp. 256-257. Ese mismo espíritu humanista serviría para resumir la labor académica de Cornejo Bouroncle por medio de una cita de Oscar Wilde: «El que posee mucho, con frecuencia es avaro; el que tiene poco se halla dispuesto a compartirlo con otro. Pero el hombre de ciencia a medida que más posee en el saber, más se siente deseoso de prodigar comunicando lo que sabe». *Vid.* LEÓN BARANDIARÁN, José. «Ángel Gustavo Cornejo, tratadista de Derecho Civil». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas*. Lima, 1943, año VII, n.º 3, pp. 415-430.

Cornejo, conocedor erudito del Derecho, no sacrificó su ilustración humanista. Tenía fina sensibilidad artística y estaba continuamente preocupado por ese pensar «con el qué o como el qué actúo como yo mismo», que es el sentido vital de la filosofía vital según Jaspers, como conciencia del ser del mundo. Porque Cornejo tenía fundamentalmente, temperamento filosófico. Se afanaba siempre por descubrir el porqué y el para qué de las cosas, el significado trascendente de los hechos humanos.²⁰

Como profesor en San Marcos, León Barandiarán se inició ocupando otras cátedras, como Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público y Derecho Comercial. En estos años concentraría su actividad docente en San Marcos, pero también empezará a hacerse notar como conferencista y como profesor invitado en otros centros de estudios. Ya como docente, en 1928, prepararía y defendería la tesis, *Estudios de Filosofía del Derecho*,²¹ con la que obtuvo el grado de doctor en Derecho. Este trabajo, de difícil acceso en los medios académicos, propugnaba una visión transpersonalista que procuraba situar al hombre, a diferencia del individualismo decimonónico, integrado orgánicamente en la comunidad social.

2. CULTURA Y ENSEÑANZA JURÍDICA EN LA ÉPOCA DEL ESTUDIANTE LEÓN

El estado de la educación legal atravesaba por serias limitaciones teóricas e incongruencias en el plano de la metodología. Hacia 1917, en la época en que José León ingresaba a San Marcos — primero para estudiar Letras, y después Derecho —, la Facultad de Jurisprudencia ofrecía las cátedras de *Filosofía del Derecho*, *Derecho Civil Común 1° y 2°*, *Derecho Civil de Comercio*, *Derecho Procesal 1° y 2°*, *Derecho Penal*, *Derecho Romano*, *Derecho Eclesiástico*, además de *Historia del Derecho Peruano*, *Derecho Agrícola y de Minas*, y *Academia de Práctica Forense*.²² Posteriormente, sería añadido al plan de estudios la asignatura de *Derecho Civil Común 3°*. Los cursos de *Derecho Constitucional* y de *Derecho Administrativo* eran dictados en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, después llamada Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, hasta su desaparición en 1928. Entre los profesores se contaban Pedro M. Oliveira, en Filosofía del Derecho y Derecho Romano; Alfredo Solf y Muro, en Derecho de Agricultura y Minas; Manuel A. Olaechea, en Historia del Derecho Peruano; mientras que Ezequiel Muñoz y Plácido Jiménez impartían los cursos de Derecho Civil Común 1.º y 2.º.

Otra figura influyente en el entorno samarquino en esos años era el profesor Lizardo Alzamora, quien se retiraría de los claustros en 1916, después de 30

20 Ibidem.

21 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Lima: Librería e Imprenta Gil., 1928.

22 *Revista Universitaria*, noviembre 1916, año XI, vol. II.

años en la enseñanza del Derecho Romano y de Historia del Derecho Peruano.²³ Precisamente, bajo el decanato de Alzamora en la Facultad de Jurisprudencia de San Marcos se terminó de fijar el plan de estudios arriba mencionado. Por su parte, ya desde 1896 y hasta 1911, Manuel Vicente Villarán (Lima, 1873-1958) iniciaba el estudio evolutivo de las instituciones jurídicas, dentro de un moderado positivismo, en tanto que Mariano H. Cornejo hacía lo propio en el campo de la sociología. Una creciente preocupación por la condición del indio imprimía también una cierta huella en los estudios jurídicos, como lo evidencian tesis y artículos en revistas universitarias. Ello, sin embargo, no lograría desplazar al aprendizaje y exégesis de los textos legales, que mantendrán su predominio en las aulas de Derecho.

No obstante las limitaciones en la enseñanza universitaria, que León recordaba con desilusión, durante la segunda década del siglo, la instrucción superior vivió un período de relativa estabilidad. En líneas generales, el principio de la autonomía universitaria regía sin trabas y sin conflictos. Al interior de San Marcos, cada Facultad era gobernada por sí misma, sin participación de los graduados, del Estado o de la colectividad. Sobre las juntas de profesores funcionaba el Consejo Universitario, órgano encargado de la supervigilancia pedagógica, el ámbito administrativo y el manejo de las finanzas.²⁴ El Estado regulaba las actividades a través de una Ley reglamentaria, que databa del año de 1901. La misma sería reemplazada por mandato de la Ley N° 2690, del 28 de enero de 1918, que constituyó una comisión de reforma, presidida por Manuel Vicente Villarán. El proyecto de ley que elaboró esa comisión procuraba acentuar la autonomía administrativa y la libertad de cátedra. Sin embargo, los acontecimientos que rodearon al advenimiento de la *Patria Nueva* leguista, en 1919, terminaron por desviar el cauce de las reformas hacia un panorama más bien turbulento, que sólo concluiría con la vasta reforma de 1928.

El entorno de la cultura jurídica nacional hasta 1930 puede ser valorado a través de las revistas jurídicas de Lima y provincias, así como por medio de las obras de Derecho que se ofrecieron a estudiantes y abogados en esos años. En cuanto a las publicaciones periódicas limeñas, cabe mencionar la notable revista *El Derecho*, órgano del Colegio de Abogados, publicada hasta diciembre de 1909; la *Revista Jurídica*, aparecida entre 1904 y 1908 como órgano de una comisión independiente de reforma procesal; la *Revista del Foro*, que ocupa el lugar dejado por *El Derecho* como órgano del gremio forense de la capital, impulsada por Manuel Vicente Villarán, hacia 1914. En provincias destacan *El Derecho* (1914), vocero del Colegio de Abogados de Arequipa; la *Revista del Derecho* (1917), del gremio cusqueño, que reemplazaría a *El Debate Judicial*; y la *Revista Jurídica*, órgano del Colegio de Abogados de la Libertad (1924). En 1928, Edgardo Rebagliatti fundaba, en Lima, un mensuario de existencia efímera, *La Gaceta Judicial*; mientras que Alberto Arca Parró publicaba a partir de 1927 la *Revista de Ciencias Jurídicas*

23 *Revista Universitaria*, 1916, año XI, vol. I, pp. 161-162.

24 BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia de la República del Perú (1822-1933)*. Lima: Editorial Universitaria, 1983. tomo 11, p. 29.

y Sociales, como órgano académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos.

En cuanto a la producción teórica nacional, aparecieron el *Nuevo diccionario de la Legislación Peruana* y el *Diccionario de la Legislación Criminal del Perú*, de Germán Leguía y Martínez. El *Nuevo Diccionario*, obra ambiciosa y trunca, apareció en fascículos entre 1914 y 1921, mientras que el libro sobre legislación criminal apareció en 1931. En el campo de la Filosofía del Derecho, fue traducido el texto del profesor italiano Icilio Vanni. La versión castellana, preparada por Juan Bautista Lavallo, fue editada en 1909 con el título simple de *Filosofía del Derecho*, y sería texto de consulta obligado para los estudiantes. Sobre Derecho Constitucional, Luis Felipe Villarán produjo un *Curso de Derecho constitucional y filosófico* (1875, 1882), y sobre todo el manual *La Constitución peruana comentada* (Lima, 1899), texto en que se defiende un liberalismo moderado. Este esfuerzo sería pronto superado por la producción constitucionalista de Manuel Vicente Villarán, quien no dejaría un libro orgánico sobre la materia, pero sí unas notables lecciones, apuntadas por un alumno sanmarquino hacia 1915.²⁵ Otros trabajos aparecidos en esos años en el Perú fueron *Derecho Internacional Público* (1926-1929) de Alberto Ulloa Sotomayor; la *Exposición comentada y comparada del Código Penal* (1898-1902) de José Viterbo Arias; y el *Comentario al nuevo Código Penal* (1926) de Ángel Gustavo Cornejo.

En el campo del Derecho Civil, en las primeras décadas del siglo XX, el *Derecho Civil Común* de Cesáreo Chacaltana —que en realidad no eran otra cosa que cuidadosos apuntes de clase— destaca como una fuente para reconstruir el estado de los estudios de Derecho Civil en el período. El manual del profesor Chacaltana,²⁶ pertenecía aún a la línea metodológica de la exégesis. Están del todo ausentes la perspectiva historicista, el enfoque sociológico, o la valoración de la costumbre y la jurisprudencia como fuentes esenciales del Derecho. Sintomáticamente el autor de Derecho Civil más citado en las lecciones era Baudry Lacantinerie. En la misma orientación se inscribían los libros de Ricardo Ortiz de Zavallos y Vidaurre, *Tratado de Derecho Civil Peruano. Teórico y práctico* (Lima, 1906), y del magistrado huaracino Francisco Samanamú, *Instituciones de Derecho Civil Peruano* (Lima, 1911; 2.^a Ed. 1917). De estos autores peruanos surgidos en el cambio de siglo, sería Chacaltana quien marcaría el nuevo rumbo de la civilística nacional, por su cercanía con la doctrina argentina, de la que será el primero de sus portavoces. La dependencia peruana frente a la producción civilística argentina se iniciará precisamente en esta época. La ausencia de una verdadera valoración económica y social del fenómeno jurídico, trasvasada de la doctrina argentina, se instalará largamente en el Perú, auspiciada por la rica producción bibliográfica del país del sur, pródiga además en traducciones del francés, del

25 VILLARÁN, Manuel Vicente. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.

26 CHACALTANA, Cesáreo. *Derecho Civil Común (Primer Curso). Resumen de las lecciones en el año escolar de 1896, en la Universidad Mayor de San Marcos de Lima, por el Catedrático titular Dr. D. Cesáreo Chacaltana, y arreglado para uso de los estudiantes de la materia en dicha Universidad, por Leopoldo Cortés y Manuel C. Rodríguez*. Lima: E. Moreno, editor, 1897.

italiano e incluso del alemán. Entre los autores que debieron leer el joven León Barandiarán y sus coetáneos se encontraba sin duda el *Tratado de Derecho Civil argentino* de Raymundo Salvat.²⁷ A ese texto capital podrían añadirse los trabajos de otros profesores argentinos como Ángel D. Rojas, en *Personas y Acto Jurídico*; Alfredo Colmo, en el campo de las Obligaciones; o Jesús Paz, en *Derechos Reales*. Sus textos eran los vasos comunicantes por los que llegaba a Lima el pensamiento de autores europeos como Ihering, Saleilles, Gényn, Planiol, Ripert y Capitant. Cabe destacar que la recepción peruana de la dogmática sería calurosamente auspiciada por José León Barandiarán.

3. LEÓN BARANDIARÁN EN ALEMANIA Y LA CONSTITUCIÓN DEL WEIMAR

Al sucumbir la dictadura de Leguía en 1930, José León, a la edad de 31 años, es designado miembro integrante de la Comisión de Reforma de la Constitución de 1920, presidida por el esclarecido constitucionalista Manuel Vicente Villarán, e integrada por el intelectual moqueguano vecindado en el Cusco, Luis E. Valcárcel, quien actuaba entonces de secretario.²⁸ Villarán invitó a León Barandiarán a incorporarse a la comisión. No debe perderse de vista que ese mismo año salía de imprenta una nueva obra del joven profesor, *La Constitución alemana de 1919*. La política en el Perú durante el leguismo se hallaba, conforme a sus palabras «esclerotizada», habida cuenta de que prevalecía un partido único. Entonces, como muchos académicos de su generación, sintió la necesidad de intervenir directamente en la política pública.²⁹ A raíz de la revolución de Sánchez Cerro, que derrocó a Leguía, ingresó a un partido integrado por otros intelectuales, denominado «Acción Popular» y que no debe ser confundido con la agrupación política que Fernando Belaunde fundara varios lustros después. Partido de fugaz existencia, que, como narra León, con estilo irónico, carecía precisamente de lo que su nombre insinuaba: popularidad partidaria.³⁰

En ese mismo año de 1930, León, germanista devoto, daba publicidad a unos sagaces comentarios sobre la influyente Constitución alemana socialdemócrata de la República de Weimar de 1919. El trabajo, titulado precisamente *La Constitución alemana de 1919*, aparecía en medio del efervescente clima constitucional que vivía el país. En sustancia, *La Constitución alemana* de León Barandiarán pregonaba la vigencia de valores democráticos bajo un Estado social que armonizara el capital con el trabajo, en un marco, no de lucha de clases, sino de comprensión colectiva.³¹ León consideraba que en la historia constitucional

27 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, pp. 1927 y ss.

28 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Biblioteca «Perú vivo»*. Op. cit., p. 13.

29 Ibidem., p. 14.

30 Ibidem.

31 LEÓN BARANDIARÁN, José. *La Constitución alemana de 1919*. Lima: Imprenta Minera, 1930, p. 139. Respecto de esta obra, León manifiesta que su principal motivación

junto a la declaración de los derechos del hombre de 1789, la Carta de Weimar es otro momento culminante, que «expresa la ideología política y social de estos tiempos».³² A su juicio, «la solución socialista contiene el porvenir. ¿Se irá a ella por métodos violentos?, ¿o por procedimientos legales? ¿Socialismo evolucionista o bolschevikismo? La diferencia no es de propósito o de finalidad; es sólo de método u oportunidad».³³ Según León, el socialismo sería el sistema social del porvenir: «El valor absoluto de la idea socialista está en que responde a una inevitable organización futura. Desde este punto de vista la Constitución de Weimar, que importa un progreso aunque relativo, en la evolución hacia el socialismo, tiene un indiscutible mérito».³⁴

El análisis del Derecho Constitucional positivo y doctrinario que emprende León Barandiarán en *La Constitución alemana de 1919*, sorprende, si se toma en consideración que es un jurista cultivado esencialmente en el Derecho Civil. El autor recuerda que la Carta de Weimar estaba dividida en dos partes, la primera que se ocupa de la estructura y de las funciones del Estado y, la segunda, que trata de los derechos y deberes fundamentales. El libro se concentra en la primera parte. León, en este punto, abraza el realismo y el organicismo de Jellinek, pues estima que «el Estado no surge por unánime consentimiento, como lo imaginaba Rousseau, partiendo de una suposición indemostrada; el Derecho no tiene tampoco tal origen. Según Bornhak implica una situación de imposición (*Herrschaft*)».³⁵ Después de detenerse en el poder fáctico que da lugar al orden legal, acude a la experiencia histórica para afianzar sus tesis realistas: «los acontecimientos políticos de los últimos años demuestran que las cosas ocurren así».³⁶ Anota el profesor lambayecano que «las reformas políticas se han hecho extra-constitucionalmente y en algunas partes por una minoría. Una revolución abolió en Rusia al absolutismo monárquico y una minoría hizo la revolución bolchevique. En Alemania no se hizo el cambio del régimen político por procedimientos legalistas; se impuso revolucionariamente por una minoría. El principio de la «devolución jurídica del poder» que dice Hauriou, tuvo su verificación».³⁷ Por otro lado, el Estado, más que expresión de un pacto social de los individuos, supone «la integración de todos los grupos en una

para su redacción llegó cuando tuvo en sus manos la publicación del francés René BRUNET, *La Constitution allemande du 11 août 1919*. París, 1921, a la cual califica como «un trabajo admirable al establecer una ponderación de las relaciones entre los poderes del Estado, que permitían un equilibrio muy sensato para el desarrollo de una vida democrática. Eso me entusiasmó». Vid. PALOMINO MANCHEGO, José F. «Testimonio y semblanza de José León Barandiarán». *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, pp. 55-62.

32 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Biblioteca «Perú vivo»*. Op. cit., p. 11.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 *Ibidem*., p. 12.

36 *Ibidem*., p. 13.

37 *Ibidem*.

organización armónica». ³⁸ Las regiones, las asociaciones, los partidos políticos y las clases sociales constituirían los elementos claves de tal integración. De manera que la tesis democrática clásica de Rosseau del Estado como expresión de la voluntad ciudadana general resultaba «una mera abstracción». ³⁹

A fin de establecer las razones que no llevaron a Alemania, a diferencia de Rusia, hacia el socialismo clasista, León formula una evaluación política e histórica coherente. El balance de las tradiciones y de la mentalidad no se halla ausente en esa oposición entre la Alemania evolucionista y reformista y la Rusia revolucionaria. La existencia del espíritu del pueblo como conciencia colectiva y la idea del Derecho como emanación de un sentimiento popular, vale decir, el centro del discurso de la Escuela Histórica de Hugo, Savigny y Puchta, se convierte en el pivote del diagnóstico, por lo menos en el terreno del Derecho Público. ⁴⁰ De allí que afirme:

Rusia tiene en lo hondo un espíritu totalmente diferente a Europa. La revolución socialista como sistema, como idea, es de origen europeo, sobre todo germano. Alemanes fueron Marx y Engels. Pero ya como obra, como acción, es cosa distinta. Su carácter entonces varía; no es ya un concepto, sino una emoción, una fe, con todas sus exaltaciones y su fuerza pasional. El bolshevismo es, por eso, de caracterización típicamente eslava y no europea. En efecto, en cuanto el pueblo ruso ha vivido la revolución como una religión y la ha sentido como una cruzada, en cuanto en el transporte de la fe o en el dogmatismo ortodoxo la ha recibido con los estremecimientos de una mística revelación; como si se tratara de un nuevo cristianismo, y la ha definido con tal violencia — sacrificio, heroicidad de un lado; terror, impiedad, del otro —; el pueblo ruso [...] ha hecho algo que no se compadece con la sicología europea, más analítica, más compleja. El respeto por sus instituciones, su tradición y su cultura, pacientemente laboradas y perfeccionadas, impiden al hombre europeo, sacrificar violentamente un orden de vida dado, por otro nuevo, ahíto de incertidumbres. ⁴¹

La *Constitución alemana* de León Barandiarán debe entenderse, como es lógico, en el entorno cultural y político de la época. El entusiasmo que se suscita en el autor el texto constitucional weimariano halla conexión con el predominio ideológico en Occidente de las corrientes socialistas de cuño democrático. La «inevitabilidad» del socialismo constituía una idea muy arraigada en ese tiempo, como lo es en nuestras ideas el apogeo, también histórico, del neoliberalismo. La

38 Ibidem., p. 19.

39 Ibidem., p. 21.

40 León Barandiarán no se plegaría, en realidad, sistemáticamente a la Escuela Histórica en el campo del Derecho Civil, salvo una que otra postura técnica tomada de Savigny o Puchta. Su adhesión se inclinaba más a la corriente dogmática de un exponente tardío de la Escuela, Windscheid, nacida del esfuerzo reconstructivo de las fuentes romanas de la Escuela Histórica o Pandectística alemana. Windscheid inspiró al BGB o código civil alemán, tanto que a dicho cuerpo legal se le llama, *Der kleines Windscheid*.

41 Ibidem., p. 14.

asociación de León entre *socialismo* y *democracia* pone el dedo en la llaga en torno a una de las mayores carencias del llamado «socialismo real», la falta de una institucionalidad libertaria, que acabaría por derrumbar esa experiencia histórica. Tan vigente es esta crítica del profesor sanmarquino, como la requisitoria de un sistema económico y político capitalista excluyente y sin rostro humano. La perspectiva socializante de León, por otro lado, no cede nunca a la abdicación de los valores democráticos. Tras ella descansa el anhelo de construir un modelo constitucional que proteja tanto las aspiraciones individuales como las colectivas. No es casual que el constitucionalismo europeo contemporáneo encuentre un punto de equilibrio entre individuo y colectividad y que las propuestas políticas hagan de tal transacción y compromiso un programa político exitoso electoral y gubernativamente. La obra de León representa por ello una clara enseñanza contra el sectarismo ideológico de izquierdas y de derechas.

Hacia 1935, en virtud a la bondad de sus tesis y en mérito a las calidades que revelase durante sus estudios y el ejercicio de la docencia en San Marcos, se le otorgó la afamada beca alemana de la Alexander von Humboldt-Stiftung. Permaneció en el país germano alrededor de tres años, entre 1935 y 1937. Tiempo suficiente para que aprendiera la lengua tudesca y se nutriera de la doctrina jurídica que ese país por entonces producía, precisamente en una época en que el Código Civil alemán (BGB), exponía al mundo los aportes de la Escuela Histórica y de la jurisprudencia de conceptos, que lo habían precedido, y los comentarios que siguieron a su promulgación. De modo que estos elementos lo situaban en expectante y singular posición en el escenario del pensamiento jurídico peruano de la época.⁴² Culminados sus estudios, la fundación alemana le concedería la Medalla Humboldt. Su estrecha relación con el país germano haría que fuera elegido, hacia 1941, Presidente de la Asociación Cultural Peruano-Alemana, la que le consideró presidente honorario durante toda su vida.

El germanismo de León Barandiarán se advertiría hasta el campo de la literatura. Ernesto More contaba en una entrevista realizada al entonces rector de la Universidad de San Marcos, que el estudioso lambayecano leía con frecuencia el *Fausto* de Goethe en alemán.⁴³

4. ABOGADO, PROFESOR, RECTOR, POLÍTICO Y JURISTA

En el Quijote se dice que escribir libros no es tan fácil como hacer buñuelos.

José León BARANDIARÁN. *La Prensa*, 16/02/1979.

La producción intelectual de León Barandiarán se desarrolla en cuatro grandes campos: la abogacía, la enseñanza del Derecho, el cultivo de la doctri-

42 La modestia lo había llevado a callar cualquier información sobre su beca alemana en el libro autobiográfico que le reclamó Mejía Baca para la colección *Perú vivo*. No obstante que se trataba de un asunto de crucial importancia en su formación personal y en el desarrollo de la dogmática peruana.

43 MORE, Ernesto. *Reportajes con radar*. Lima: Ediciones Pacha, 1960, pp. 309-316.

na y la función pública, primero como Decano de la Facultad de Derecho en San Marcos, como Rector de la añeja universidad y, finalmente, como Ministro de Estado y miembro del Jurado Nacional de Elecciones.⁴⁴ En cuanto al primer aspecto, el maestro norteño dedica numerosos párrafos de su autobiografía en la colección *Perú vivo* a reflexionar sobre el desempeño del abogado, ocupación práctica en la que se iniciaría bajo la orientación del doctor Gerardo Balbuena. El letrado lambayecano sintetiza el oficio en una voz, cara para la filosofía existencialista que trajera de Alemania: la angustia (*Angst*). Le parece imposible seguir el cínico lema «defender las causas como propias y perderlas como ajenas».

A su juicio, la realidad psicológica no se desenvuelve de ese modo: «el abogado siente la satisfacción del resultado exitoso; pero es más fuerte y persistente la decepción, la molestia, por el resultado adverso». Y agrega, con razón: «No sé por qué nos sentimos, en algún modo culpables, aunque racionalmente ello no pueda explicarse, por un sentimiento de motivaciones imponderables».⁴⁵

Años atrás, hacia 1946, en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, León Barandiarán había consagrado todo un artículo al tema.⁴⁶ Afirmar allí que las cualidades del abogado son (o deberían ser) tres: la probidad, el trabajo y el desinterés. León asume, no obstante, una postura realista, cuando considera que: [...] el abogado defiende una causa porque la cree justa, aunque no lo sea en sí misma. La apreciación sobre este punto es relativa, por la propia complejidad del caso. Lo justo y lo injusto no siempre aparecen tan definitivamente distinguibles, como agua y tierra, o noche y día.⁴⁷

Esto no debe entenderse como una suerte de cinismo profesional. Por el contrario, la apreciación de lo justo, antes que descansar en un juicio caprichoso e hipócrita, reside en la buena fe, «en cuanto a estimar sinceramente que cada uno patrocina una causa justa».⁴⁸ José León, quien evidencia una familiaridad con el famoso opúsculo de Pietro Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935), compara al proceso judicial con aquel retrato de Richelieu representado en tres posturas: en el centro del lienzo aparece de frente y a los dos lados aparece de perfil. La misma persona en tres caracterizaciones distintas. Así —afirma León— ocurre en el proceso. Los abogados indagan la verdad del perfil, agudizando la mirada cada uno desde su lado; sólo el juez, que se sienta al centro, la mira tranquilamente a la cara.⁴⁹

44 José León no se definía a sí mismo como *jurisconsulto*, «porque eso no lo soy mayormente», sino simplemente como «un hombre que publica libros de Derecho». Véase LEÓN BARANDIARÁN, José. *Biblioteca «Perú vivo»*. Op. cit., p. 28.

45 Ibidem.

46 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El Abogado». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1946, año X, n.º. I, II y III, pp. 111-124. Las virtudes narrativas de este trabajo determinarían que cuarenta años más tarde apareciese de modo resumido en el suplemento *Dominical* del Diario *El Comercio*. Domingo, 18 de mayo de 1986, p. 9.

47 Ibidem., p. 118.

48 Ibidem.

49 Ibidem, pp. 118-119.

Según León Barandiarán, conforme a una analogía, la actuación de los letrados en un pleito se parece a una partida de ajedrez (otra de sus pasiones junto al juego de damas): cada participante podrá aprovechar los errores y resquicios dejados por el rival, pero respetando siempre las reglas. Así, el jugador no podría movilizar diagonalmente la torre y horizontalmente un alfil.⁵⁰

León discurre también en torno a las dificultades que atravesaban los abogados de la época. Llama su atención el modo como se ven sometidos a las expectativas de sus clientes, quienes no creían necesario preguntarse sobre el área en la que su asesor era entendido. A ningún paciente, dice, se le ocurría visitar al psiquiatra para una cirugía o viceversa. En cambio, los clientes consideraban a sus abogados especialistas en todo, sin modo de persuadirlos de lo contrario.⁵¹ En su discurso de posesión del cargo de decano del gremio limeño, en 1954, León había de insistir en el rol social del abogado, «en cuanto corifeo del progreso del Derecho, campeador de la justicia, institor y garante de la paz intersubjetiva», así como subraya la «inevitable coligancia» entre judicatura y abogacía, que producirá la mejora de ambas.⁵²

El ejercicio de la abogacía depararía al doctor León indudables satisfacciones de diversa índole.⁵³ Participó incluso, como abogado informante en causas de gran estimación económica. Así, hacia 1943, en el juicio seguido entre la Cerro de Pasco Copper Corporation y la Northern Peru Mining and Smelting Company, que disputaban los yacimientos de Toquepala al sur del Perú, informa a favor de la primera, junto con Alberto Ulloa, Manuel J. Bustamante de la Fuente; mientras que Manuel Augusto Olaechea y Manuel Vicente Villarán opinaron para la Northern Peru Mining.⁵⁴ Sin embargo, se sentía más cómodo en la condición de profesor universitario. Sería allí donde, en sus propias palabras, definirá su «más

50 Ibidem, p. 119.

51 Ibidem, p. 26.

52 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Discurso del Sr. Decano electo del Colegio de Abogados de Lima, Dr. José León Barandiarán, pronunciado el 18 de marzo de 1954». *Revista del Foro*, enero-abril 1954, año XLI, n.º 1, pp. 78-85.

53 Una curiosa anécdota que relatara su hijo José León Barandiarán Hart, alude a la modestia del maestro para tratar sobre los montos de sus honorarios profesionales. En cierta ocasión, las empresas eléctricas le pidieron un informe. Tímidamente consignó 50 soles en el recibo de honorarios. Su esposa Rebeca le sugirió que escribiera la cifra de 100. Remitido el recibo, pronto lo llamaron para comunicarle que se había equivocado y que debía expedir un recibo por 5.000 soles. Sobre el cobro de los honorarios León tenía una idea clara: la labor del abogado debe ser pagada, como cualquiera otra. El no debe abusar en cuanto al monto; pero no debe permitir tampoco que se abuse de él, utilizándose sus servicios sin que sean pagados éstos, o no pagándose lo que ellos valen. Impedir esto es un deber del abogado, acaso tan imperativo como el primeramente indicado», *vid.* «El abogado», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. *Op. cit.*, pp. 119-120.

54 OLAECHEA DU BOIS, Manuel P. *Estudio Olaechea, 1878-1978*. Lima: Industrial Gráfica S. A., 1983, 2.ª Ed., p. 283.

auténtica vocación» y donde encontraría «mayores satisfacciones espirituales». ⁵⁵ Varios pasajes de su testimonio autobiográfico insinúan que le hubiera complacido entregarse únicamente a la docencia y a la investigación, pero «el pecado de ser el Perú un país subdesarrollado no lo permitirían» y tal es «el precio que tenemos que pagar». ⁵⁶

José León se desempeñó como profesor en San Marcos durante medio siglo, entre 1928 y 1978, y allí inicia una carrera universitaria en la que avanzó, contra lo que normalmente ocurre en el Perú, palmo a palmo, desde auxiliar de cátedra y profesor contratado, hasta nada menos que Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en el período 1956-1957 y, finalmente, Rector de la cuatricentenaria universidad entre 1957 y 1961. Años después, se incorporó a las Universidades Católica y de Lima, y hasta se daría tiempo para dictar en universidades de provincias como en Lambayeque, a instancias de José Antonio Silva Vallejo, entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y, como también en Ica, invitado por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gonzaga, Manuel Miranda Canales.

La elección de León Barandiarán como rector de San Marcos merece una referencia aparte. En 1957, a sólo un año de empezar su mandato, Aurelio Miró Quesada renuncia al rectorado sanmarquino. Miró Quesada había sido elegido para el período 1956-1961, de modo que urgía hallar un reemplazante que culminase esa gestión. Conforme a la versión de parte que brinda Luis Alberto Sánchez, poco confiable como se sabe, la mayoría de estudiantes (con la excepción de un sector de izquierda) parecía inclinarse a favor de la candidatura del político aprista. Es probable que diera por hecho un triunfo, habida cuenta DE que entonces regía la llamada *Convivencia*, es decir, la alianza entre el APRA y el partido de gobierno, el Movimiento Democrático Pradista (MDP). En sus memorias, sin embargo, Sánchez desliza la hipótesis de que León Barandiarán contaba con el respaldo del gobierno de Prado, no obstante las constantes declaraciones de neutralidad por parte del mandatario. Sánchez relata una sabrosa —aunque inverosímil— entrevista en el propio bufete del juriconsulto, en la que éste le habría pedido que se retire de la contienda, pues, el apoyo oficial le estaba virtualmente garantizado. ⁵⁷ Lo cierto es que un frente amplio de estudiantes y profesores simpatizaba por la candidatura del jurista. La derecha, la izquierda y muchos independientes favorecían su elección. En términos políticos, la mayor energía descansaba en una nueva corriente

55 *Perú Vivo. Op. cit.*, pp. 30-31.

56 *Ibidem*, pp. 30, 33.

57 Según el indiscreto memorialista, León, hacía sólo un mes le había expresado su adhesión. Pasados los días, Sánchez acude al estudio del jurista, donde se habría desarrollado la mencionada reunión. «Tuve entonces —refiere el senador— una entrevista con él, en su propia oficina de abogado, un sábado, después del mediodía. Fue bastante explícito. Me dijo: «Sólo mañana podría saber si acepto o no la candidatura a rector, porque depende de las seguridades que me den; pero, en vista de la situación, me parece que usted, Luis Alberto, no debería sacrificar su prestigio con una derrota». Véase, SÁNCHEZ, Luis Alberto. *Testimonio personal. Op. cit.*, tomo 4: «Las confidencias de Caronte, 1957-1967», p. 28.

de centro izquierda, el Movimiento Social Progresista (MSP), encabezado principalmente por jóvenes profesores universitarios.

El apoyo a Sánchez era menor en cifras y amplitud, pero, a su vez, muy disciplinado y ducho en esta clase de lid. Efectuada la elección, León Barandiarán obtuvo la mayoría legal con una ventaja de 12 votos sobre los alcanzados por su competidor.⁵⁸ Uno de los antiguos partidarios del maestro lambayecano, Fernando Vidal Ramírez, refiere que al declararse oficialmente el triunfo de León, sus simpatizantes salieron a celebrar en el patio de la Casona sanmarquina. En ese momento se acercó una multitud de partidarios apristas que apoyaban a su correligionario, Luis Alberto Sánchez, a quien llevaban en hombros. Se produjeron escaramuzas y una tensión de infarto. La gente allegada al profesor de Derecho Civil no sumaba la cincuentena, en tanto que los simpatizantes de Sánchez los aventajaban abrumadoramente. La sangre felizmente no llegó al río.⁵⁹

La elección de José León Barandiarán como Rector de San Marcos, reconocida incluso por su adversario, fue recibida con beneplácito por la prensa peruana. Se dijo entonces que «un león ganó al zorro» y un «magnífico ajedrecista fue felicitado alborozadamente por el gobierno», aludiendo tal vez a una repentina destreza política del jurisconsulto. Diversas expresiones suyas fueron también aplaudidas como un gesto de sencillez y conciliación, a saber, que no hubo vencedores ni vencidos, que tampoco existió ese extremo patetismo en el proceso de sufragio que los medios atribuían. Tenía a la mano a sus antiguos competidores, pues, él era «escéptico en cuanto al poder mágico de los hombres providenciales. El progreso de una corporación —reiteraba— depende de los esfuerzos en común de todos».⁶⁰

Cierto sector de extrema derecha de corte macartista encabezado por Eudósio Ravines (furibundo ex militante stalinista de línea ortodoxa del Partido Comunista Peruano), director y fundador de la revista *Vanguardia*, no obstante sus duras críticas al Movimiento Social Progresista, a cuyos integrantes y, en particular al filósofo Francisco Miró Quesada Cantuarias, recién llegado de la Unión Soviética, calificaba de «comunistas de buena familia» y, a pesar del cierto escepticismo ante la elección de un socialista moderado como José León Barandia-

58 Ibidem, p. 29. Un editorialista, Alberto Valencia, del semanario *Extra*, escribía una versión a la que califica de torva: «Se señalan automóviles oficiales en los cuales se habría realizado la labor proselitista a favor del Dr. León Barandiarán. Se llega a sostener que cierto prominente hombre del régimen habría ofrecido una Embajada a Luis Alberto Sánchez con tal de que retire su postulación a la Rectoría. En fin, se sostiene que el Gobierno —o algunos de sus hombres— habrían realizado una empeñosa propaganda por llevar a la Rectoría a un hombre que participó en la campaña electoral del 17 de junio, al lado del candidato contrario a Manuel Prado. Por otro lado, se señala que toda esta campaña tenía como único objetivo cerrarle el paso a un candidato cuyo único «delito» era ser aprista, cuyos méritos nadie discute y que políticamente colaboró a la creación del actual régimen». Vid. *Extra. Semanario de Actualidad*. Lima, mayo de 1957, año III, n.º 117.

59 Conversaciones con Fernando Vidal Ramírez.

60 *Extra Semanario de Actualidad*, mayo de 1957, año III, n.º 117.

rán en calidad de Rector de San Marcos,⁶¹ se conciliará totalmente con el jurista cuando éste rechazó una medalla que le otorgaba el gobierno soviético. La revista *Vanguardia* elogiaría la «lección magistral» y «el coraje moral y civil» de oponerse a este homenaje justo después de la sangrienta invasión de Hungría.⁶² El Rector debía mantener una posición independiente de las diversas tendencias ideológicas y políticas que pugnaban entre sí dentro y fuera de la universidad.

La larga experiencia docente hizo comprender a León Barandiarán, en el ejercicio del Rectorado, que la investigación era esencial para el desarrollo de la universidad peruana. Por ello, lamentaba que ella no tuviera lugar en el claustro sanmarquino en sus años de estudiante, contribuyendo a su decepción inicial. «El investigador de cierta categoría por la importancia de su labor, viene a tener renombre personal y da prestigio a la institución».⁶³ Echa por eso de menos que no se fomente en el Perú la actividad científica. «He podido observar — dice — que hay una marcada propensión a ayudar a los estudios técnicos (con subsidios económicos). Ello es muy laudable, desde luego, como todo lo dirigido a favorecer la educación universitaria. Pero que no se descuide nunca la formación humana del hombre...».⁶⁴ Advierte que frente a las humanidades —el Derecho incluido— muchos tengan un «criterio peyorativamente deformado» y se recurra a un inaceptable «pretexto de pobreza» para no destinar los fondos que hagan viable la investigación en este campo.⁶⁵

La investigación supone para León Barandiarán un conjunto de cualidades y predisposiciones: paciencia y asiduidad de trabajo:

No se puede elaborar en asuntos científicos de prisa, con un proceder de precipitación, ya que entonces se hace obra superficial y defectuosa. Cabría parafrasear a Chocano: «quien vive de prisa no vive de veras», para decir, que quien escribe de prisa no escribe de veras. Y ha de aportarse trabajo y más trabajo, puesto que en ámbito de la ciencia no se encuentra el resultado con un simple «sésamo ábrete», sino que ha de desplegarse diligencia muy operosa, empeño enérgico, debido a que no interesa, por otra parte, un libro más, sino un buen libro, y en esto se halla la dificultad y también el mérito, por lo que en el Quijote se dice que escribir libros no es tan fácil como hacer buñuelos.⁶⁶

61 *Ibídem*. Según la revista *Extra*. «Salvo breve intervención en la cartera de Justicia —durante la presidencia del doctor José Luis Bustamante y Rivero— León Barandiarán no ha tomado parte activamente en la política. Se dijo, al fundarse el Movimiento Social Progresista, que León Barandiarán era su mentor intelectual. Después éste aclaró que no es miembro del Movimiento, aunque colaboró con él mediante sugerencias sobre su constitución ideológica».

62 *Vanguardia*, 14 de noviembre de 1959, n.º 120.

63 *Perú Vivo*. *Op. cit.*, p. 34.

64 *Ibídem*, p. 36.

65 *Ibídem*, p. 39.

66 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El jurista y su obra. Centenario del nacimiento de Germán Aparicio y Gómez Sánchez». *La Prensa*, viernes 16 de febrero de 1976, p. 15. Sección «El País y el Mundo».

A la paciencia y al espíritu perseverante suma León otras tres cualidades del estudioso metódico: sentido de la responsabilidad, aptitud técnica y, presidiendo todo lo anterior, vocación. En cuanto al sentido de la responsabilidad, los datos han de ceñirse «a un rigor y escrupuloso cuidado». En torno a la aptitud técnica,

[...] ha de saberse escoger lo que es propio y deba ser incluido, y lo que espurio y no ha de tener entrada en la materia, tratada por un *homo doctus*, y ha de saberse acomodar, situar adecuadamente los elementos utilizables, de modo que el libro sea didáctico, en cuanto a su utilización para obtener la información pertinente.⁶⁷

Si la investigación tiene importancia, también la tiene la educación superior en general. No en vano, la Universidad se halla constituida por dos clases de individuos: docentes y discentes. «Las dos clases se complementan — sostiene León — en una necesaria síntesis dialéctica, por la unidad de la finalidad de sus dedicaciones y preocupaciones vitales: «el aprender los saberes», como decían las Siete Partidas».⁶⁸ Bajo este criterio habrá de concebir a la institución universitaria como «una comunidad inter-individual, como una persona social con su propia unidad ontológica».⁶⁹ León valora, entonces, tanto como la investigación, «esa función paciente, tesonera, modesta al parecer, pero de enorme utilidad social», que la docencia universitaria. Siempre y cuando sea de calificada fuente, pues «a la sociedad le interesa no que haya un abogado, un médico, un ingeniero más, y en general un profesional más, sino que se trate de un buen abogado, de un buen médico, de un buen ingeniero, de un buen profesional».⁷⁰

En las postrimerías del gobierno de José Luis Bustamante y Rivero, León fue nombrado Ministro de Justicia y Culto, después de haber colaborado como asesor de ese régimen democrático. Desempeñó el ministerio del 17 de junio al 27 de octubre de 1948, en el gabinete presidido por Armando Revoredo Iglesias, bajo un período convulsionado por la tenaz oposición aprista y la inminencia de un golpe de Estado. Aparece entre los ministros que declararon, mediante Decreto Supremo n.º 22 de 4 de octubre de 1948, fuera de la ley al Partido Aprista, exigiendo que sean sometidos sus dirigentes a la justicia común por actos de subversión.

Su fugaz experiencia política le daría una gran lección contra el sectarismo: «Yo nunca he entendido la política como un campo de luchas mortales, como un conjunto de actitudes intolerantes, pues, para mí uno de los aspectos más anti-páticos del carácter humano es la intransigencia. Sólo con la intransigencia hay

67 Ibidem.

68 Sobre este cuerpo legal escribió el artículo «Alfonso El Sabio y las Siete Partidas». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 1975, año 3, n.º 2, pp. 139-151. También, *Perú Vivo*. Op. cit., p. 37.

69 Ibidem.

70 Ibidem, p. 34.

que ser intransigente; una especie de ley del talión se impone aquí».⁷¹ Recusaba León toda forma de prebendismo y clientelaje y, en ese sentido, estimaba que la actividad política era una suerte de servicio —lección moral de gran actualidad—, incompatible con esa visión, tan arraigada en el Perú, incluso, para quienes impugnan ideológicamente al aparato estatal pero viven de él, de un Estado benefactor y providencial que entrega recursos y trabajo a manos llenas.⁷² Un contemporáneo suyo y amigo cercano, Ulises Montoya Manfredi, recordaba a León como «un hombre bueno, pero intransigente en su comportamiento democrático», al punto que, según el relato de Montoya, en el gobierno de Leguía se le pidió que pronunciara un discurso a favor de la dictadura, a cambio de una beca de estudio. León se negó y, naturalmente, perdió la beca.⁷³

En un texto casi desconocido, León Barandiarán formula una lúcida disertación en torno a la difícil y áspera relación entre la misión del jurista y la del político.⁷⁴ Equipara el Derecho a la teoría y la política a la práctica. «La política —señala— es un dato de orden fáctico, que en otra forma se encuentra y se conecta con el derecho público interno o externo, con la teoría general del Estado y con los principios que informan las relaciones interestatales».⁷⁵ A su juicio, si bien no es necesario ser abogado (coloca el caso del canciller inglés Disraeli) para ejercer la política: «el conocer el derecho facilita indudablemente el buen manejo de la cosa pública».⁷⁶ Aconseja, sin embargo, al jurista apartarse de la política tanto por razones morales como estrictamente científicas.

Quien cultive la ciencia del derecho, como todo científico (insiste), ha de entregarse por entero, con abnegación y fervor a su disciplina; lo cual es incompatible con las veleidades, apreciaciones prejuiciosas y móviles interesados que

71 *Perú Vivo. Op. cit.*, p. 15.

72 *Ibidem*.

73 *El Comercio*, 27 de julio de 1987.

74 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Política y Derecho». *Revista Peruana de Derecho*, junio-julio, 1942, tomo I, n.º 2, pp. 99-102. La erudición germanista del profesor sanmarquino se expresa en este texto con elocuencia. Cita, por ejemplo, a Max Alsberg, autor del libro *Der Prozess des Sokrates* quien denuncia el carácter político del juicio y del veredicto de los 501 jueces, entre los que se hallaban muchos de sus enemigos. Sin embargo, muchas de las ideas corresponden a August Kner y a su trabajo *Der Rechtsanwalt* [El abogado]. Kner observa que los abogados romanos se preocupaban en sus defensas verbales de impresionar al auditorio con una retórica emotiva. Así, Cicerón caracteriza la conexión del político y del hombre de leyes. La abogacía aparece como «la escuela de preparación del hombre de Estado: *seminarum dignitatum*». En efecto, el camino que condujo hacia los grandes cargos públicos era la abogacía. Adviértase que Catón, Esipión, Tiberio, Gayo, Graco, Marco Antonio, Pompeyo, Bruto, Julio César, el mismo Augusto, se presentaban ante los tribunales de justicia. En la actualidad, el abogado no usa la tribuna judicial sino para fines estrictamente profesionales. La oratoria forense se ha depurado. Es más técnica, tanto que podría decirse que la oratoria política y la defensa judicial oral se han deslindado netamente.

75 *Ibidem*.

76 *Ibidem*.

forman el clímax de la actividad partidarista. A la serenidad, el juicio discreto y ponderado, la severa educación espiritual del investigador repugnan el apasionamiento, la astucia, la audacia, la extraversion de energía que por regla han de acompañar al político.⁷⁷

La inconveniencia de la política la extiende también León Barandiarán al abogado litigante, esta vez por exclusivas consideraciones éticas. En el texto, hoy día de una actualidad sorprendente y, hasta podría decirse más apremiante para el país, escribe:

La política también perjudica a la noble profesión de la abogacía, en su verdadera y pura significación. El letrado usará no de los medios técnicos que le ofrecen sus conocimientos, para ganar un litigio, sino la influencia, que de este modo será merecedora de censura. El abogado anónimo, con escasa preparación y magra capacidad deviene un buen día, por un golpe al azar tan común en la política, diputado o Ministro de Estado; su estudio adquiere insólito realce. Se busca no al letrado competente, sino al que tenga y pueda ejercer su influencia.⁷⁸

La participación del abogado en política suscita, a juicio de León, el relajamiento de la moral profesional y la corrupción de la administración de justicia. Al final, paradójicamente, pierden los litigantes. Suscribe con ironía la frase de Goldsmith: «los abogados se hallan siempre más inclinados a poner a un individuo en dificultades que a librarles de ellas» y recuerda que Ángel Ossorio y Gallardo en *El Alma de la Toga*, se ocupó de la influencia nociva que la política ejerce en el mundo forense, deteniéndose en esta sangrienta realidad: «Que la política sea una carrera, ya es un concepto bárbaro; que sea un medio para que los abogados hagan carrera, es un explosivo».⁷⁹

Esa calidad democrática que lo apartara de una adhesión ideológica o sectarismo partidario fue una característica que compartió León Barandiarán con el mismo José Luis Bustamante y Rivero quien no dudó en convocar a sus opositores políticos al gobierno, siempre que cumplieran el requisito de tener una solvencia intelectual y moral. Aquí se cumple el aserto que él mismo escribiera: «Si el jurista interviene en la política, no ha de utilizar ésta en beneficio de sus finalidades profesionales.⁸⁰ Ese actuar verdaderamente democrático es el que quizá haya basado esa afinidad y admiración recíproca entre el Presidente y su Ministro. Comenta Fernández Sessarego que tal lealtad no se quebró ni siquiera en los momentos más delicados cuando el General Odría perpetrara la injusta defenestración: «Recuerdo el rebelde estupor que embargaba al maestro en esos momentos que nos tocó vivir. No comprendía cómo el general Zenón Noriega [jefe de la guarnición en Lima] que, en una reunión de la

77 Ibidem.

78 Ibidem.

79 Ibidem.

80 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «León Barandiarán en el tiempo». *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*. Op. cit., pp. 35-53.

víspera en Palacio de Gobierno, invitado por el Consejo de Ministros había asegurado su absoluta lealtad a la Constitución, cambiara abruptamente de opinión para desconocerla y pisotearla». ⁸¹ El rechazo de León Barandiarán hacia la imposición de un régimen autoritario se manifestó con su apoyo a la candidatura «de un probo y recto militar como era el general Montagne» en el proceso electoral de 1950, el único candidato alternativo entonces (elaborada pantomima política para legitimar el golpe odriísta), y que lamentablemente acabó frustrada por una infundada acusación y posterior encarcelación del candidato opositor bajo el irónico pretexto por parte de Odría, de atribuirle urdir un golpe de Estado.

Casi al culminar el ochenio odriísta, en reñidas elecciones disputadas con el doctor Luis Echeopar García, León Barandiarán sería elegido Decano del Colegio de Abogados durante dos períodos, entre 1954 y 1955. Su nombramiento, nacido al calor de una votación democrática — recordemos que León había sido Ministro del gobierno derrocado por un golpe de Estado —, representaba a los sectores disidentes que pugnaban por la reinstalación de un régimen democrático y la finalización del autoritarismo militar. Aun cuando no auspició un enfrentamiento directo, tal vez inútil, con el gobierno dictatorial, quiso que el Colegio de Abogados impulsara «la formación de una severa conciencia jurídica nacional». Con dicho propósito se empeñó en la tarea de organizar convenciones regionales y a asegurar la publicación periódica de la *Revista del Foro*, ⁸² entonces acreditado órgano del Colegio de Abogados. En el gremio forense tuvo como miembros de la Junta Directiva nada menos que a Mario Alzamora Valdez (Vice-Decano), Manuel Labarthe, Ulises Montoya Manfredi, René Boggio, Manuel García Calderón, Jorge Puccinelli y Alberto Ruiz Eldredge. Como Decano propició, hacia 1954, un homenaje institucional a favor de Manuel Augusto Olaechea, en cuya memoria trazó una bella semblanza: «En Olaechea — dijo — se dio el caso de la vocación acertada, que resulta en la adecuación feliz y los resultados fecundos; en el foro y en la cátedra su palabra emanaba tersa y lucía con prístina fluidez». ⁸³

Otra forma de pronunciarse en desacuerdo una vez instalada la dictadura militar, fue develar sus atropellos valiéndose de su oportuna argumentación jurídica. Luis Bedoya Reyes) — quien fuera además en sus inicios practicante en el estudio de la maestro sanmarquino — ⁸⁴ asumió la defensa de José Luis Bustaman-

81 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «León Barandiarán en el tiempo». *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*. Op. cit., pp. 35-53.

82 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Documentos. Memoria del señor Decano del Colegio de Abogados de Lima». Leída en la Junta General realizada el 18 de marzo de 1955. *Revista del Foro*, año XLII, n.º 1, enero-abril 1955, pp. 148-166.

83 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Semblanza del doctor Manuel Augusto Olaechea». *Revista del Foro*, 1954, p. 203.

84 Indica Bedoya su ingreso como practicante al Estudio de León Barandiarán cuando cursaba su tercer año de Derecho en la Facultad sanmarquina el año de 1940. El estudio en cuestión quedaba en el 6to. piso del Hotel Bolívar «oficinas pequeñas y amobladas con sobriedad», en las cuales disfrutó con «Don José» — expresión amical con la que se refiere al jurista en su semblanza — de un maestro de prácticas que «leía, me miraba, sonreía y autorizaba como abogado — con sello, firma y matrícula — los

te y Rivero interponiendo un Hábeas Corpus frente a la negativa del gobierno de facto de visar su pasaporte, prohibiendo así su retorno. El segundo Tribunal Correccional de Lima declaró la improcedencia del pedido con voto singular del vocal Domingo García Rada. Ante esta situación se solicitó que el Colegio de Abogados de Lima se pronuncie a modo de consulta sobre el caso. Don José en su calidad de Decano demostró en aquélla oportunidad no sólo su sapiencia civilística, sino que en el caso particular demostró en su dictamen una «envidiable precisión conceptual» en el área constitucional:

Es de necesidad lógica, por el principio de no contradicción, que el derecho positivo de un país forme una unidad intrasistémica; por lo cual toda divergencia entre sus normas tiene que dirimirse, examinándose en primer lugar la jerarquía de las mismas [...]. Por lo tanto en concernencia al primer punto consultado, atinente a los artículos 67 y 68 de nuestra Constitución [de 1979] y a la Ley n.º 11049, y cualquiera oposición sobre el particular, tiene que reconocerse la supremacía de los primeros. Nuestro Código Civil ha incluido al respecto el numeral XXII del Título Preliminar, que previene que cuando hay una incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera. Como se sabe preceptos de esta índole, incorporados en los Códigos Civiles, tienen la categoría de normas rectoras generales, que como tales comportan criterios informantes en cuanto al sentido y al carácter de la interpretación judicial.⁸⁵

El ámbito penal del caso en cuestión también contó con la apreciación del gran civilista:

El *jus punendi* reposa, entre otros, en estos dos postulados: *nemo judex sine lege* y *nulla poena sine iudicio*. Son los mismos, presupuestos de todo juzgamiento punitivo, pues de otra manera faltarían garantías que tienen el valor de indispensables, ya que el derecho penal es eminentemente público, por lo cual toda condena queda sujeta ineludiblemente al procedimiento legal prefijado [...].⁸⁶

El mensaje era directo. León Barandiarán demostraba la arbitrariedad con la cual se había procedido frente al ex-mandatario, expulsado sin un juicio «legalmente desarrollado» que evadía sus derechos fundamentales. Por lo cual, frente al impedimento de retorno, manifiesta el jurista:

El artículo 67 de la Constitución [de 1979] al declarar el derecho sobre la libertad de residencia, sin más restricciones que las que precisen las leyes, como dice tal prescripción, no puede significar otra cosa, sino que cualquier restricción únicamente ha de apoyarse en una sentencia expedida en mérito de un caso previsto correspondiente. El no conceder la visa pedida por el recurrente

recursos que yo redactaba». Vid, BEDOYA REYES, Luis. «Estampas de un maestro: José León Barandiarán». *Temas de Derecho. Homenaje. Op. cit.*, pp. 11-30.

85 Ibidem, p. 22.

86 Ibidem, p. 24.

para venir al país, sin que exista sentencia que lo impida, contraviene la garantía enunciada en el antes aludido numeral.⁸⁷

La previsibilidad del fracaso en la Corte Suprema, bajo un fallo que sustentaba que «correspondía a los jueces resolver de acuerdo a ley y que el principio genérico contenido en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil no podía prevalecer frente a norma expresa»⁸⁸ sirvió años después en 1963 para que Bedoya Reyes, convertido en Ministro de Justicia, recibiera a José León Barandiarán en su despacho con un pedido expreso. La publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial «promulgado por la Junta Militar con serios errores filtrados en la publicación oficial hecha en «El Peruano» del 26 de julio de 1963» debía de tener una inmediata respuesta de su cartera. León resaltó que la ley debe de publicarse sin error alguno.⁸⁹ Casos como el de Bustamante y Rivero no debían repetirse y entre más precisas y claras sean las leyes, más se configuraba un sólido Estado de Derecho. La respuesta fue reeditar el texto auténtico revisado en el diario oficial, asimismo, y en salvaguarda de que se repitan casos similares, se dictaminó en el Decreto Supremo el 22 de agosto que «la Ley Orgánica del Poder Judicial debía ser autorizada por el Ministerio de Justicia».

5. LA PRODUCCIÓN TEÓRICA: ENTRE HUMANISMO Y TÉCNICA DE FILIGRANA

León participa de una visión profundamente humanista del Derecho. Asume que el hombre es el centro de imputación del ordenamiento legal y que, por lo tanto, el Derecho ha sido elaborado para ponerlo a su servicio. Por otro lado, León aglutina la técnica dogmática, es decir, una cuidadosa construcción conceptual, junto a preocupaciones filosóficas de raigambre iusnaturalista y tópicos propios de la teoría del Derecho. Se observará también, sin que ello sea el rasgo esencial de su teoría, cierta preocupación por el espectro social.

5.1. El método dogmático

No obstante sus reticencias personales, León Barandiarán fue en realidad uno de los juristas representativos del siglo XX. En su producción jurídica, el Derecho Civil y la filosofía jurídica figurarían como sus preocupaciones esen-

87 Ibidem, pp. 24-25.

88 Ibidem.

89 El artículo 8 de esta Ley Orgánica mencionaba «Cuando los jueces y tribunales al conocer de cualquier clase de juicios encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera». La vital relevancia que un presupuesto como éste apareciera de manera clara lo reconoce León, y la repercusión de este precepto fue gravitante, porque como menciona Bedoya Reyes, fue incorporado posteriormente en la Constitución de 1979 (artículo 236), ampliando este principio de jerarquía de las leyes del limitado ámbito judicial, al ámbito estatal en el artículo 87. Remarca Bedoya que la «fuente inspiradora» de todo este desarrollo legal fue su entrañable maestro.

ciales, tanto así que sus dos tesis signarían su derrotero académico ulterior y ya perfilaban las líneas de su desarrollo intelectual. Ese contacto entre Derecho y filosofía, su predilección por el arte, la literatura y la poesía, además de una fina sensibilidad dotarían al estudioso de un estilo discursivo flexible y simétrico. El conocimiento del Derecho Comparado hallaría igualmente un manejo sistemático en su producción jurídica e incluso alentaría el desarrollo orgánico de filiales peruanas de organismos europeos dedicados a su divulgación.⁹⁰ El tema más oscuro, como las complejas teorías del acto jurídico o de las obligaciones solidarias e indivisibles, era abordado por León con la elasticidad y la belleza que le proporcionaban su experiencia literaria, la filosofía, el Derecho Comparado y la Historia del Derecho. Su vinculación con el mundo de las letras explica que fuera elegido por consenso, entre 1957 y 1958, en un cargo inusual para un jurista: presidente de la Asociación Nacional de Escritores y Artistas (ANEA). La multiplicidad de León habrá de conducirlo a tratar también temas históricos.⁹¹

Si bien, por su ubicación cronológica, León Barandiarán no alcanzaría a participar en las discusiones en torno a la preparación del Código Civil de 1852 —que se iniciaron en 1922, cuando el estudioso contaba con sólo 23 años de edad—, sí le estaba reservado tener en él a uno de sus comentaristas emblemáticos. Esa distancia temporal con el código decimonónico no lo privaría, sin embargo, de efectuar un concienzudo análisis del cuerpo civil derogado. Su «Examen comparativo de los Códigos Civiles Nacionales de 1852 y 1936», inserto en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* de San Marcos en 1966, es un aporte significativo en ese sentido.⁹² León, quien renuncia a la mera enumeración de deficiencias y anacronismos, resalta el valor del código de 1852, rescatando su importancia como elemento configurador del nuevo *status* político en un momento histórico de tránsito entre la legislación hispana y el nuevo Derecho nacional. El maestro sanmarquino destaca, asimismo, los progresos en la sistemática de ambos códigos: un título preliminar y tres libros en 1852, y una composición hexateútica, basada en un Título Preliminar y cinco Libros en 1936.

Para León Barandiarán es de resaltar la separación que opera, por ejemplo, en el tratamiento del Derecho de las Personas y del Derecho de Familia, así como

90 Sobre el papel de León en este campo puede verse su artículo «La formación del Comité Peruano de la Sociedad de Legislación Comparada de París». *Revista Jurídica Peruana*. Lima, 1950, año I, n.º 1, pp. 5-19.

91 Entre estos trabajos, que habrán de ser enfocados desde una perspectiva institucionalista, figuran su «Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico», publicado en varias revistas como la *Revista del Foro*, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* y *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 1952, año 3, n.º 2, pp. 197-204; «Estudio del Código Civil de 1852, con ocasión de su centenario». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*; «Semblanza del doctor Manuel Augusto Olaechea». *Revista del Foro*. Lima, 1953; «El *status* de la mujer pretérita y contemporáneamente». *Revista del Foro*. Lima, 1956.

92 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Examen comparativo de los Códigos Civiles Nacionales de 1852 y 1936». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1966, año XXX, n.ºs I-II-II, pp. 121-166.

la independencia temática que encierra el código noventaista entre el Derecho de Sucesiones y los Derechos Reales. De igual modo, insiste en ponderar la introducción de figuras que a su juicio le parecen «indispensables»: el no amparo del abuso del derecho, la legitimación de obrar en base a interés económico o moral y lo concerniente a la jerarquía constitucional sobre leyes ordinarias, consagradas en los artículos II, IV y XXII del Título Preliminar del Código de 1936.

Su notoriedad como el jurista más idóneo para comentar el cuerpo civil de 1936 trascendió fronteras. En una ocasión, fue invitado por el Instituto de Cultura Hispánica — con motivo de la elaboración de una edición que agrupara todos los Códigos Civiles iberoamericanos — como prologuista del Código patrio.⁹³ León aceptó el encargo y el año de 1962 entregó un elaborado estudio de doce páginas donde expone los históricos modelos legislativos que influyeron en la elaboración del cuerpo civil — las líneas germánica, suiza y brasilera —, resume los progresos de insertar formas contractuales nuevas; examina, y en casos crítica, las razones invocadas en la Exposición de Motivos, así como señala las modificaciones efectuadas entre el lapso de 1939 a 1961. Si a ésta línea expositiva se añade una preocupación de León de explicar a los juristas ibéricos ciertas instituciones particulares peruanas, se juzga pertinente, las palabras de José M. Castán (miembro de la Comisión de recepción de colaboraciones) de catalogar este estudio preliminar como «una auténtica introducción al Derecho Civil peruano, escrita desde el Perú para los juristas españoles».⁹⁴

Dotado como estaba de una rica cultura, incrementada con creces en su estancia alemana, el fruto de los aportes de León Barandiarán, quien leía el alemán sin traducción francesa, italiana o española, hicieron de él un jurista de talla internacional en América Latina. Sus *Comentarios al Código Civil peruano* (Acto Jurídico y Obligaciones) fueron publicados también en la República Argentina,⁹⁵ donde gozarían de una gran autoridad, no obstante las exigencias académicas de la dogmática argentina, que, por entonces con Alfredo Colmo, Héctor Lafaille, Alfredo Orgaz y Raimundo Salvat, alcanzaba un alto grado de madurez intelectual.⁹⁶

La metodología institucional empleada por José León Barandiarán, llevada a un grado máximo de elaboración y sofisticación, cambiarían la orientación metódica del Derecho Civil en el Perú. Aunque no se extendería una partida de defunción a la exégesis, los trabajos de León mostrarían a los juristas nacionales que «el método» por excelencia era el dogmático o institucionalista. Por otro lado, casi simultáneamente en América Latina empezaban a conocerse los trabajos de dogmáticos italianos como Francesco Messineo y Emilio Betti. La deuda con la

93 CASTÁN VÁSQUEZ, José. «El profesor León Barandiarán y España». *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*. Op. cit., pp. 31-34.

94 *Ibidem*, p. 32.

95 Véase la segunda edición de sus *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de las Obligaciones* (tomo I, Acto Jurídico), (tomo II, Modalidades y efectos). Buenos Aires: Ediar, 1954.

96 Conversaciones con el profesor Luis Moisset de Espanés.

doctrina alemana le había hecho innecesario el tránsito casi obligatorio que en términos geográficos suele nutrir a la doctrina peruana convencional: un circuito de hierro que empieza en Alemania, continúa en Italia, llega a España, de allí a Argentina y, finalmente, al Perú. Otro aspecto importante de las resonancias alemanas en la producción teórica de José León es la metodología. Precisamente la Escuela Histórica del Derecho, de Hugo, Savigny y Puchta, devenida luego, a instancias de Windscheid, en Escuela Dogmática, echó lanzas contra la exégesis e instauró un montaje metódico institucional y sistemático.

León Barandiarán mismo, no siempre interesado en exponer metodologías, hizo una impugnación directa y emblemática de la exégesis. A su juicio, «el auténtico estudioso del Derecho, es quien escribe sobre las reglas legales vigentes y sobre las instituciones jurídicas, por ende, demostrando investir una calidad valiosa como científico en los estudios que realiza, hace crítica; no quedándose en el campo del mero análisis exegético».⁹⁷ La idea que abraza el profesor sanmarquino sobre el papel del jurisconsulto se inscribe, sin embargo, en un plano positivista, pero, no exegético. «Asigno — dice León — a la palabra jurista una acepción por demás amplia, comprensiva del estudio del derecho, del científico del derecho, en tanto venga a operar en la interpretación de la ley y en el comentario crítico de las instituciones jurídicas existentes, en base precisamente al conocimiento científico, es elemento de consulta o es promotor, oficioso o no, de reformas en el régimen jurídico vigente, con miras a su renovación, progreso o mejoramiento. Las dos actividades por lo común están muy ligadas».⁹⁸ Del párrafo citado se desprenden importantes consecuencias. En primer lugar, el jurista no opera sólo con normas, sino también con instituciones. De modo que León nuevamente cuestiona aquí, de manera implícita, el solo comentario de la ley y distancia con la exégesis. Empero, se identifica con la dogmática positivista europea de Bernhard Windscheid (1817-1892), Emilio Betti (1890-1968) y Francesco Messineo (1886-1974), cuando insiste, en un comentario crítico, pero comentario al fin de las «reglas legales vigentes» y de las «instituciones jurídicas existentes».⁹⁹ La realidad legislativa e institucional contemporánea determinaría, entonces, el universo de estudio del jurista. No podría ser considerado tal, ni el historiador del Derecho que examina normas e instituciones del pasado; ni el sociólogo del derecho, que se preocupa por su dinámica funcional y, ni siquiera el filósofo del Derecho — área por la que León guardaba especial simpatía —, que estimaría los valores que esconden las instituciones o las normas: el jurista se ocupa de reglas y de figuras vigentes para su eventual reforma.

Sin duda, en algún momento estuvo tentado de su empleo. Tal es el caso de la propuesta metodológica del curso «Derecho de Sucesiones», convertido después de su muerte en libro.¹⁰⁰ Y hasta podría decirse que muchos de sus trabajos exhiben

97 *Perú Vivo. Op. cit.*, p. 28.

98 *Ibidem*.

99 *Ibidem*.

100 Véase, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, tomo VII. Este volumen encierra las lecciones de León en la cátedra sanmarquina de Derecho Civil. El autor no autorizó personalmente la edición, la misma que

una mezcla de exégesis e institucionalismo. Parece que fue muy consciente de su contraposición, pues, no obstante la estrechez del medio académico peruano evitaba sistemáticamente el uso de una exégesis pura, que fuese reductiva del saber.

León Barandiarán exhibió, no obstante, su perspectiva institucionalista, una profunda apreciación de las humanidades. Sostenía que su biblioteca personal, amplia y nutrida, albergaba más libros de literatura que de Derecho.¹⁰¹ Tal apreciación ha sido corroborada por parientes, amigos y discípulos cercanos¹⁰² y está confirmada por su preocupación en otras disciplinas. León hizo, por ejemplo, una prematura valoración literaria de los poemas de Vallejo y hasta anunció su fama poética, cuando nadie daba un peso por el poeta peruano.¹⁰³ Su afecto literario por Vallejo habría de persistir en el tiempo,¹⁰⁴ al punto de considerarla

se elaboró sobre la base de las copias que custodiaba un alumno diligente, Augusto Ferrero Costa, especialista en el área. En la parte introductoria, José León señala: «Haremos por lo tanto, la exégesis de los artículos con el conocimiento de los puntos doctrinales» (p. 27). Cabe aclarar que tal afirmación no se condice con la disposición institucional que aparece del texto.

- 101 A Fernando de Trazegnies le confesaría: «A mí el Derecho nunca me interesó. En mi casa tengo pocos libros de Derecho; la mayor parte son de literatura». Véase, «Semblanza del Dr. José León Barandiarán». *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Colegio de Abogados de Lima-Cultural Cuzco, 1985, p. 578.
- 102 Dato confirmado por su hijo José León-Barandiarán Hart, quien, asegura que su padre nunca les hablaba, aun en sus años de estudiante de Derecho, de la naturaleza jurídica de alguna figura, por el contrario, les insistía que conocieran *El Quijote* y las obras clásicas. En esa misma línea Carlos Fernández Sessarego, quien durante cuatro décadas compartió una relación laboral y amical con José León, cataloga como una de las principales pasiones de éste el frecuentar asiduamente las librerías «Tenía plena conciencia que (sic) el verdadero maestro era un eterno estudiante» asevera. Asimismo refiere «Siempre lo sorprendía con un libro en la mano, fuese él de derecho, literatura o filosofía. Los subrayaba, a veces, toscamente, con un lápiz que siempre tenía portada a mano. Se interiorizaba apasionadamente en sus páginas. Se inspiraba en ellas para producir, luego, valiosos ensayos que continuamos relejendo». FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «León Barandiarán en el tiempo». *Op. cit.*, pp. 35-53.
- 103 En 1923, con motivo de la aparición de *Trilce*, participa en una polémica desde las páginas del diario *El País* de Chiclayo, asumiendo la defensa literaria del poeta norteño. Cuando conoció al vate trujillano, según confesión que lo enaltece: «Sentí miedo verdaderamente. Era el respeto y la timidez que uno siente frente al genio». Citado por Fernando de Trazegnies, «Discurso de orden en el Homenaje del Instituto de Derecho de Minería con motivo de sus Bodas de Oro profesionales», el 14 de mayo de 1975.
- 104 En el año de 1948, LEÓN BARANDIARÁN escribiría, en su habitual tribuna, el diario *La Prensa*, dos artículos periodísticos sobre el poeta peruano: «Retorno a Trilce» y «En torno a la poesía de Vallejo». En 1970 escribió, también en *La Prensa*, «Humorismo en Trilce», diario *La Prensa*, del 29 de octubre de 1970. La familiaridad de León por la obra de Vallejo habría de animarlo incluso a promover interpretaciones técnico-literarias como emerge de su ensayo «Apostilla a un poema de Trilce». *Libro Homenaje a Aurelio Miró Quesada Sosa*. Lima, 1987, tomo II, pp. 555-557. Analiza los versos del poema XXXIV, dedicados a la misteriosa Otilia, que «constituía, acaso, el amor más intenso en el alma del vate»: «Se acabó el extraño con quien tarde la noche regresabas parla y parla»; «Ya no habrá quien me guarde en mi lugar, bueno lo malo»; «Se acabó la calurosa tarde,

como un aspecto esencial de su actividad intelectual.¹⁰⁵ Ligó además las letras con el Derecho por medio de una penetrante apreciación jurídica del Quijote¹⁰⁶ y la vinculación entre *El Derecho y el Arte*,¹⁰⁷ texto notable este último que constituye una antológica pieza de erudición y estilo. En pocas páginas, en las que se siente el tenue eco de un ensayo de Francesco Carnelutti, el notable procesalista italiano (1879-1965) del mismo título, *Il Diritto e l'Arte*,¹⁰⁸ discurre en la trama ideológica que conecta la creación artística (la pintura, la plástica, la arquitectura, la literatura y hasta el cine) con la ley y la dimensión social del Derecho. Se trata de un agudo ensayo, pulcramente escrito y perfectamente documentado, donde exhibe todas las posibilidades de un humanismo interdisciplinario. La obra, en general, de León Barandiarán destila un profundo humanismo como lo ha advertido Enrique Becerra, quien también insiste en la raigambre iusnaturalista de su pensamiento y en su formación interdisciplinaria.¹⁰⁹

En esta obra, se aprecia la fineza en la percepción artística de León Barandiarán, quien nos hace advertir relaciones entre el arte y el Derecho que para muchos podrían haber sido impensadas, como la correspondencia que puede existir en la ópera «Las Walkirias» de Wagner con una noción de justicia como un «principio imperador supremo». O el significado jurídico que trasciende lo

tu gran bahía y tu clamor; la charla con tu madre acabada, que nos brindaba un té lleno de tarde». El poema en cuestión refiere el final de un idilio y a la soledad como sentimiento subsecuente: «Se acabó el extraño con quien tarde la noche regresabas parla y parla»; «Ya no habrá quien me aguarde en mi lugar, bueno lo malo»; «Se acabó la calurosa tarde, tu gran bahía y tu clamor; la charla con tu madre acabada, que nos brindaba un té lleno de tarde». El reiterativo «se acabó» adquiere en León Barandiarán una reflexión que trasciende el análisis del poema mismo para referirnos al «escepticismo existencial» propio del vate. León ensaya el significado que para Vallejo pudo tener el concepto de vida: «El hombre viene a ser como un algo arrojado al mundo, sin poder conocer para qué y por qué; casi siente como un objeto que no sabe la causa *efficiens* de vivir» Culmina asegurando que esa «concepción agnóstica y pesimista de la existencia humana» del poeta trujillano se termina de aseverar con otra frase —quizá una de las más famosas— presente en el primer verso de *Los Heraldos Negros*: «yo no sé».

105 Fernando de Trazegnies relata que al despedirse de una entrevista con el doctor León Barandiarán, éste lo llamó desde las escaleras: «¡Regrese usted! ¡Vuelva! Nos hemos olvidado de lo principal. Intrigado por este entusiasmo repentino, acompañé al doctor León nuevamente a su oficina, quien tomándome del brazo, me dijo ¿Cómo es posible? ¡No hemos hablado de Vallejo!», *vid.* «Semblanza del doctor José León Barandiarán». *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Op. cit., p. 578.

106 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Consideraciones jurídicas sobre el Quijote*, 1947.

107 LEÓN BARANDIARÁN, José. *El Derecho y el Arte*. Lima: Editorial Relieves Americanos, 1944. También se publicaría en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1942, año VI, n.º II, pp. 347-364.

108 CARNELUTTI, Francesco. Una edición en lengua española se publicaría con el título de *Arte del Derecho: seis meditaciones sobre el Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Europa y América, 1956. Más recientemente, una edición peruana, bajo el título *El Arte y el Derecho*, Ara. Lima, 2005.

109 BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. «José León Barandiarán ante la condición humana». *Libro Homenaje a Felipe Osterling*. Lima: Palestra, 2008, tomo 1, pp. 163-191.

artístico en la pintura «La muerte de Sócrates» de Jaques Louis David o la furia en el rompimiento de las tablas de la ley en el «Moisés» de Rembrandt. Elogia la composición artística en el diseño arquitectónico de los Palacios de Justicia de Lausanne y de Bruselas, agregando al respecto: «cabe insistir en la necesidad de que los edificios donde ella se administre, tengan una prestancia apropiada. Sería inconcebible que los mismos fueran de un estilo ramplón o cursi [...]».¹¹⁰ A continuación elogia que el Palacio de Justicia peruano (basado en los planos y diseño de su par belga) haya optado por esa exquisita apariencia.¹¹¹

Quizá se dedica de una manera más amplia a las relaciones entre la Literatura y el Derecho anticipándose visionariamente en un par de décadas a lo que es, actualmente, materia de exhaustivo análisis por parte de la corriente anglosajona Derecho y Literatura (*Law & Literature*): Examina brevemente *El Mercader de Venecia* de William Shakespeare para denunciar lo que considera *animus nocendi* en la exigencia de una libra de carne humana por parte del judío Shylock, y que es definida por el jurista como «una desviación contractual apoyada en la mala fe y la inmoralidad». Elogia los dignos consejos en materia de justicia que El Quijote otorga a Sancho antes de gobernar la ínsula Barataria: «no cargues todo el rigor de la ley al deficiente: que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo». En la misma línea, encuentra el sentido jurídico a la obra *La vida es sueño* de Calderón de la Barca. En lo que parecería ser un simple enunciado dentro de la obra —cuando Segismundo expresa «En lo que no es justa ley, no ha de obedecer al rey»—, León Barandiarán deja un interesante cuestionamiento:

Aquí se nos presenta la aporía de hasta qué punto debe acatarse la ley, así sea injusta. La ley se produce para realizar la justicia. Ésta puede considerarse como la causa final y formal, como la entelequia de la ley, no obstante, la adecuación no es siempre perfecta: aún más, es posible que entren en conflicto. ¿Cuál debe predominar y cuál debe ser sacrificada? Conseguir lo justo *per se*, con desaire de lo estrictamente legal, parece ser lo que en primer término gane la consideración.¹¹²

Este artículo, dada la época en que tuvo su aparición en el Perú (década de los cuarenta del siglo pasado) podría sin duda representar uno de los primeros estudios de carácter humanista en el medio jurídico nacional. Culmina con una categórica apreciación de plena validez actual por parte de su autor: «Si estudiamos el derecho con esta visión generosa y descubrimos su influencia en otras esferas, como en la artística excelentemente, la misión del jurisconsulto adquiere una importancia insospechada. Así, es inconcuso, se logra una comprensión más rica, humanamente más amplia, de lo que es el derecho y su significado».¹¹³

110 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El derecho y el arte». *Op. cit.*, p. 349.

111 *Ibidem*, p. 359. Véase también RAMOS NÚÑEZ, Carlos y José Francisco GÁLVEZ. *Historia del Palacio Nacional de Justicia*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2008.

112 *Ibidem*.

113 *Ibidem*, p. 362.

5.2. La contribución iusfilosófica

El profesor León asignaba importancia frecuente a la filosofía del Derecho¹¹⁴ y a la naciente área de la Teoría del Derecho.¹¹⁵ Área de la que fue profesor antes que incorporarse a la cátedra de Derecho Civil. La dimensión humanista que nutre su formación también puede apreciarse en el conjunto de ensayos que sobre los asuntos literarios, históricos, filosóficos y sociales asociados con el fenómeno jurídico y hasta disertaciones ajenas, por lo menos temáticamente, al Derecho como su interés por Dante Alighieri¹¹⁶ y una valoración de la mordaz poesía de Heinrich Heine (1797-1856), quien agradecía a Napoleón por la introducción de su Código Civil y el juicio por jurado en algunas regiones de la actual Alemania.¹¹⁷

En el campo de la filosofía del Derecho, consideraba León a la justicia como un valor trascendente y su cumplimiento era exigible en los mismos términos cualquiera fuera el escenario histórico o la variable geográfica en juego. Esa perspectiva, así como su idea de bien común lo distanciaba de una posición liberal, en la que los valores están definidos por los individuos, para León, en cambio, los valores ya estaban determinados de antemano. Expresa esta perspectiva filosófica de un modo radical. Así,

[...] todo debe inspirarse en este gran principio rector: el bien común. En una época en que la filosofía jurídica ha destacado tanto y con tan sobrada razón la consideración que se debe al hombre como fin en sí mismo, a quien le corresponde por una especie de derecho natural, una vida digna de lo que él es, es

114 Entre esos trabajos de LEÓN BARANDIARÁN se hallan *Estudio de Filosofía del Derecho*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1928; «Manuel Vicente Villarán y la enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1939, año III, n.º I, pp. 621-631; *La Justicia*. Lima: Editorial Relieves Americanos, 1943, como también, en forma de conferencia. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1943, año VII, n.º II, pp. 504-511; «El Derecho como categoría dimensional humana». *Revista del Foro*, Lima, mayo-agosto 1953, año XL, n.º 2, pp. 320-322; *La concepción de la ley en Santo Tomás de Aquino*. Lima: Universidad del Pacífico, 1975; «Heidegger, proyectado en lo jurídico»; «Abogacía, responsabilidad y angustia».

115 En este campo José LEÓN escribió: «Interpretación de la ley». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1952, año XVII, n.º I, pp. 653-664; publicado nuevamente en la *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 1952, año 3, n.º 1, pp. 1-5; «La concepción espacial dentro del mundo del Derecho». *Boletín Universitario*, 1966; «El concepto de Derecho» y «El movimiento jurídico europeo». *Revista del Foro*, setiembre-diciembre 1953, año XL, n.º 3, pp. 421-430. También en la *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 1954, año 5, n.º 1, pp. 1-13; «La dimensión temporal del Derecho».

116 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Dante Alighieri: su vida y obra», en *Derecho*. Lima, enero-diciembre 1966, año XXIII, n.º 25, pp. 70-84; «El poeta José Eufemio Lora y Lora». Hay que aplaudir que la editorial WG, ahora *La Gaceta Jurídica*, haya editado los diferentes volúmenes que conforman el *Tratado de Derecho Civil*, lo que debe lamentarse es que el conjunto de ensayos de carácter no comercial, salidos de la pluma de José León Barandiarán, no fueran publicados.

117 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Algunos aspectos referentes a la poesía de Heine*, 1967.

decir, digna de su calidad humana, que ha resaltado enérgicamente los deberes de solidaridad intersubjetiva dentro de la comunidad política, gobernantes y gobernados han de esforzarse en comprender y realizar, cada uno en la medida de sus capacidades y obligaciones, lo que exige el bien común y la justicia social.¹¹⁸

Su creencia en el bien común orientaba a León, no a una posición conservadora y renuente al cambio social, por el contrario, simpatizaba con la idea de esa idea y hasta la predicaba: «en las actuales condiciones de la humanidad, todos los que desean sinceramente el progreso del hombre — se trate del espiritual y moral o del económico — tienen el deber estricto de ser revolucionarios; deben trabajar por la abolición de un orden social retrógrado o cuajado en la inmovilidad».¹¹⁹

León Barandiarán encomia «la enorme influencia del Derecho Natural en el pensamiento humano», desde la antigüedad clásica, la patrística de la Iglesia Católica, el tomismo medieval, simpatiza más, sin embargo, en los postulados de la llamada Escuela moderna de Derecho Natural, cuya originalidad consistió «en haber buscado la fundamentación de tal Derecho no fuera y por encima del hombre, sino en este mismo, implantando así, un principio de explicación subjetivista *natura hominis, a Deo o a rationis*».¹²⁰ Fernando de Trazegnies, de tempranas convicciones liberales, refiere que en alguna ocasión le preguntó al respetable profesor si creía que existiera Derecho en el Imperio de los Incas, a lo que contestó, consecuente con su postura *iusnaturalista*: ¡Cómo va a haber Derecho si para que impere el Derecho es preciso que exista un equilibrio entre facultades y obligaciones! A su juicio, en el Tahuantinsuyo sólo el Inca y, limitadamente, la aristocracia, tenía derechos, el resto de la población, toda la muchedumbre que constituía su población, carecía en absoluto de los mismos. Sólo tendría obligaciones. En esas condiciones mal se podría hablar entonces de la existencia de Derecho en las sociedades precolombinas.¹²¹ Asimismo, el célebre periodista Federico More ante el debate que en la década de los veinte concitaba el divorcio, entre otras personalidades, pidió su opinión al joven juriconsulto. León no vaciló en oponerse tajantemente a la promulgación de la ley. Ésta, de aprobarse, sostuvo, contrariaba la idea de matrimonio que «debe apreciarse conforme a la llamada concepción transpersonalista del Derecho. No tanto en interés de los individuos en particular, sino en mérito de la consideración social, valorativa y ética del valor institucional».¹²²

118 *Peru Vivo. Op. cit.*, p. 44.

119 *Ibidem*, p. 45.

120 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Manuel Vicente Villarán y la enseñanza de Filosofía del Derecho en la Universidad Mayor de San Marcos». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1939, año III, n.º I, p. 623.

121 De Trazegnies presenta el punto de vista de León, que, seguramente, no se consideraría a sí mismo como una fuente histórica, ni competente para hablar sobre el tema, como un argumento de autoridad al que apela para sentenciar: no hubo Derecho entre los incas. *Vid.*, «¿Hay un Derecho Pre-Hispánico?». *Ius et Veritas*. Lima, 1994, año III, n.º 4, pp. 215-276.

122 MORE, Federico. *Divorcio y Matrimonio. Cerca de cien opiniones*. Lima: Biblioteca de Casabel, Talleres Gráficos de la Empresa Editora Peruana, 1940, pp. 150-151.

En cuanto al matrimonio, cuando se planteó en el ámbito del Derecho Internacional Privado que esta institución podría configurar un factor para determinar la nacionalidad de la mujer casada, León critica la falta de uniformidad de las leyes de los Estados Americanos para pronunciarse respecto de este tema y manifestaba que al ser la nacionalidad determinada por los principios del *ius sanguinis* y del *ius soli*, salvo el caso de la nacionalidad voluntaria o *naturalización*, se establecía como fórmula mandatoria poco atinada el que la mujer adquiriese a nacionalidad del marido, en aras de la unidad nupcial. Una interpretación extensiva le permite ampliar dicho supuesto al marido.¹²³

El estado jurídico de la mujer y sus derechos merecería también una reflexión por parte del jurista lambayecano. Su postura favorable hacia el género femenino es clara y ello se advierte del texto de una conferencia pronunciada hacia 1956.¹²⁴ Apela León a fuentes que discurren desde el Génesis hasta el Derecho romano y germánico. Denuncia la dependencia y sumisión padecida por la mujer a lo largo de los siglos pretéritos:

Recordemos el Código de Manú, que decía que la mujer no debe hacer nada según propia voluntad en casa; recordaremos la *manus* romana y el *mundium* germánico; recordemos que en el Código de Hammurabi la potestad del esposo llegaba hasta entregar a la mujer en servidumbre temporal por la deuda contraída; repudiarla si estaba dispuesta a salir, o si había provocado división, dilapidado su casa o descuidado al marido; y que el marido podía contraer matrimonio con otra mujer, permaneciendo ella como esclava. Aulio Celio, en «Noches Áticas» nos cuenta que a menos de divorcio, el marido es juez de su mujer en vez de censor, sobre ella tiene imperio absoluto.¹²⁵

León resalta, asimismo, los primeros logros de la mujer en la Edad Moderna, una vez eliminada la *capitis diminutio* que pesaba sobre ella. Las mujeres de las clases populares conquistarían en el siglo XIX su derecho al trabajo asalariado y la consecuente emergencia de un proletariado mixto. En cuanto a la capacidad jurídica, José León es un categórico defensor. El simple hecho de la existencia humana otorgaría esa facultad: «La mujer por ser tal —asevera rotundo— no adolece de ninguna *infirmas* consubstancial».¹²⁶

Si para el Derecho Civil, León se adscribía al positivismo; el *iusnaturalismo* impregnaría su concepción filosófica del Derecho. Una y otra tendencia se alimentaba y restringía entre sí y, naturalmente, sus efectos se advertirían tanto en el contenido como en la metodología que habría de utilizar. Ello se percibe, por ejemplo, en la teoría de interpretación que esgrime. Así, el juez —intérprete relevante— «no

123 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Nacionalidad de la mujer casada». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1947, año XI, n.ºs I, II, III. pp. 28-32.

124 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El *status* jurídico de la mujer pretérita y contemporáneamente». *Revista del Foro*. Lima, 1956, pp. 56-68.

125 *Ibidem*, p.64.

126 *Ibidem*.

es un autómatas en la aplicación de la ley, como se ha dicho, una simple máquina de subsunciones lógicas, no puede tampoco ir *contra legem*, aunque considere que es injusta; teniendo así un cierto margen de poder discrecional, pero no ilimitado». ¹²⁷ El juez, en buena cuenta tiene libertad interpretativa, mientras no va contra la ley. El jurista, en cambio, intérprete de segundo orden, según la teoría del Derecho, «opera con plena independencia de criterio. Puede preocuparse en enjuiciar sobre cuál deba ser la mejor adecuación de la ley y de la jurisprudencia a la justicia y a los otros valores jurídicos; estando, por el mismo carácter de su trabajo, en las mejores condiciones para desempeñar esa función enjuiciativa». ¹²⁸ Agrega luego, «en cierto modo tiene razón Giraudoux, aunque exagera la indicación, cuando en el drama «La guerra de Troya no tendrá lugar», dice que el Derecho es como una potente escuela de imaginación, en cuanto el jurista puede libremente interpretar la realidad social». ¹²⁹ León Barandiarán considera, que dada la riqueza de los *facta*, circunstancias de hecho, de las que el Derecho proviene, cada intérprete asigna un significado a un texto legal. En palabras suyas: «Yo puedo ver las cosas de un modo, otro abogado de diferente modo, y el juez a su turno según su propio modo de ver. *Ex facto oritur jus*». Esta diversidad constituiría «la razón ontológica misma del Derecho». ¹³⁰ En buena cuenta, «la conducta no se adecúa siempre a las previsiones normativas». ¹³¹ Estas ideas configuran, por cierto, una teoría que participa de las posibilidades interpretativas que las normas ofrecen y no da por sentado que el significado de las normas estén dotadas de un significado previo y trascendental: los intérpretes calificarían los contenidos.

Ahora bien, si el *iusnaturalismo* había abierto las puertas de una interpretación más libre, esa misma corriente filosófica las cierra, cuando León sostiene:

La verdad es que el jurista ha de estar compelido a efectuar tal interpretación de acuerdo a las exigencias de la axiología jurídica. Es que el jurista cultiva —añade con cautela— la virtud de la prudencia aplicada al Derecho; es cultor de la que por así llamada jurisprudencia; y la prudencia, es la virtud, según enseñara Aristóteles, conforme a la cual el hombre es capaz de deliberar y juzgar de modo conveniente sobre las cosas que pueden ser buenas y útiles en general. ¹³²

En líneas generales, el profesor León encontraba dos linderos infranqueables a la libertad de interpretación: la legislación para los jueces y los valores trascendentales para el jurista, si bien este último se hallaba dotado de mayor libertad. Había, sin embargo, un resquicio que el propio estudioso no se animaba a definir y por donde la interpretación jurídica podía abrirse paso: la idea de valor.

127 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Perú Vivo*. Ob. cit., p. 29.

128 *Ibidem*.

129 *Ibidem*.

130 *Ibidem*, p. 27.

131 *Ibidem*.

132 *Ibidem*, p. 29.

5.3. La interpretación del Derecho

La preocupación por el problema de la interpretación habrían de impulsar a León a abordar directamente la temática, hacia 1952, en un artículo corto pero de gran valor teórico, «Interpretación de la ley», aparecido en la sanmarquina *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*¹³³ publicado casi simultáneamente en la *Revista Jurídica del Perú*.¹³⁴ ¿Qué planteaba entonces el ilustre profesor? Una cita de *El Quijote* —quien aconseja a Sancho cuando éste se aprestaba a gobernar su insula: «Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos» — presidiría el hilo del discurso. En efecto, León estimaba que «el juez no debe decidir según su caprichosa ocurrencia, no debe juzgar conforme a la ley que haya venido a «encajarse» arbitrariamente en su parecer, con prescindencia, por lo mismo, de todo criterio preordinante, de toda guía normativa, para dejar pase al peligrosísimo medio de la arbitrariedad personal».¹³⁵ Ese «criterio preordinante», vale decir, anterior al ordenamiento positivo, no puede ser otro entonces que la idea de valor que deriva del Derecho Natural. Los valores limitarían, pues, la libertad interpretativa o, en palabras de León, «la arbitrariedad personal del magistrado». Pero, no sólo los valores constituyen una valla a la actividad del intérprete, sino la propia legislación positiva. Para León, «la interpretación de la ley por el juez presupone que esta última se tenga por obligatoria, y sólo exige su más recto y fiel cumplimiento».¹³⁶

El papel del magistrado en la tarea interpretativa resulta esencial para León.

El juez —sostiene— es el protagonista principal de la interpretación. Él la realiza, imponiendo una solución que tiene efecto decisorio en relación al caso juzgado. Las partes, los sujetos del proceso, pueden también presentar sus puntos de vista en cuanto a la interpretación de una regla ley. Pero en último término es la interpretación del juez lo que importa.¹³⁷

Naturalmente, desde la concepción que abraza León, «el juez no crea, desde un punto de vista formal, derecho *ex novo*, pero su tarea no deja de ser por demás conspicua y responsable, tiene que hallarse en continua preocupación y vigilancia, para que la ley se aplique e interprete bien».¹³⁸ Años más tarde, León hacía suya la afirmación según la cual «el derecho realmente importante para la vida es aquél que se realiza en la sentencia judicial».¹³⁹ Decía León, parafraseando

133 Véase la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1952, año XVII, n.º I, pp. 653-664.

134 *Vid.* *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 1952, año 3, n.º 1, pp. 1-5.

135 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Interpretación de la ley», *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. *Op. cit.*, p. 653.

136 *Ibidem*.

137 *Ibidem*.

138 *Ibidem*, p. 655.

139 LEÓN BARANDIARÁN, José. *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1980, p. 3.

a Kant, que «las normas sin los hechos serían vacías», y «los hechos sin las normas serían ciegos». Sólo en el juzgamiento, mediante la apreciación del hecho y la apreciación de las normas, se vincularían unos y otras.¹⁴⁰

Aun cuando el Derecho Natural y el propio marco de la ley positiva constituyan las fronteras de la interpretación, León, asume una postura avanzada, cuando asegura que «el objeto de la ley es la interpretación, que viene a adjuntarse, a asociarse a una norma jurídica. En la naturaleza de esta última se halla el ser interpretable, el ser susceptible de interpretación».¹⁴¹ Este punto de vista contradice el postulado *in claris non fit interpretatio*, conforme al cual sólo las normas oscuras o poco claras pueden ser objeto de una labor interpretativa. La contribución de León Barandiarán a la incipiente teoría del Derecho peruana es aquí fundamental. Se trata, sin duda, de uno de sus principales aportes. No ha sido fácil en nuestro medio que se reconozca la substancial identidad entre norma jurídica e interpretación. Ningún manual de Introducción al Derecho o de Teoría de Derecho dio este paso antes ni después de León Barandiarán. Basta que se colija la obra de Mario Alzamora Valdez, *Introducción al Derecho*,¹⁴² texto de lectura obligatoria durante varias décadas, y el celebrado texto de Marcial Rubio, *Introducción al Sistema Jurídico*,¹⁴³ para comprobar que la idea según la cual sólo las reglas legales oscuras y confusas son susceptibles de interpretación, mas no las supuestamente claras e inequívocas, se halla largamente instalada en la cultura jurídica del país.

León recalcaría una perspectiva progresista en torno a la interpretación, a la que define como «el resultado de un proceso que es el interpretar. La interpretación — dice — es, así, una conclusión, un resultado de dicho proceso. Consiste en el significado atribuido a una norma. Por eso caben interpretaciones disímiles sobre la misma ley, [...] por eso la interpretación de la norma puede variar en el tiempo».¹⁴⁴ La visión de León Barandiarán se halla ciertamente bajo el impacto de las ideas de François Gény (1861-1959) profesor en Dijon y Nancy y partisano de la llamada Escuela Libre del Derecho, de boga en Francia comienzos de siglo, gracias a sus textos *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899) y *Science et technique en droit privé positif* (1913-14). Uno de los divulgadores de Gény, el procesalista italiano Francesco Carnelutti había insistido en la libertad que alcanzan los textos legislativos una vez promulgados. También Raymund Saleilles (1855-1912), profesor en Grenoble, Dijon y París¹⁴⁵ con su metodología

140 *Ibidem*, p. 3.

141 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Interpretación de la ley». *Op. cit.*, p. 654.

142 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1962, 1.ª Ed. Una segunda edición en Rávago e hijos Enrique, 1964.

143 RUBIO CORREA, Marcial. *Introducción al sistema jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, 6.ª Ed., p.239, nota a pie de página.

144 LEÓN BARANDIARÁN, León. «Interpretación de la ley». *Op. cit.*, p. 654.

145 Sobre Saleilles, véase R. BEAUDANT, CAPITANT y COLIN. *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, 1914; así como el ensayo de MOTTE, Olivier. «Raymond Saleilles», en el libro de Michael STOLLEIS. *Juristen ein Biographisches Lexikon*, C.H. Beck, München, 1995, pp. 533-534.

histórico-evolutiva llegaría a la conclusión de que la ley se independiza del autor, variando según el tiempo y las necesidades económico-sociales en el momento de su aplicación. En realidad, León hace suyas tales ideas: «El legislador, el emisor de la norma, una vez dictada ésta, se desinteresa de la misma ley, vive su vida propia con autonomía. Pero, el juez la recibe como el instrumento que ha de utilizar cotidianamente, en su solícito trabajo. La ley, al ser aplicada e interpretada sigue viviendo su propia vida, dirigida por el juez en ese decurso vital. El juez viene a ser a esta virtud el subscipiente eminente de la ley».¹⁴⁶

Asimismo, otro nivel de influencia en el tema de la interpretación será la teoría egológica del filósofo argentino Carlos Cossio. Bajo tal premisa, para León «en cualquier forma la interpretación de la ley, como toda actividad jurídica, tiene por objeto, la conducta humana».¹⁴⁷ De modo que se interpretara cierta conducta, como objeto cultural que tiene que ser comprendido para ser conocido. El dilema entre libertad interpretativa y formalismo no es resuelto convincentemente por el autor peruano. De un lado teme la arbitrariedad judicial, a la que instala las vallas de los valores construidos desde el Derecho Natural, fija también los límites de la propia ley objeto de la interpretación, pero de otro, reconoce un margen de libertad a la tarea creativa del juez, desde que éste se enfrenta a normas que han sido promulgadas en un momento dado y requieren una adecuación a las necesidades contemporáneas y una adaptación a la conducta humana en permanente cambio.

5.4. Las proyecciones del Derecho Natural

Debe de advertirse que la filosofía de Derecho Natural que abrazaba León no era ya el tomismo medieval, no obstante sus referencias frecuentes al «bien común», sino un *iusnaturalismo* atemperado, inspirado, en gran medida en las ideas del profesor de Leipzig, Rudolf Stammler (1856-1938), es decir, un Derecho Natural circunstanciado históricamente, «de contenido variable».¹⁴⁸ Durante la estancia de León Barandiarán en Alemania, entre 1935 y 1937, la filosofía de Stammler constituía el reducto del *iusnaturalismo* tudesco frente al positivismo de Kelsen.¹⁴⁹

146 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Interpretación de la ley». *Op. cit.*, p. 654.

147 *Ibidem*.

148 Una buena divulgación de las ideas de Stammler, condensadas en una de sus obras más representativas, *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902), puede hallarse en la edición en español del libro de C.J. FRIEDRICH. *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 228-237. En lengua alemana mantiene actualidad el texto de J. BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammler* (1915), reeditado en 1967. Se hallará una buena síntesis de la vida y la obra del filósofo del Derecho, así como de la literatura secundaria, en el trabajo de Gerd KLEINHEYER y Jan SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, UTB; C.F. Müller, Heidelberg, 1989, pp. 269-271. Los diccionarios biográficos contemporáneos ofrecen también cierta orientación al estudio. Véase, por ejemplo, KÖBLER, Gerhard. *Lexikon des europäischen Rechtsgeschichte*. München: C. Beck, 1997, pp. 554-555. En español, DOMINGO OSLÉ, Rafael. *Juristas universales*. Madrid: Marcial Pons, 2004, tomo 3, pp. 677-681.

149 Entre los artículos de filosofía del Derecho acuñados por León Barandiarán se hallan: «La concepción espacial dentro del mundo del Derecho». *Boletín Universitario*,

La concepción *iusnaturalista* de León no podía hacerle perder de vista la crisis que tal prospectiva padeció desde fines del siglo pasado ante la emergencia del positivismo sociológico. A comienzos del siglo XX varios profesores de León como Mariano H. Cornejo, Javier Prado Ugarteche, Mariano Iberico y Manuel Vicente Villarán eran partidarios de aquella escuela. León Barandiarán reconoce que «el siglo XIX se cansó de las especulaciones, del abstraccionismo y de la metafísica y el espíritu humano vuelve su mirada al campo de los hechos concretos, repara en la realidad se detiene en el dato histórico».¹⁵⁰ Precisamente, Manuel Vicente Villarán, en palabras del propio José León, «reaccionó contra una corriente que entendía el Derecho como algo inmutable, permanente, dado por la naturaleza del hombre».¹⁵¹ El énfasis conferido por León Barandiarán a los cuestionamientos de Villarán a la Escuela de Derecho Natural, hacen pensar en su conversión positivista, pero, no debe confundirse la glosa de las ideas ajenas con la propuesta de las suyas propias. Debe recordarse que un exponente notable del *iusnaturalismo* peruano, Juan Bautista de Lavalle, hablaba también por esos años de *La Crisis contemporánea de la Filosofía del Derecho*, vale decir, del difícil tránsito del *iusnaturalismo* hacia el positivismo. Si León recuerda que Villarán alzó el ristre «contra los fantasmas jurídicos» — la frase es de Ihering — y si alude las diversas influencias del viejo maestro sanmarquino, quien se nutriera de la prédica de Summer Maine, Ihering, Salmond, Geny y Spencer, es sencillamente para concluir en el eclecticismo y «en la armoniosa ponderación» de corrientes que llevó a cabo el autor comentado.¹⁵² Para León, Villarán no es un positivista puro: es un filósofo sincrético que se sirve también del Derecho Natural.

El propio León no asume un *iusnaturalismo* pleno y sin vacilaciones. Así, al comentar el aporte de Manuel Vicente Villarán, habría de reconocer, la influencia que el medio social ejerce sobre el Derecho, conforme al positivismo ambientalista entonces en boga. Según sus propias palabras:

El dato constituido por los elementos sociológicos en cuanto determinan el proceso jurídico, es dato del cual no se puede prescindir, salvo que se quiera caer en una mera elaboración formal, abstracta y puramente conceptual, sin conexión con la realidad de la historia de la vida, que ha sido cabalmente el defecto de la especulación neokantiana en el Derecho.¹⁵³

Conforme a estas frases, una aparente vocación sociológica y funcionalista debería abrirse paso en la reflexión jurídica. León incluso propone que dicha pers-

1966; «El concepto de Derecho» y «El movimiento jurídico europeo». *Revista del Foro*, setiembre-diciembre 1953, año XL, n.º 3, pp. 421-430. También en la *Revista Jurídica del Perú*. Lima, 1954, año 5, n.º 1, pp. 1-13; «La dimensión temporal del Derecho».

150 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Manuel Vicente Villarán y la enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Universidad Mayor de San Marcos». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1939, año III, n.º 1, p. 623.

151 *Ibidem*, p. 624.

152 *Ibidem*, p. 627.

153 *Ibidem*, p. 628.

pectiva sea objeto de divulgación docente: «en toda enseñanza del fenómeno jurídico —asegura— no puede prescindirse, sino que hay que darla con toda la atención que se merece, a la investigación de los antecedentes y factores sociales en general que explican la génesis y evolución de las instituciones jurídicas».¹⁵⁴ «De allí —recalca— la indispensable referencia a los datos de la historia y la sociología jurídicas».¹⁵⁵

5.5. El acercamiento a la sociología

La valoración que León Barandiarán formula acerca de la sociología sería reiterada, bajo un criterio interdisciplinario, en uno de sus trabajos más logrados, *El Derecho y el Arte*.¹⁵⁶ En este ensayo, León adelanta ciertos alcances metodológicos que insisten en la conexión entre el Derecho y la realidad social.

La investigación jurídica —alerta el estudioso— predica necesariamente hacia los datos que integran la cultura humana. El jurista no ha de contentarse con conocer su disciplina con un criterio unilateral. Por la incidencia del Derecho en todos los fenómenos de sentido teológico, le aguarda doble trabajo: ha de estudiar especialmente la jurisprudencia; pero no debe desinteresarse de la cultura en general. No puede tener una mera curiosidad de diletante para todas las manifestaciones de orden ideográfico, sin profundizar su propia ciencia; mas, no puede sacrificar su plenitud humana, enclaustrándose dentro de un intolerante y único quehacer. La visión de la estrella no eliminará la del cielo, ni la del árbol excluirá la del bosque.¹⁵⁷

La afinidad entre el Derecho y el universo cultural consiste, pues, el desafío y la tarea esencial del jurista. León no escatimará esfuerzos para insistir en dicha relación, la misma que asoma, consubstancial. El Derecho no acaba en sí mismo. Por el contrario, bajo una bella óptica:

No se contiene sólo dentro del sector específico de lo que se califica propiamente como tal. A semejanza de la sangre que circula en todo el organismo, aquél se expande por todas las manifestaciones de la vida humana. El Derecho no opera únicamente en la solemne y austera prestancia de los Pretorios, en las fórmulas lacónicas de los preceptos de la ley, en la mecánica de la praxis procesal, en las exposiciones lógicas de los letrados, en la exegética de los comentarios de los jurisprudentes. Irrumpe a otras regiones, en que funcionan otros datos [...].¹⁵⁸

154 *Ibidem*.

155 *Ibidem*.

156 Este estudio sería publicado como artículo en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, 1942, año VI, n.º 2, pp. 347-361, y luego como un folleto independiente, *El Derecho y el Arte*, Lima: Editorial Relieves Americanos, 1943.

157 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El Derecho y el Arte». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. *Op. cit.*, p. 347.

158 *Ibidem*, p. 362.

Sólo de este modo, «la jurisprudencia coloniza nuevos campos de investigación y gana ingentemente en grandor y hondura, en elegancia y dignidad». León utiliza aquí el término «jurisprudencia» bajo la noción clásica, como sinónimo de doctrina.

Las frases glosadas bien podrían atribuirse a un partidario acérrimo de una concepción sociológica. Sin embargo, León Barandiarán, asumió una perspectiva diferenciada de las distintas disciplinas jurídicas. El eclecticismo de este autor se asocia justamente a la naturaleza de la rama que le toca estudiar. Así, la vinculación entre Derecho y cultura habría de dar impulso a toda una temática ensayística, de la que *El Derecho y el Arte*, sería una de las mejores expresiones; en el campo de la Filosofía del Derecho, León exhibiría una firme posición *iusnaturalista*; mientras que en el análisis de las instituciones de Derecho Civil, terminaría por imponerse un positivismo conceptualista. En este último terreno, se habría esperado que la propuesta sociológica del autor fructificase directamente en el análisis institucional. El vehículo más adecuado para atar cabos entre el Derecho y la vida social, era la jurisprudencia de las cortes. Empero, León Barandiarán acusaría cierta indiferencia por el estudio de los fallos de los tribunales. Incluso en una época durante la cual la jurisprudencia peruana era más respetable, existía y se publicaba oficialmente y sin temores, no mostró interés por incorporar tal fuente en sus comentarios normativos e institucionales. Recién en sus últimos años de actividad académica esa perspectiva metódica cambió. Al parecer, alentado por Héctor Cornejo Chávez, responsable del área de investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, quien, provenía igualmente de una cantera conceptualista, y por Fernando de Trazegnies Granda, típico exponente del funcionalismo, y entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, preparó para el Fondo Editorial de dicha casa de estudios, un estupendo libro de compilación, sistemática, armonización y crítica del Derecho de Sucesiones.¹⁵⁹ Constituyó éste un esfuerzo de largo aliento por acercarse al funcionalismo y dio cuenta de su versatilidad para adaptarse a metodologías nuevas, al punto de recoger una cita de Philipp Heck (1858-1943), uno de los exponentes de la jurisprudencia de intereses: «el derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial».¹⁶⁰ A pesar de que León ya había revisado antes, ocasionalmente, casos jurisprudenciales, aquél sería su primer esfuerzo sistemático por acercarse a la creación jurisprudencial. Y uno de uno de los intentos pioneros de este género en el Perú.

5.6. El Derecho, la culpa, el riesgo y la teoría objetiva

El Derecho, en la visión positivista de León Barandiarán, es un conjunto de normas jurídicas conformadas por hechos jurídicos.¹⁶¹ Las normas sin los hechos son

159 LEÓN BARANDIARÁN, José. *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 769.

160 *Ibidem*, p. 3.

161 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de derecho civil peruano*. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973, 2.^a Ed., p. 7.

entidades carentes de contenido del mismo modo que los hechos sin las normas sólo dilapidan su trascendencia.¹⁶² El hecho jurídico es el género mientras que el acto jurídico, la especie.¹⁶³ La relación entre norma y hecho lleva a considerar a la causa como determinante en todo acto jurídico patrimonial — excluyéndose esa entidad en las relaciones extrapatrimoniales —.¹⁶⁴ Así, todo acto jurídico patrimonial es causado, verbigracia, cuando existe una causa *credendi, donando, restituendi, solvendi, Cavendish*.¹⁶⁵ Sin duda, una visión con una base moral se anida en esta idea.

La causa viene a ser así como una totalidad abstracta que funda la existencia de los actos singulares, pues un acto patrimonial es comprensible en cuanto cae dentro de una de esas categorías. Quien transfiere una cosa lo hace para obtener algo en cambio, o por otorgar un beneficio, o porque hay un antecedente que origina su restitución o su pago, o porque se quiere garantizar determinada operación [...]. Así entendida la causa, pretender negarla, es negar la esencia de los actos jurídicos agrupados en ciertas series categoriales. Es decir, a la existencia del acto jurídico sin esencia.¹⁶⁶

Para León Barandiarán se confunden los anticausalistas al definir a la causa como «un elemento real, como el consentimiento, el objeto, el motivo, queriendo constatar si se presenta o no la causa «en persona» en cada acto jurídico en particular, adoptando así una actitud empírica».¹⁶⁷ Según el criterio subjetivo que suscribe el profesor sanmarquino, la culpa es el elemento indispensable para la imputación de responsabilidad extracontractual.¹⁶⁸ El principio objetivo se caracteriza por la supresión de la culpa y de toda eximente de responsabilidad como caso fortuito, fuerza mayor e imprudencia de la víctima y, el segundo, la responsabilidad por riesgo que abstrae toda causa eficiente, asignando el riesgo a quien emplea un medio mecánico o realiza una actividad peligrosa, debiendo responder por el perjuicio que ocasione.¹⁶⁹ Con agrado recibe esta última teoría

162 LEÓN BARANDIARÁN, José. *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia Suprema*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, p. 2.

163 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del acto jurídico*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1950, p. 4.

164 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil peruano*, tomo VIII: «Régimen patrimonial del matrimonio. Prescripción extintiva. Derecho Internacional Privado. Ensayos sobre derecho civil». Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, 1.ª Ed., p. 289. Dicho texto igualmente aparece editado en otra del mismo autor *Tratado de Derecho Civil*, tomo II. Lima: WG Editor, 1991, pp. 59 y ss.

165 *Ibidem*, pp. 293-294.

166 *Ibidem*, p. 294.

167 *Ibidem*, p. 295.

168 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del acto jurídico*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1950, p. 77.

169 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Responsabilidad extracontractual». *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima, enero-febrero 1946, año IV, n.ºs 24 y 25, pp. 5 y ss.; Cfr., igualmente, LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Teoría general del contrato

pues aún sigue siendo indispensable la culpa.¹⁷⁰ Explica que, sobre la base de una concepción subjetivista tradicional, «en principio, se responde por culpa», pero, luego agrega que «en ciertos casos en que se utiliza objetos peligrosos, se responde sin culpa (accidentes en navegación aérea, automovilísticos) [...]. La responsabilidad por riesgo se justifica plenamente por la dificultad de la prueba a cargo de la víctima dentro del régimen de la responsabilidad subjetiva [...] hay en ello una culpa implícita: utilizar una cosa que es susceptible de generar daños.¹⁷¹

A pesar de ello, demandaba León un mayor número de normas inspiradas en la teoría del riesgo que las que aparecían humildemente consagradas para los casos de los arts. 1145 y 1146.¹⁷² Al comentar estos artículos del Código de 1936, precisa que aunque no expresen en ningún momento a la culpa «es natural que no hay responsabilidad si el accidente se produce por el hecho de la misma víctima, como si se expuso temerariamente». ¹⁷³ Del mismo modo, no existe el deber de reparar el daño si éste sobrevino mediando fuerza mayor.¹⁷⁴

En una visión sincrética, no siempre congruente, simpatiza León Barandiarán, tanto con la teoría subjetiva y la teoría del riesgo, pero descarta con fastidio la responsabilidad objetiva pura, en términos categóricos:

Llegar a la conclusión de que debe responderse en todo supuesto por la mera relación automática y mecánica de hecho y daño, es evidentemente peligroso y erróneo ¡a qué excesos nos llevaría tan tamaño rigorismo! [...] El hombre es fundamentalmente un ser consciente y libre. Ha de apreciar cuáles son sus deberes en la vida, para saber lo que debe hacer y aquello de que debe abstenerse. Su facultad de discernir y de actuar deliberadamente son notas determinantes propias de su ser. Su poder de decisión es irrecusable, porque forma esencia de su poder de libertad. Y en ese poder de decisión y en tal poder de libertad está el que sea sujeto imputativo de mérito o de culpa, de responsabilidad o de absolución, hemos negado a ésta su más intrínseca calificación. El hombre ha dejado de ser persona; viene a ser confundido con el hecho mismo, que es su obra y resultado; el hombre ha dejado de ser sujeto ético y así está absolutamente deshumanizado. La ley se ha hecho por el hombre y para el hombre y pensar que ella desconozca al último su carácter de tal, es hacer que la criatura supedite al creador y repetir el caso de la novela de Stevenson de Mr. Hyde suplantando la personalidad del Dr. Jekyll, o el caso del hombre máquina que termina por dominar a Frankenstein». ¹⁷⁵

voluntad unilateral y responsabilidad extracontractual». Lima: Walter Gutiérrez C. Editor, 1992, 1.ª Ed., tomo IV, pp. 451-456.

170 Ibidem.

171 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del acto jurídico*. Lima: Librería e Imprenta Gil S. A., 1950, pp. 78-79.

172 Ibidem.

173 Ibidem, p. 83.

174 Ibidem, p. 84.

175 Ibidem.

Una perspectiva hispanista o, mejor dicho, ibérica lo lleva a rechazar las teorías negadoras del libre arbitrio. En efecto, españoles y portugueses veían con desconfianza y antipatía la falta de reconocimiento de la voluntad y de la responsabilidad individual que surge de los propios actos.¹⁷⁶

5.7. La protección de los débiles

Cuestiona al código del 1936 porque no contenía una regla clara a diferencia del Código de 1852 (artículo 2210) sobre si se requería o no culpa en el agente para la producción del daño. León Barandiarán no se pronuncia ni a favor ni en contra u otra tendencia lo que cuestiona es la técnica legislativa «si como regla basta el *factum* perjudicial o si además se requiere la culpa en el agente». Cuestiona que la oscuridad de la norma propicia variedad de interpretaciones.¹⁷⁷

El abuso del derecho es el principio informante de todo el Derecho Privado que se configura por los elementos de la ausencia de ventaja y perjuicios a terceros.¹⁷⁸ De modo que «no basta tener la legitimidad activa, es decir, la capacidad intrínseca en el titular de un derecho para obrar ejercitando éste, sino que precisa que tal ejercicio, que la utilización del medio para hacer efectivo el derecho, sea uno adecuado, regular y no excesivo, irregular, abusivo».¹⁷⁹

A juicio de León los contratos deben permanecer flexibles a los cambios sociales. El contexto contractual encuentra su máxima expresión en la vitalidad de las relaciones sociales que son, por naturaleza, variables y dinámicas.¹⁸⁰ No hay, en efecto, obligación sin causa. Nadie debe quedar obligado a favor de otro sin que exista una justa causa de por medio. En atención a esta última observación reclamó León en 1933 legislar sobre el enriquecimiento sin causa que no existía en el Código de 1852.¹⁸¹ No sólo con la finalidad de proteger al deudor, sino que,

176 Un rasgo típico del carácter ibérico, compartido por León Barandiarán, sería, ciertamente, la defensa de la libertad individual. Véase, BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. *Raízes do Brasil*. San Pablo: Companhia Das Letras, 2006, p. 37.

177 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Examen comparativo de los Códigos Civiles nacionales de 1852 y 1936». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos*. Lima, 1966, año XX, vols. I-II-III. n.º 5. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Título preliminar y derecho de las personas». Lima: Walter Gutiérrez C. Editor, tomo I: 1.ª Ed., p. 301.

178 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano (del Título Preliminar y del Derecho De Las Personas)*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1952, tomo IV, pp. 20-22.

179 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. Lima: imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973, 2.ª Ed., p. 43.

180 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Régimen patrimonial del matrimonio. Prescripción extintiva. Derecho Internacional Privado. Ensayos sobre Derecho Civil». Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, 1.ª Ed., tomo VIII, p. 289; este artículo también fue publicado en la *Revista del Foro*, año XXI, tomo XXI. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1934.

181 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El pago indebido en nuestro Código Civil». *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1933, año XX, tomo XX.

imbuido en la idea socializadora del derecho de Ihering, Josserand, Charmont, Saleilles, entre otros, insistiría en la salvaguarda de los intereses de terceros.¹⁸²

El desarrollo de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia al encumbramiento de la idea de contrato. Respecto a estos límites a la libertad de contratar, el destacado civilista peruano León Barandiarán sostuvo la importancia del interés social:

Dentro de un concepto ortodoxo acerca de la eficacia de la autonomía de la voluntad, es muy difícil admitir la modificación en los términos en que fue plasmado el contrato. Mas, hoy tal punto de vista está superado, como que responde a una apreciación individualista del Derecho. Éste se aprecia limitado y supeditado por los imperativos del interés social. De aquí que no puede considerarse a la mera voluntad individual que se expresa en un acto contractual, como capaz para engendrar derechos y correlativas obligaciones que atenten contra las recomendaciones de la equidad y la buena fe, al hacerse exigibles aquellas.¹⁸³

En el Derecho de Sucesiones como transmisión hereditaria, a juicio de León Barandiarán, se combinan dos intereses jurídicos. Por un lado, se beneficia a parientes del difunto, es decir, la legítima o porción indisponible para el testador, y por el otro, se reconoce el derecho del causante para atribuir su patrimonio según quisiera o, para emplear el casticismo del jurista, conforme «pluguiere su voluntad», en el marco de la cuota de libre disposición.¹⁸⁴ Mejor todavía si por este medio podía favorecerse a los más pobres o a los más débiles. En ese sentido, se entusiasma con el nuevo código al que juzga más liberal o dadivoso que el antiguo. En efecto, «el Código nuevo es más liberal que el antiguo, pues este último señalaba como porciones de libre disposición el quinto y el tercio (artículos 696 y 697), mientras el actual señala el tercio y la mitad (artículos 700 y 701), en razón de la existencia de ciertos parientes que sean herederos necesarios, teniendo por ello derecho intangible a sus reservas».¹⁸⁵ Con vena literaria y con cita a Cervantes, León acota:

Una parte de la herencia debe ser intangible para delación por herederos necesarios, personas vinculadas por afectos de sangre común con el fallecido. De allí la legítima. Fuera de otras razones, hay que pensar que tal recepción de asignaciones hereditarias, es justa compensación al dolor por óbito de una

182 Ibidem.

183 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho civil*. 1991-1997, p. 60.

184 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Casos de derecho sucesorio». *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, setiembre-octubre 1951, año XXXVIII; Cfr., igualmente, LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Derecho de sucesiones». Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995, 1.ª Ed., tomo VII, pp. 345-368.

185 LEÓN BARANDIARÁN, José. «Examen comparativo de los Códigos Civiles nacionales de 1852 y 1936». *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos*. Lima, 1966, año XX, vols. I-II-III, n.º 5; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Título Preliminar y Derecho de las Personas». Lima: Walter Gutiérrez C. Editor, 1.ª Ed., tomo I, p. 299.

persona querida. Como se lee en «El Quijote», «andaba la casa alborotada, pero con todo comía la sobrina, brindaba el ama y se regocijaba Sancho Panza; fue en esto de heredar algo borra o templa, en el heredero la memoria de la pena que es razón que deje el muerto».¹⁸⁶

En cuanto a los derechos de la mujer, León Barandiarán aparece como uno de sus promotores, sin que ello suponga la pérdida de la especificidad femenina. Deplora que se haya usado al Génesis del Antiguo Testamento para justificar tozudamente la subordinación de la mujer al varón.¹⁸⁷ Aprecia que con el arribo del cristianismo la mujer se benefició de «una reivindicación espiritual».¹⁸⁸

El auge de la industrialización «originó el trabajo asalariado de las mujeres de las clases populares. El proletariado vino a quedar constituido por sujetos de uno y otro sexo. En buena cuenta ello condujo a elevar la significación propia de la mujer obrera, que demostró capacidad para un trabajo distinto del meramente casero o de servicio doméstico. Pero, en cambio, la mujer de la clase media y de la clase elevada permanecían en la misma condición estacionaria».¹⁸⁹ Especifica luego con temple moderno:

Es pueril suponer *capitis diminutio* alguna en la mujer sólo por ser tal; no se puede aceptar una inexperiencia *iuris* en la misma que cohoneste una desigualdad en el respectivo tratamiento, hoy sólo podemos mirar como una curiosidad histórica y sonreír irónicamente, cuando pensamos que en el siglo VI quienes se reunían en el concilio de Macón pretendían discutir con seriedad sobre si la mujer tiene alma con el varón y si ella forma propiamente parte de la humanidad. Los códigos civiles modernos han estatuido que los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, salvo las inevitables restricciones en relación a la mujer casada por razón de la unidad familiar, y es que el derecho existe, se constituye por causa del hombre, y es tal toda persona, pertenezca al sexo masculino o al femenino, en cuanto por encima de tal diferenciación subyace la identidad fundamental de responder ontológicamente a la misma entidad esencial [...]. La incapacidad sólo puede establecerse en casos particulares, por razones irrecusablemente fundadas que justifiquen la derogatoria. Como la mujer por ser tal no adolece de ninguna *infirmas* consubstancial, no podía desconocerse su capacidad jurídica. Un diferente tratamiento con relación a la mujer respecto al varón sólo puede explicarse excepcionalmente, por razones somáticas.¹⁹⁰

186 *Ibidem*, p. 351.

187 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El *status* jurídico de la mujer preterita y contemporáneamente». *Revista del Foro*. Lima: Colegio de abogados de Lima, 1956, año XLIII. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Título preliminar y derecho de las personas». Lima: Walter Gutiérrez C. Editor, 1.^a Ed., tomo I, pp. 327-328.

188 *Ibidem*, p. 330.

189 *Ibidem*, p. 334.

190 LEÓN BARANDIARÁN, José. «El *status* jurídico de la mujer preterita y contemporánea-

Después de una exhaustiva revisión histórica defiende León la igualdad de derechos civiles y políticos entre el varón y la mujer. Conviene subrayar su posición respecto del sufragio femenino: «Lo absurdo del sistema antiguo, hablando en términos generales, en cuanto había limitado la intervención electoral de los varones, se echa de ver pensando que media humanidad se erigía en rectora de otra media humanidad, a la que no le quedaba otra alternativa que la de mirar, callar y acatar».¹⁹¹ Se alegra León que el Estado de Wyoming en 1869 concediera el voto femenino por primera en la historia.¹⁹² Mientras que en Alemania se sostenía risueñamente que a la mujer (*Frau*) le correspondía atender puntualmente a las cuatro K: *Kuche* (cocina), *Kirche* (iglesia), *Kinder* (hijos), *Kleider* (vestido), el crecimiento de la industria y, en particular, de la industria bélica, al ser llamados los hombres al combate, demandaban el concurso de las mujeres que se volcaron masivamente al trabajo.¹⁹³

No obstante, acoger la idea de un sentido de igualdad plena entre el hombre y la mujer, mantiene León Barandiarán la esperanza galante que «la mujer no pierda su feminidad». «Por fortuna (agrega hipnotizado) la experiencia en todas partes ha revelado que el encanto, *le glamour et le romance*, está adherido al alma femenina, que no se afecta ni tienen por qué afectarse [...]».¹⁹⁴ Concilia la modernización acelerada con el mantenimiento de los valores femeninos. En una bella cita, anota:

La mujer es hoy tan femenina o más que la mujer de antes. La mujer que hace deporte, que fuma, que frecuenta los clubes sociales, que trabaja, que estudia en las universidades y en otros altos centros de enseñanza, que cultiva la literatura y las artes, que ejerce profesiones liberales, que interviene en política, sigue siendo, porque no podría dejar de serlo, mujer, con sus cualidades como también con sus defectos.¹⁹⁵

5.8. El matrimonio y divorcio

En una entrevista que le hiciera el periodista Federico More, a raíz de la propuesta de Clodomiro Chávez, diputado por Celendín, para que se incorporasen varias causales objetivas de divorcio, entre ellas, la locura, la enfermedad contagiosa e incurable y la simple separación de hecho durante más de cinco años consecutivos, León Barandiarán, manifiesta sus ideas en torno al matrimonio y al divorcio. Para el joven profesor sanmarquino que apenas arribaba a los

mente». *Revista del Foro*, año XLIII. Lima: Colegio de abogados de Lima, 1956. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil peruano*. «Título Preliminar y Derecho de las Personas». Lima: Walter Gutiérrez C. Editor, 1.ª Ed., tomo I, pp. 338-339.

191 *Ibidem*, p. 343.

192 *Ibidem*, p. 340.

193 *Ibidem*.

194 *Ibidem*, pp. 343-344.

195 *Ibidem*, p. 344.

cuarenta años, al matrimonio le era inherente un elemento moral. Para el profesor lambayecano:

El matrimonio ha de estimarse como una relación de orden ético jurídico de naturaleza especial. Supone una vinculación afectiva, una unidad de amor y el sentimiento de confianza. Supone una vinculación afectiva, una unidad de amor y el sentimiento de confianza. Hegel vio esto con admirable claridad, cuando manifestaba que el punto de partida objetivo del matrimonio consiste en el libre consentimiento de las personas por virtud del cual renuncia a su personalidad individual ponen en libertad justamente su conciencia de sí substancial. El mismo Hegel reconocía esta concepción como válida para su propia vida, como se comprueba de una carta que dirigiera a su novia, en la cual le escribía: «tu amor por mí y mi amor por ti introducen una distinción que dividiría nuestro amor; y el amor es sólo el nuestro, es sólo esta unidad, sólo este vínculo». El matrimonio debe apreciarse conforme a la llamada concepción transpersonalista en el derecho. No tanto en interés de los individuos en particular, sino en mérito de la consideración social, valorativa ética del principio institucional.¹⁹⁶

En cuanto al divorcio, parte León de una visión causalista de un lado y culpabilista de la otra. La primera halla su fundamento en la relación congruente entre una causa (el motivo que propicia el rompimiento del vínculo conyugal; en tanto que el segundo elemento, la culpabilidad, se asienta en el libre albedrío. Adviértase cómo León parte del mismo supuesto para defender la teoría de la culpa, la incorporación sesgada del riesgo creado y su repulsa hacia la teoría objetivista que prescinde totalmente de la negligencia, la imprudencia o la impericia. Bajo esa reflexión, el divorcio por circunstancias objetivas como la enfermedad contagiosa e incurable, la separación de hecho y la locura patrocinadas por el diputado Clodomiro Chávez le parecían inviables. Sostiene rotundo:

El divorcio importa —fuera del mutuo disenso— una sanción contra la conducta desleal o en alguna manera criticable de uno de los esposos. Las nuevas causales que se quiere agregar responden a motivaciones diferentes. En el caso de la locura y la enfermedad contagiosa e incurable, se trata de una desgracia que ha sobrevenido al sujeto, acaso sin culpa de su parte. En el supuesto de separación de hecho, tal como se expresa en el Proyecto, en cuanto lisamente acarree el divorcio, estése frente a una situación que no acusa culpabilidad específica de alguno de los cónyuges, y en todo caso, lo más que cabe suponer es una responsabilidad bilateral, que así no justificaría la sanción del divorcio.¹⁹⁷

6. UN JUICIO CRÍTICO

Después de una vida entregada a la docencia universitaria y dejando tras de sí una rica producción intelectual, José León Barandiarán falleció en Lima el vier-

196 MORE, Federico. *Divorcio y matrimonio*. Lima: Biblioteca del Cascabel, 1940, pp. 150-151.

197 *Ibidem*.

nes 24 de julio de 1987.¹⁹⁸ Pocos días antes había impartido la que sería su última lección de seminario de Derecho Civil en la Universidad de Lima. De manera que, para utilizar una frase consabida, murió virtualmente en la cátedra. La singularidad de León Barandiarán en el panorama de la civilística peruana emerge de su integridad moral y de su deslinde frente a los «intelectualismos» nacionales. Ernesto More, en una espléndida entrevista que le realizara en enero de 1958, cuando León se desempeñaba como rector de San Marcos, subraya este carácter teñidamente insular del estudioso lambayecano. Preguntado sobre su posición con respecto a las lenguas nativas más importantes, el quechua y el aymara, León, un hispanista a raja tabla, no dudaba en enarbolar una posición que hoy denominaríamos, cuando menos, políticamente incorrecta. Para él, el castellano, «la lengua de Cervantes y de Lope de Vega», debía ser la única lengua oficial, aquella que garantizaría la unidad de la nación. «Yo soy monolingüista —exclamaba irónico—, como soy monometalista». Sorprendido, More alude a la necesidad establecer cuando menos un alfabeto oficial de dichas lenguas. Pero, irreductible, León le replica: sí, «pero sin ánimo de restaurar el incario».¹⁹⁹ Y es que, a juicio del ilustre rector sanmarquino el quechua y el aymara, antes que lenguas vivientes, resultaban meros materiales para el conocimiento de la realidad peruana, y que su estudio y fomento, en ningún caso, debía constituir un obstáculo para la entronización del español como idioma único del Perú.

Por lo demás, como hemos podido apreciar, el tema precolombino le suscitaba serias preocupaciones. Recordemos que, a su parecer, en el incanato no existía un equilibrio de derechos y obligaciones, sino únicamente deberes de los súbditos. Afirmación ésta que las ciencias sociales se han encargado de desmentir en sus indagaciones acerca de la reciprocidad simétrica y asimétrica.²⁰⁰

León Barandiarán debe ser recordado como un jurista extremadamente preocupado en el método. Podría decirse que utilizó criterios compartimentalizados: el *iusnaturalismo* para la Filosofía del Derecho; el positivismo sociológico para sus numerosos artículos dedicados a la proximidad entre el Derecho y el Arte, y el conceptualismo positivista para el Derecho Civil. El rigor metódico de León seguiría, sin embargo, una línea ecléctica, muy típica en el desarrollo de las ideas jurídicas en el Perú.²⁰¹ Este eclecticismo, sin embargo, no se advertiría en el

198 *El Comercio*, 27 de julio de 1987. Antes de su traslado al camposanto de Surquillo, los restos del jurista recibieron, en la Casona de San Marcos, el homenaje de la comunidad universitaria del país. José León Barandiarán descansa en el nicho ubicado en el grupo 5, lote 29.

199 MORE, Ernesto. «Juristas: José León Barandiarán». En su: *Reportajes con radar*. Lima: Ediciones Pacha, 1960, pp. 309-316 [p. 311].

200 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «¿Existe un Derecho prehispánico?». *Ius et Veritas*. 1994, año 3, n.º 4, pp. 122-123.

201 El filón sincrético de la tradición iusfilosófica peruana ha sido advertido por SALAZAR BONDY, Augusto. *La filosofía en el Perú*. Lima: Editorial Universo, 1967; ALZAMORA VALDEZ, Mario. *La filosofía del Derecho en el Perú*, Lima: Minerva, 1968; y por Fernando DE TRAZEGNIES, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.

interior de cada una de las ramas cultivadas, sino que operarían por separado. De manera que el *iusnaturalismo* no ingresaría fácilmente en el análisis dogmático, lo mismo que sería impensable es que una perspectiva sociológica enervase las virtudes intrínsecas del método dogmático que se empleaba para el estudio de las instituciones. Tampoco el positivismo institucional incursionaría en el plano de la filosofía del Derecho, que estaba reservado para el examen del Derecho Civil.

León Barandiarán ha sido recordado por sus contemporáneos y por sus numerosos discípulos como un hombre distraído en los aspectos mundanos. Muchos recuerdan que usaba a veces un calcetín de color diferente al salir apurado hacia sus clases.²⁰² Uno de sus hijos recuerda que el ilustre profesor regresaba a casa en taxi cuando había un carro que lo aguardaba. Quizá una de las anécdotas más emblemáticas en su etapa de docente en la Casona de Derecho de la Universidad de San Marcos, es la que relata Max Arias-Schreiber la primera vez que lo conoció:

Conocí a José León Barandiarán en una soleada mañana de abril de 1944, en la que un numeroso grupo de estudiantes de Primer Año de la Facultad de Derecho de San Marcos esperaba con nerviosismo la clase inicial de Acto Jurídico. En efecto la Cátedra estaba en manos del famoso «monstruo» del Derecho Civil, de quien tanto habíamos oído hablar. A las 8:15 a.m., entró un hombre de mediana edad, delgado hasta parecer enjuto, cetrino, de grandes y penetrantes ojos verdes y caminar pausado. Empezó a hablar y, dentro de nuestro incipiente conocimiento del Derecho, lo escuchábamos absortos, sin entender nada de lo que decía. Entonces, y dándose cuenta de nuestra estupefacción, se fue a la pizarra y con una ilegible letra trazó un cuadro que pretendía ser explicatorio. Cuando se dio cuenta de que seguíamos sin entenderlo y no habiendo en el aula de esa vieja y querida Casona una esponja que sirviera para borrar lo escrito, sacó un pañuelo amarillento por el uso y trató inútilmente de deshacer lo hecho, pues sólo logró mojar la pizarra. Entonces, ya nervioso, cogió su corbata verde y arrugada y, de una sola corrida, logró su objetivo, mientras la clase no pudo contenerse y las carcajadas seguramente se oyeron hasta el cercano Panteón de los Próceres.²⁰³

Augusto Ferrero Costa, alumno precoz de León y profesor de Derecho de Sucesiones, relata tres anécdotas simpáticas. Refiere Ferrero que en la Casona de San Marcos, antiguo local de la Facultad de Derecho, un grupo de estudiantes detuvo al maestro, quien al cabo de una breve conversación no recordaba si bajaba las gradas o si subía. En otra ocasión, Ferrero, debió extraer de la oficina de un ministro la laca que el profesor León olvidó en el despacho de un ministro y que iba destinada para el cabello de su esposa.²⁰⁴

202 Conversaciones con José León Barandiarán Hart y Miguel León Barandiarán Hart.

203 ARIAS SCHREIBER, Max. «Discurso de Orden pronunciado en la Ceremonia Central conmemorativa del Primer centenario del nacimiento del Dr. José León Barandiarán», 9 de diciembre de 1999. *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*. Op. cit., p. 4.

204 Véase la presentación de Augusto FERRERO COSTA al *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 1995, tomo VII, pp. 12-13.

En la misma vena, una antigua discípula del maestro nos contaría que León preguntaba frecuentemente a las secretarías si estaba entrando o si saliendo, y que andaba por las calles céntricas de Lima sin sombrero, para evitar desairar involuntariamente a quienes lo saludaban. El desconcierto que frente a la vida práctica solían denotar los actos de León, iban a contramarcha de sus preocupaciones intelectuales. Hasta se diría que las últimas absorbían a las primeras y explicaban su aparente distracción. Augusto Ferrero ofrece un particular testimonio: «León Barandiarán llegó a San Marcos compungido y con una sola pregunta: ¿el agua de los caños, de uso particular, la que se utiliza diariamente?, ¿qué naturaleza jurídica tenía?, ¿era de naturaleza pública o de Derecho privado?». ²⁰⁵ Más allá de las respuestas que el asunto ofrecía, la pregunta encerraba una preocupación dogmática de solución difícil. Acusaba también la curiosidad del jurista en el plano institucional: ¿cuál es la naturaleza jurídica del agua? Por su parte, Marcial Rubio Correa añade una nueva singularidad del doctor León. El desaparecido profesor de la Universidad Católica, Alfredo Ostojá López-Alfaro, cuando se refería a un término indescifrable, sostenía que se trataba de una «calobiótica social no obnoxia de frangirse senescentemente». Preguntado por la extraña cita, Ostojá manifestó que la había recogido de un texto de León Barandiarán. Éste, a su vez, había referido a Ostojá que la curiosa jitanjáfora provenía de un amable debate con Carlos Rodríguez Pastor acerca del uso de palabras castellanas correctas, pero impracticables. ²⁰⁶

Un elenco de los trabajos de José León Barandiarán debe considerar las siguientes obras: *Comentarios al Código Civil Peruano* (4 vols., 1938-1952), distinguido con el premio nacional otorgado en 1944 a los estudios de la especialidad, y que ha sido objeto de varias reediciones parciales; *Contratos en el Derecho Civil Peruano* (2 vols., 1966); *Manual del acto jurídico* (1950 y 1965); y el compendio de sus textos y apuntes de clase sobre temas de Derecho Civil, reunidos bajo el advenedizo título de *Tratado de Derecho Civil* (7 vols., 1991-1995). A estas obras mayores pueden añadirse sus *Estudios de Filosofía del Derecho* (1928); *La Constitución alemana de 1919* (1930); *La Justicia* (1944); *Estudio preliminar al Código Civil del Perú* (Madrid, 1962); *Contrato de empresa* (1965); el *Curso elemental de Derecho Civil peruano* (2.ª Ed., 1973); *La concepción de la ley en Santo Tomás de Aquino* (1975); y el volumen de recopilación de fallos judiciales *La sucesión hereditaria en la jurisprudencia suprema* (1980). En paralelo al campo jurídico, León escribió *El Derecho y el Arte* (1943); *Comentarios jurídicos sobre el Quijote* (1947); un texto autobiográfico aparecido en la Biblioteca «Perú Vivo» de Juan Mejía Baca (1966); y *Algunos aspectos referentes a la poesía de Heine* (1967). Fueron de autoría de José León las ponencias al Título Preliminar, y los Libros de Personas y Acto Jurídico, y los acápites sobre Juego y Apuestas, y sobre Enriquecimiento sin causa, del Código Civil de 1984, publicadas en *Proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil* (1980); así como elaboró la Exposición de Motivos y Comentarios al Título Preliminar del citado Código, reproducidos en el tomo IV

205 Ibidem, p. 13.

206 RUBIO CORREA, Marcial. «Una calobiótica social no obnoxia de frangirse senescentemente». En: *Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, tomo 1, pp. 321-342 [p. 340].

de la compilación de Delia Revoredo, *Código Civil Peruano* (1985). León ha dejado, además, una nutrida producción hemerográfica, que reposa principalmente en las páginas de la *Revista del Foro*, la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* de San Marcos, la *Revista Jurídica del Perú* y la *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Los artículos de José León giran en torno a temas de Filosofía del Derecho, Historia del Derecho peruano, y sobre asuntos de Derecho Civil. A ellos hay que añadir su contribución humanística, básicamente en los campos de la estética y la literatura, que, junto con otros textos misceláneos, esperan una urgente compilación en libro.

Ya en las postrimerías de su vida, y con gran parte de ella dedicada ciertamente al estudio del cuerpo civil de 1936, no fue negada, sin embargo, su calificación como uno de los artífices en la elaboración de la sucesora obra legal de 1984.²⁰⁷ Sobre este punto y la gratitud a toda una vida de aportes jurídicos y humanistas, se refiere un emotivo acontecimiento que reseña José Palomino Manchego²⁰⁸ quien recuerda a un anciano León Barandiarán ingresando al recinto de la Universidad de Lima un 10 de agosto de 1985, cuando se celebraba el primer aniversario del Código Civil:

[...] siendo aproximadamente las 3:30 de la tarde, apareció inesperadamente cual ave fénix, por la puerta lateral del Auditorio, ayudado con dos muletas, el egregio León Barandiarán, César Fernández Arce, que se encontraba disertando sobre Derecho de Sucesiones, dejó de exponer en ese lapso para dar cabida en el seno de tan importante Congreso al maestro de muchas generaciones. De inmediato los asistentes se pusieron de pie y aplaudieron largamente la presencia de uno de los artífices para que se promulgue el Código Civil de 1984.²⁰⁹

En esa misma entrevista, León, que había cumplido 86 años, cuenta algo que es estrictamente cierto, algo de lo cual el autor de este libro puede dar fe, décadas más tarde: «Estoy cesante y casi no ejerzo la profesión de abogado. Me creaba un dilema, no hacía nada o, como hacen otros profesores de Europa, me hubiera dedicado a la lectura de novelas policiales, pero preferí con mucha parsimonia los estudios jurídicos».²¹⁰

207 Y agrega: «Me piden consultas e informes, además estoy preparando un libro comparando el Código Civil de 1936 con el de 1984, en la parte concerniente al Acto Jurídico». Vid. PALOMINO MANCHEGO, José F. «Testimonio y semblanza de José León Barandiarán». *Op. cit.*, pp. 55-62. Entrevista originalmente aparecida en *El Informativo*, Revista publicada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. julio de 1985, n.º 20.

208 *Ibidem*, pp. 55-62.

209 *Ibidem*, pp. 60-61.

210 *Ibidem*, p. 61.

Los grandes hitos de la codificación civil

Fernando Vidal Ramírez*

SUMARIO: 1. *El Código Civil francés de 1804.* — 2. *El Código Civil alemán de 1900.* — 3. *El Código Civil italiano de 1942.*

Los grandes hitos de la historia universal de la codificación civil, son el Código Civil francés de 1804, el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942. En torno a cada una de estas tres codificaciones se han gestado los códigos civiles que forman parte del sistema jurídico iberoamericano y, desde luego, los Códigos peruanos de 1852, de 1936 y de 1984.

1. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804

El Código Civil Francés es producto de la Revolución de 1789 y constituyó un modo de ruptura con el antiguo Derecho. Según relata Demófilo De Buen,¹ *le ancien droit*, es decir, el Dere-

* Abogado por la Universidad de Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Profesor Universitario PUCP y U de Lima, Miembro de la Comisión Revisora del Código Civil y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Miembro del Consejo Consultivo del INDECOPI y Presidente de la Comisión Consultiva de Justicia. Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores. Ex Presidente de la Bolsa de Valores de Lima. Socio Principal del Estudio Rodríguez, Mariategui & Vidal Abogados.

1 Introducción al Estudio del Derecho Civil, pág. 151.

cho anterior a la Revolución, se caracterizaba por su diversidad, pues, por ejemplo, la Francia meridional, que formó parte del Imperio Romano, a su caída, continuó aplicando el Derecho Romano, mientras que el territorio septentrional se regía por el Derecho Germánico, subsistiendo esta separación hasta la promulgación del Código Civil, pues la unificación del Derecho fue decisión de la Asamblea Constituyente instalada por la Revolución.

En 1800 Napoleón designó una Comisión para que se abocara a la formulación de un Código Civil, integrándola con cuatro miembros: François Denis Tronchet, Presidente de la Corte de Casación; Félix Julien Jean Bigot de Préameneu, abogado; Jean-Marie-Etienne Portalis, funcionario administrativo, y Jacques Malleville, magistrado de la Corte de Casación, a la que le dio todo su apoyo y respaldo político hasta lograr su aprobación por Ley de 21 de marzo de 1804, bajo la denominación de Código Civil de los Franceses y que, posteriormente, en 1807 fue sustituida por la de Código Napoléon, hasta su supresión en 1814, a la caída del Emperador, que pasó a denominarse simplemente *Code Civil*.² Posteriormente, por Decreto de 1852, que según afirma Diego Espin³ no ha sido derogado, se restableció el nombre de Código Napoléon, aunque en la práctica se le continuara llamando simplemente *Code Civil*.

Se reconocen como fuentes del *Code Napoléon* al Derecho Consuetudinario que, inspirado en el Derecho Germánico, regía en el territorio septentrional de Francia; al Derecho Romano adaptado en las principales recopilaciones de textos de los juristas y que inspiraron las obras de Domat y Pothier, que imperaba en el territorio meridional; a las Ordenanzas Reales; y, a las Leyes de la Revolución.⁴

El Código Napoléon ha escrito De Buen,⁵ citando a Planiol, tuvo la suerte de ser hecho en el momento justamente más favorable: redactado antes, durante la Revolución, hubiera cedido con exceso a las pasiones revolucionarias, a los arrebatos políticos; redactado más tarde, se hubiera resentido de las severidades del régimen militar y del espíritu de reacción que se desarrolló cada vez más, por lo que ese dichoso concurso de las circunstancias le dio al *Code Civil* su cualidad dominante: el espíritu de moderación y prudencia que ha asegurado su duración.

Para sus críticos, el *Code Civil* no es ni reaccionario ni revolucionario, pero recibió el carácter de la época de su nacimiento. No es, pues, de extrañar — sigue

2 Vide de Carlos Ramos Núñez, El Código Napoleónico y su influencia en América Latina; de Rodolfo Batiza, Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el Derecho Mexicano y de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, A doscientos años del Código Napoleón, en Homenaje a Max Arias Schreiber Pezet.

3 Manual de Derecho Civil Español I, pág. 37.

4 Vide de Carlos Ramos Núñez, El Código Napoleónico y su influencia en América Latina y de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, A doscientos años del Código Napoleón.

5 Introducción al Estudio del Derecho Civil, págs. 151 y 152.

la cita de Planiol — que sea un Código individualista, burgués, laico y antifeudal. No es de extrañar tampoco que no sea reaccionario ni revolucionario, pero sí recibió el carácter de la época de su nacimiento. No es de extrañar tampoco que falte en él ese espíritu socializador, que tanto influye hoy en el Derecho Privado, y que ha adquirido su desarrollo durante el siglo XIX; ni lo es que, mirado desde las orientaciones obreristas de nuestro tiempo, haya merecido censuras. La gran virtud del *Code* es, pues, la de haber sobrevivido a las diversas circunstancias socio-económicas y políticas y mantener su vigencia hasta nuestros días, aunque con algunas enmiendas pero que no han modificado su estructura y sentido originales.

El *Code* Napoléon tiene un sentido didáctico, con un lenguaje claro, sencillo, sin abstracciones teóricas. Estas características le han generado críticas en cuanto que adolece de falta de técnica y de rigor científico. Sin embargo, estas mismas características las reconoce la doctrina como las cualidades que le han permitido su larga pervivencia y su permanente remozamiento por obra de la jurisprudencia, por lo que pese a más de sus dos centurias de vigencia, si bien han llevado a pensar en su relevo, los trabajos emprendidos para tales fines no han llegado a fructificar.

El articulado del *Code* consta de 2,281 numerales sistematizados en un Título Preliminar y tres Libros: De las Personas; De los Bienes y las distintas modificaciones De la propiedad; y de las diferentes maneras de adquirir la propiedad. De la división del *Code* se infiere que en el centro del sistema está la persona como titular de derechos de los cuales el fundamental es el de propiedad y, por eso, se caracteriza por su patrimonialismo.

El Código Civil de los Franceses, como hito histórico, ha sido el modelo que inspiró la codificación civil durante todo el siglo XIX y que se fue imponiendo, como señala García Amigo,⁶ por la razón de la fuerza — con las conquistas napoleónicas, explicamos nosotros — y luego por la fuerza de la razón. El Código Napoléon, como gran impulsor de la era de la codificación civil ejerció una poderosa influencia en los códigos europeos y en los de la América Latina a lo largo del siglo XIX.⁷ Su rol hegemónico fue absoluto y fue atenuándose luego de la promulgación del Código Civil alemán en 1896 y de su vigencia a partir de 1900.

El Código Napoléon es el de más larga permanencia, pues su vigencia ya superó los dos siglos de su promulgación. Su modernización es obra de la jurisprudencia francesa y tiene en su haber varios intentos de reforma que no han podido superar la valla de su calificación de monumento legislativo histórico.

2. EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN DE 1900

A fines del siglo XVIII y hacia la primera mitad del siglo XIX, el movimiento codificador en Alemania fue tomando cada vez más fuerza, llegándose a di-

6 Instituciones de Derecho Civil I. Parte General, pág. 93.

7 Vide, RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*.

versas codificaciones en algunos de sus territorios. Por entonces, se controvertía la codificación y en torno a su conveniencia se suscitó la célebre polémica entre Thibaut, quien era partidario de un código que tuviera como modelo el napoleónico, y Savigny, quien era el principal impugnador de la codificación y para quien el Derecho era un producto histórico y no una elaboración de gabinete que lo congelara.

Diversas causas retardaron, pues, al movimiento codificador en Alemania, una de las principales fue la espera de la búsqueda en que se empeñó la pandectística germana, al hurgar en los textos genuinos del Derecho Romano, y, la otra, la unificación del Imperio Alemán que se logró recién en 1870.

El Código Civil —denominado simplemente BGB— fue promulgado el 18 de agosto de 1896 y se le dio una *vacatio legis* de más de tres años, pues el inicio de su vigencia se dispuso para el 1 de enero de 1900.

Según Larenz,⁸ el BGB, que unificó los ordenamientos civiles en Alemania, fue consecuencia de la fundación del Imperio Alemán en 1871, que produjo la unidad política, pues hasta entonces el Derecho Privado se hallaba intensamente fraccionado al haberse promulgado diversos Códigos, como el de Bavaria en 1756, el de Prusia en 1794, el de Baden en 1809, el de Austria en 1811 y el de Sajonia en 1865. Para entonces había fructificado la gran corriente investigadora y sistematizadora del Derecho Romano por obra de Savigny, quien había atenuado ya su impugnación a la codificación, y a quien seguirían Puchta, Ihering y Windscheid, entre otros, con los que se había formado la Pandectística Germana que había replanteado el estudio del Derecho Romano acudiendo a sus fuentes genuinas. Por eso, la unificación del Derecho Privado mediante la promulgación de un Código Civil con vigencia en toda Alemania, como afirma Larenz, era uno de los anhelos del movimiento en pro de la unidad política.

El BGB fue, pues, consecuencia de un proceso político y, obviamente, de un proceso legislativo. Hubo una primera Comisión, que fue integrada por Windscheid, que trabajó entre 1873 y 1887, agrupando las disposiciones vigentes en los diferentes territorios alemanes y, haciendo una comparación de las mismas, se plantearon conceptos generales que permitieran darles cohesión, formulándose un primer proyecto que fue publicado en 1888. Este primer Proyecto fue duramente criticado, resumiéndose las críticas en que era producto de un mero trabajo de gabinete. Por ello, en 1890 se formó una segunda Comisión para corregir el Primer Proyecto tomando en consideración las críticas que se le habían formulado, dándose lugar a un Segundo Proyecto que fue terminado en 1895 y que se convirtió en el Código Civil alemán al alcanzar la sanción legislativa el 18 de agosto de 1896.

El Código alemán, como ya lo hemos indicado, se apartó de la sistemática seguida por el Código francés e introdujo la importante innovación determinada por la denominada Parte General, que constituye su Libro Primero y que comprende Personas, Cosas, Negocios Jurídicos, Plazos y Términos, Prescripción,

8 *Derecho Civil. Parte General*, pp. 18 y ss.

Ejercicio de los Derechos y Prestación de Seguridad, y, cinco Libros más que comprenden, respectivamente, Derecho de las Relaciones Obligatorias, Derecho de Cosas, Derecho de Familia y Derecho Sucesorio, todos precedidos de una Ley de Introducción. De este modo, quedó planteado un nuevo modelo de gran influencia a partir de su vigencia, razón por la cual consideramos que marca el segundo gran hito en la historia universal de la codificación civil.

La diversidad de fondo entre el Código Napoléon y el BGB es un hecho concreto, pese a que, como expone García Amigo,⁹ se pone en tela de juicio tal diversidad cuando se les enfrenta al sistema civil no codificado del *Common Law* y también al compararlos desde la ideología política a la que respondieron los sistemas de inspiración socialista, e, incluso, al comprobar la base institucional histórica, pues ambos incorporaron el Derecho Romano y el Derecho Germánico. Sobre esta incorporación nos permitimos indicar que, a nuestro criterio, se ahonda la diferencia, en razón de la interpretación del Derecho Romano que hace la Pandectística alemana. No obstante, como precisa el citado autor español, desde la perspectiva de la técnica jurídica hay importantes diferencias, pues frente a un Código realizado por jueces y abogados en ejercicio, como el francés, el alemán es la obra de profesores e investigadores que le incorporaron al BGB las construcciones teóricas de la Pandectística.

La doctrina, en general, ve en el BGB un código nada casuístico y redactado con una gran abstracción y elasticidad, así como con un gran rigor técnico, al extremo que se considera una obra redactada para que lo entiendan y lo apliquen los juristas. Responde a un orden económico privado existente al momento de su redacción y promueve el individualismo, pero dentro de los límites de lo jurídico y lo moral.

El Código Civil alemán ha sido ya objeto de una reforma en el tratamiento de las obligaciones que ha comenzado a regir desde el año 2002.¹⁰

3. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

Bajo la influencia del *Code Napoléon* y como resultado de la unificación de la península en el Reino de Italia, en 1865 se promulgó el primer Código Civil, cuya reforma, emprendida en 1917, concluyó con la puesta en vigencia del actual Código Civil, que constituye un modelo nuevo y que por eso marca el tercer gran hito en la historia de la codificación civil.

El proceso de su formulación, en su última etapa, se desarrolló bajo el predominio político del Fascismo y su vigencia se inició en plena Segunda Guerra Mundial. Como explica Messineo,¹¹ el Código fue publicado por Real Decreto

9 Instituciones de Derecho Civil I. Parte General, pág. 96.

10 Vide de Julio César Rivera, La Reforma del Código Civil Alemán, en Homenaje a Jorge Avendaño.

11 *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo I, pp. 69 y 70.

de 16 de marzo de 1942, constando de seis libros, que dictados primero separadamente, fueron después coordinados y reunidos, formando un *corpus* único, en vigor, como tal, desde el 21 de abril de 1942. En 1944 se le introdujeron modificaciones al producirse la caída del Fascismo y el cambio de régimen político, por lo que no obstante el período de su gestación y la fecha de su promulgación no se le califica de fascista, pues sin la menor dificultad ha continuado rigiendo en la Italia democrática.

El Código está estructurado en seis Libros, con un total de 2,969 artículos, siendo precedido por un Título denominado Disposiciones sobre la Ley, en general, que tiene 31 numerales, y seguido de 256 artículos de Disposiciones de Aplicación y Transitorias. El Libro I se ocupa de las Personas y de la Familia; el Libro II de las Sucesiones; el Libro III de la Propiedad; el Libro IV de las Obligaciones; el Libro V del Trabajo; y el Libro VI de la Tutela de los Derechos.

El Código italiano constituye el más significativo avance en cuanto a la unificación del Derecho Privado al haber absorbido y eliminado, para incorporarlas, materias que correspondían en buena medida al ámbito propio de algunos Derechos Especiales y, por ello, encarna la unificación del Derecho Privado y constituye un modelo para quienes propugnan la unificación del *Ius Privatum*, pudiendo considerarse, más que un Código Civil, un Código de Derecho Privado.

El Código italiano ha ejercido una relativa influencia en nuestro vigente Código Civil, pero no lo ha conducido a abarcar materias que en nuestro sistema siguen siendo Derechos Especiales.

Deudores al Extremo El Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM

*Enrique Varsi Rospigliosi**

*Claudia Canales Torres***

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 27 de Enero del 2007 se publicó en el Diario Oficial el Peruano la Ley n.º 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM, y con fecha 23 de Marzo del 2007 se publicó el reglamento de la referida ley, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2007-JUS. La gestión del referido registro está encargada a la Gerencia General del órgano de Gobierno del Poder Judicial y en el se dispone inscribir a aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También se inscribirán a aquellas personas que no cumplan con pagar pensiones devenidas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un periodo de tres meses desde que son exigibles.

Todos requerimos de alimentos para poder vivir. Estos in-

* Abogado por la Universidad de Lima. Dr., Mg., Prof. Hon. Mult. Profesor de la Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Martín de Porres. www.enriquevarsi.com

** Abogada por la Universidad de Lima. Asistente de Cátedra de Derecho Civil en la misma Universidad. Estudios de Maestría en Derecho Empresarial por la misma Universidad. Miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica S.A. Diplomado en Derecho de Familia por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

cluyen educación, vivienda, salud, vestido, recreación y todo lo necesario para el pleno desarrollo e integración de la persona en sociedad. Es un derecho por demás fundamental correspondiéndole al Estado exigir su cumplimiento. El sistema legal cuenta con medidas efectistas para ello: un proceso judicial sencillo, sanciones penales para quien no cumple (delito de omisión de asistencia familiar), medidas cautelares como impedimento de salida del país, embargos y retención de remuneraciones de hasta el 60%. Pero todo ello no fue suficiente para frenar el tremendo desinterés de los obligados en alimentos.

Esto motivó la creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM, que finalmente ha efectivizado el Poder Judicial publicando *on line* no sólo los nombres de los deudores de alimentos, sino también sus fotografías y demás datos para mayor conocimiento de la población. «Quien es capaz de deber alimentos es capaz de todo. Tengan cuidado con él», amerita ser la consigna indirecta de este registro, lo cual tiene ventajas pues no sólo funciona como una pena infamante sino que permite conocer la realidad en el cumplimiento de sus obligaciones naturales.

2. FUNDAMENTOS DE CREACIÓN DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS - REDAM

La creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM tuvo en su oportunidad básicamente los siguientes sustentos normativos para su creación:

- A) La Constitución Política del Perú en el numeral 22 del artículo 2 referido a los derechos fundamentales de la persona, establece el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, creando el marco conceptual de calidad de vida que debe ser protegido por el Estado.
- B) El Código Civil del Perú establece en su artículo 235, la obligación de los padres a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos. Asimismo reitera esta obligación cuando afirma en su artículo 287 que los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar u educar a sus hijos y en artículo 418 que por la patria potestad los padres tienen el deber y derecho de cuidar de la persona y bienes de hijos menores.
- C) Asimismo el Código Civil precisa la noción de alimentos en su artículo 472 cuando establece que se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. Este dispositivo hay que concordarlo con el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes, que contienen una definición de alimentos especial para este tipo de sujetos de derecho, considerando a todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y

capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente, así como también los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

- D) El Código Penal en su artículo 149 tipifica el delito de Omisión de Prestación de Alimentos, estableciendo que el que omite cumplir con su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si resulta lesión grave o muerte y estas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

En opinión del sector doctrinario que apoya la creación de este registro, la legislación actual no otorga mecanismos efectivos a las autoridades a efectos de conminar a los deudores alimentarios irresponsables para que se vean forzados a cumplir sus correspondientes obligaciones alimentarias.

El impacto negativo que genera el incumplimiento de la obligación alimentaria ocasiona que el propio Estado tenga que asumir el costo social de dicha irresponsabilidad, desviando recursos y esfuerzos que pueden ser utilizados en otras políticas públicas.

Si bien la Omisión de Asistencia Familiar se encuentra tipificada en la legislación penal, dicha tipificación no es suficiente, por cuanto no existe en la actualidad prisión efectiva como mecanismo disuasivo de dicha conducta negativa, por lo que es necesario crear otros mecanismos legales que permitan a las autoridades judiciales, a las entidades públicas y privadas y a la propia sociedad civil organizada, tratar de evitar el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, entendiéndose estas como responsabilidad de toda la sociedad. Estas consideraciones jurídicas en gran medida fueron la base o el sustento para la búsqueda de la implementación de este mecanismo coercitivo para los deudores alimentarios.

3. FUNCIONES DEL ÓRGANO DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL RESPECTO DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS - REDAM

La Ley n.º 28970 establece un nuevo estatus funcional del Órgano de Gobierno del Poder Judicial, en lo que concierne al Registro de Deudores Alimentarios Morosos, estableciendo en su artículo 2 las siguientes funciones específicas de dicha entidad:

a) Llevar un consolidado de los obligados alimentarios que hayan incurrido en morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias contenidas en sentencias consentidas o

ejecutoriadas o, acuerdos conciliatorios en calidad de cosa juzgada.

b) Expedir Certificado de Registro en el que se dejará constancia si la persona por la que

se solicita se encuentra o no registrado como Deudor Alimentario Moroso. En el primer caso, se emitirá "Certificado de Registro Positivo", el mismo que indicará el nombre completo del Deudor Alimentario, su número de Documento Nacional de Identidad, su fotografía, el monto adeudado y el órgano jurisdiccional que ordenó el registro.

4. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS - REDAM

Para este efecto, el procedimiento que se ha establecido por el artículo 4 de la Ley N° 28970 es el siguiente:

El órgano jurisdiccional que conoce o conoció el proceso de alimentos, previo a ordenar la inscripción, deberá correr traslado de la solicitud de inscripción al obligado alimentario por el plazo de 3 días. La solicitud será resuelta por el juez en el plazo de tres días, ya sea que exista o no respuesta del obligado alimentario.



La resolución que resuelva la solicitud de inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, podrá ser apelada, sin efecto suspensivo; debiendo resolver dicho medio impugnatorio dentro del plazo de 5 días útiles.



La solicitud de inscripción en el citado registro sólo podrá ser desestimada si el obligado alimentario ha cumplido con lo que se le reclama.



Se podrá solicitar la cancelación del registro, siguiéndose el mismo trámite que para la inscripción, salvo que se acredite fehacientemente la cancelación del monto total adeudado; en cuyo caso, el levantamiento de la inscripción es inmediato.



El órgano jurisdiccional, ya sea para la inscripción o cancelación de la inscripción, deberá oficiar al Órgano de Gobierno del Poder Judicial en un plazo no mayor de 3 días, luego de resolver la cuestión, a efecto de que se proceda a la inscripción o a la cancelación de la misma.

5. CONTENIDO DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS - REDAM

El artículo 3 de la Ley N° 28970 establece que el Órgano de Gobierno del Poder Judicial llevará un libro en el que asentará cada solicitud de inscripción de un deudor alimentario, en el que constarán los siguientes datos:

- a) Nombres y apellidos completos del deudor alimentario moroso.

- b) Domicilio real del deudor alimentario moroso.
- c) Número del DNI o el que haga sus veces del deudor alimentario moroso.
- d) Fotografía del deudor alimentario moroso.
- e) Cantidad de cuotas en mora parcial o total, monto de la obligación pendiente e intereses hasta la fecha de la comunicación.
- f) Indicación del órgano jurisdiccional que ordena el registro.

6. CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS - REDAM

El Registro de Deudores alimentarios morosos tiene básicamente las siguientes características principales:¹

- a. La gestión del registro corresponder al órgano de gobierno del Poder Judicial que, a nuestro parecer, ya tiene bastante carga como para agregarle otra tarea más.
- b. La información registrada es actualizada mensualmente y tiene carácter público.
- c. El acceso a la información del registro es gratuito y sin limitación alguna.
- d. El Órgano de Gobierno del Poder Judicial incorporará en su página web el vínculo correspondiente para tener acceso al registro de deudores alimentarios morosos sin limitación alguna.

7. ENTIDADES OBLIGADAS A BRINDAR INFORMACIÓN SOBRE LOS DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS

La norma establece una serie de entidades que tienen la obligación de brindar información respecto de los deudores alimentarios morosos a fines de la implementación del REDAM, de conformidad con lo establecido por los artículo 6 y 7 de la Ley N° 28970:²

a. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo remitirá al Órgano de Gobierno del Poder Judicial la lista mensual de los contratos de trabajo, que bajo cualquier modalidad, se celebren entre particulares, así como la de los trabajadores que se incorporen a las empresas del sector privado, a fin de identificar a los deudores alimentarios morosos que se encuentren registrados. Para este efecto también comunicará a los órganos jurisdiccionales correspondientes sobre esta situación.

1 LÓPEZ ZAPATA, Gabriela. «¿Resulta constitucional la implementación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos?». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, febrero, 2007, n.º 159, pp. 17-18.

2 LÓPEZ ZAPATA, Gabriela. *Op. cit.*, p. 18.

b. El Órgano de Gobierno del Poder Judicial proporcionará mensualmente a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la lista actualizada de los deudores alimentarios morosos a efectos de que se registre la deuda alimentaria en la Central de Riesgos de dicha Institución, así como en las centrales de riesgos privadas.

c. La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, deberá remitir al Órgano de Gobierno del Poder Judicial las listas de transferencias de bienes muebles e inmuebles registrables realizados por personas naturales, a fin de identificar a los deudores alimentarios morosos.

9. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

A este respecto, el artículo 8 de la Ley N° 28970 establece que las oficinas de personal, o las que hagan sus veces, de las dependencias del Estado, tienen la obligación de acceder a la base de datos, vía electrónica, o en su defecto, solicitar la información sobre las personas que ingresen a laborar, bajo cualquier modalidad al sector público, a fin de verificar que la información contenida en su declaración jurada, debidamente firmada por el trabajador, sea verosímil.³

El funcionario público que a sabiendas que el trabajador se encuentra inscrito en el registro de deudores Alimentarios Morosos, omite comunicar dicha situación dentro del plazo legal, incurrirá en falta administrativa grave sancionada con destitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil.⁴

El Reglamento de la Ley n.º 28970

En cuanto al Reglamento de la Ley 28970, Castro Trigos nos aclara los principales aspectos que esta norma trae consigo pueden resumirse en:⁵

1. El reglamento precisa que debe entenderse por deudor moroso a toda persona que se encuentra obligada a la prestación de alimentos en virtud de lo resuelto en un proceso judicial culminado, ya sea con sentencia consentida o ejecutoriada o por acuerdo conciliatorio con calidad de cosa juzgada, siempre que se encuentre adeudando, por lo menos, tres cuotas sucesivas o alternadas de sus obligaciones alimentarias.
2. Señala, asimismo, que tratándose de procesos judiciales en trámite, se considerará deudor alimentario moroso a la persona que adeude, por lo menos, tres pensiones devengadas en un proceso cautelar o en un proceso de ejecución de acuerdos conciliatorios extrajudiciales.
3. Indica que debe entenderse por Registro de Deudores Alimentarios Morosos al libro electrónico que registra la información judicial del deudor ali-

3 LÓPEZ ZAPATA, Gabriela. *Op. cit.*, p. 18.

4 LÓPEZ ZAPATA, Gabriela. *Op. cit.*, p. 18.

5 CASTRO TRIGOSO, Nelwin. *Boletín Legal Diario de Gaceta Jurídica del Viernes 23 de Marzo del 2007*. En <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/Marzo2007/boletin23-03.html>. Lima, 2007.

mentario moroso, incluyendo todos los datos a que se refiere el artículo 3 de la ley, cuya información tiene carácter público y es de acceso gratuito.

4. Establece una serie de condiciones que debe cumplir la declaración judicial de deudor alimentario moroso, tales como su iniciación a pedido de la parte beneficiaria de la prestación alimenticia, el adeudamiento de, por lo menos, tres cuotas y la presentación de la solicitud de deudor alimentario moroso.
10. CRÍTICAS A LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS - REDAM

La incorporación Registro de Alimentarios Morosos – REDAM ha sido objeto de críticas de diversa índole que han puesto en duda su eficacia como mecanismo para la tutela y protección de los intereses de los acreedores alimentarios disuadiendo las conductas que implican el incumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores alimentarios. Entre estas principales objeciones tenemos las siguientes:

10.1. Mecanismo poco coercitivo

En primer lugar, se recuerda que en la fase inicial de la norma ingresaron en la correspondiente legislatura del Congreso de la República tres proyectos de ley en similar sentido. En tales proyectos se contemplaban drásticas sanciones administrativas y algunas restricciones de derechos para los deudores alimentarios morosos. No obstante, en el resultado final, la ley, no existen sanciones reales y ejemplares para aquellos progenitores que incumplen con su obligación.

Así con el Registro de Deudores Alimentarios – REDAM, se centra la esperanza en que la sola amenaza de inscripción en tal registro inducirá a los obligados a cumplir. Por lo tanto, bien se puede considerar que la ley que crea este registro tiene un fin coercitivo. Está por verse, sin embargo, si realmente se logrará cumplir con el fin buscado.⁶

Y es que en efecto, no es una sanción real estar inscrito en el registro de deudores, ya que la ley no contiene ninguna sanción real y objetiva para el deudor alimentario moroso. El Registro de Deudores Alimentarios Morosos – REDAM, no sanciona al deudor alimentario; es decir, frente a un obligado reportado al registro, sólo obtendremos una sanción ética y moral, pues la ley carece de verdaderas sanciones o restricciones de derechos para el deudor alimentario moroso, quien no será afectado en nada por dicho reporte.

Para el efecto deseado de la norma, se tendría que incluir sanciones considerables que permitan un verdadero bloqueo al deudor alimentario que no le deje más alternativa que cumplir con la obligación establecida, sin la cual el deudor

6 ARIANO DEHO, Eugenia. «La tutela del acreedor por alimentos. Entre viejas y nuevas soluciones». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, febrero 2007, n.º 159, p. 13.

no podría desenvolverse socialmente en forma normal. A manera de ejemplos, se ha llegado a proponer, la privación de la licencia de conducir o que la existente sea revocada y que haya imposibilidad del deudor alimentario a obtener cargos públicos por designación o elección.

Discutible es que la ley sancione drásticamente con destitución del cargo al funcionario encargado que no hiciera el reporte de algún deudor alimentario moroso, situación altamente cuestionable y que se ha alegado incluso que atenta contra el derecho al trabajo, incluso totalmente desproporcionada en cuanto a la gradación de la falta y que por el contrario, para el deudor alimentario moroso no existe sanción alguna.

Así pues, como bien dice Ariano Deho, la ley termina dejando su coerción para el mañana y no para el inmediato, que es lo que movió a los legisladores de todos los tiempos a establecer un procedimiento ultrasimplificado para la fijación de los alimentos y la inmediata ejecutividad de las sentencias que los fijaran, que es como decir, que la ley poco o nada contribuirá a hacer más efectiva y rápida la tutela de los derechos alimentarios, que como es obvio no deberían aguardar ni uno ni dos ni tres meses para verse satisfechos.⁷

10.2. Mecanismo oneroso

Por otro lado, se ha alegado que en la práctica, a contrario sensu de lo dicho a la entrada en vigencia de la ley, la puesta en marcha del Registro de Deudores Alimentarios Morosos - RE7DAM, genera un fuerte gasto ya que se requiere la creación de un sistema especial, de personal especializado, y obviamente de la implementación de sistemas de informática para su propósito, pues sabemos que los Juzgados de Paz Letrados, quienes inyectarán el Registro, no cuentan con esto, además de los costos de publicidad estatal para la difusión de la ley, que son bastante altos. Al final, su implementación cuesta varios millones de soles, y en la relación costo-beneficio, el saldo sería en negativo, pues constituiría tanta inversión sólo para que algún deudor moroso se encuentre registrado. Eso además de los problemas prácticos y del costo que implica el almacén de las fotos de los deudores alimentarios, interconectando a los juzgados con el RENIEC. Todo esto convierte al Registro de Deudores Alimentarios Morosos - REDAM en un mecanismo muy oneroso para la poca eficacia práctica que representa.

10.3. Mecanismo con vacíos

En este Registro se inscriben aquellas personas que adeuden tres cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. Por lo tanto, el deudor moroso debe serlo respecto de una sentencia firme o un acuerdo conciliatorio judicial. Por lo tanto, la norma no contempla los supuestos de resoluciones que conceden una asignación anticipada que se presentan respecto de pensiones fijadas en el curso del proceso que no se cumplen. Es una

7 ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*, p. 16.

omisión de la ley que debe ser prevista o solucionada como una inscripción provisional.

También por ejemplo, se piensa en aquellos supuestos de conciliaciones extrajudiciales logradas, por ejemplo, en un Centro de Conciliación público o privado o en una DEMUNA. Son supuestos que no han sido contemplados en la norma a fin de darle solución.⁸

Asimismo, se pudo haber modificado el artículo 149 del Código Penal peruano referente al delito de Omisión a la Asistencia Familiar,⁹ pues creemos que algunos casos se tiene que dictar la detención del hechor, pues resulta un hecho inobjetable que en un casi 95%, cuando se dicta la orden de detención del sujeto activo, en muy corto plazo se obtiene el pago de mas de la mitad de lo adeudado, para de esta forma variara la orden de detención por la de comparecencia. Otra de las cuestiones que creemos faltó implementar en la cuestionada ley, fue la extensión de la norma hacia las embajadas o consulados de nuestro país en el extranjero, pues con el gran influjo de progenitores que viajan al extranjero por razones laborales, el cobro de la pensión a estos obligados se hace casi inejecutable.

10.4. Mecanismo atentatorio de derechos constitucionales

La norma trae consigo falta de límites al acceso y conocimiento de la información sobre los deudores morosos, la cual se tornaría absoluta e irrestrictamente pública, pudiendo violar, por lo menos en abstracto, el derecho a la intimidad, a la vida privada y a la autodeterminación informativa. En tal sentido, sin perjuicio de la necesidad de sopesar dicho bien jurídico con aquel que está contenido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, relativo a la protección de la familia, hubiera sido recomendable que los creadores de la Ley N° 28970 se preocuparan por establecer limitaciones al acceso a este tipo de información, evitando, de este modo, con el establecimiento de criterios adecuados y mejor ponderados, posibles lesiones a los derechos fundamentales de los deudores que, por el hecho de serlo, no dejan de ser sujetos de derecho protegidos por la legalidad constitucional.

Por otro lado, en cuanto atañe a la finalidad de la norma, la cual, evidentemente, es la de proteger el interés de los acreedores alimentarios, hubiera sido deseable que el legislador se planteara el interrogante de si la remisión de sus

8 ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*, p. 15.

9 Código Penal del Perú. Artículo 149.- Omisión de Asistencia Familiar: «El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte».

expedientes y datos personales a las centrales de riesgo, públicas y privadas, beneficia a los sujetos que ha querido proteger (los acreedores alimentarios), toda vez que, de este modo, se podría generar un efecto contrario: el de crear las condiciones para que los deudores alimenticios que, en la mayor parte de los casos, son morosos porque no tienen trabajo (o, teniéndolo, no resulta suficiente), agraven más su situación y, en consecuencia, perjudiquen aún más los intereses de sus acreedores alimenticios.

11. CONCLUSIÓN

Es deudor, quien debe. Obvio. Pero la norma y su reglamento fijaron que la inscripción se realice respecto de aquellos que adeuden tres o más cuotas, sucesivas o alternadas, de pensiones. Particularmente, debería registrarse el momento exacto del incumplimiento, a la primera. No aguardar la segunda ni menos la tercera, esto sólo favorece al alimentante. Puedo reducir la porción de alimentos, dejar de comprar ropa pero la salud y el colegio, pocas veces esperan.

La inscripción se realiza por mandato judicial a solicitud del alimentista o su representante. No cualquiera puede hacerlo, lo que resulta lógico y ahí se debe incidir a fin de evitar registros dolosos por personas sin legitimidad para hacerlo que, se quiera o no, va a suceder.

Por ello, no será difícil presagiar que pese a todas las previsiones que a lo largo del tiempo se han venido adoptando, la vía crucis de los acreedores de alimentos seguirá, pues son otras las medidas que hay que adoptar para revertir la general situación de inoperancia de nuestra ejecución judicial.¹⁰ Lamentablemente este esperado registro de momento no cumple con el fondo de lo que se publicitó inicialmente como alma de la ley, que no es otra que la búsqueda de tutela y protección de los intereses de los acreedores alimentarios.

Queda esperar que este registro prevenga las deudas alimentarias. Por lo pronto es clara su objetivo respetar el derecho a una vida digna y optimizar el cumplimiento del deber alimentario en forma efectiva.

10 ARIANO DEHO, Eugenia. *Op. cit.*, p. 16.

El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano

Roger Vidal Ramos* **

SUMARIO: 1. La Propiedad. 2. Derechos Reales y Derechos Obligatorios. 3. La Teoría del Título y Modo. 4. Sistemas Contemporáneos de Transferencia de Propiedad. 5. Sistemas Clásicos de Transferencia de Propiedad. 5.1 El Sistema Romano. 5.2. El Sistema Francés. 5.3. El Sistema Alemán. 6. El Sistema Peruano. 6.1. En el código de 1852. 6.2. En el código de 1936. 6.2.1. Posición de los Doctores Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle. 6.2.2. Posición de Alfredo Solís y Muro y Pedro M. Oliveira. 6.3. En el Código de 1984 (Posiciones de la doctrina nacional). 7. La Imperfección del Artículo 949 y la Inscripción Excepcional del Artículo 1135. 8 Desventajas del Sistema Consensual. 8.1.1. Los Costos de Transacción. 9. La Sociedad Agraria y el Crecimiento de las ciudades. 10. Conclusiones.

* En memoria de mi tío el doctor Uldarico Ramos Chávez.

** Socio Principal del Estudio Vidal, Melendres & Palomino Abogados (www.vmplegal.com). Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios. Profesor en las facultades de derecho de la Universidad Cesar Vallejo Lima Este, Universidad Autónoma del Perú y la Universidad de Huánuco. Es Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

1. LA PROPIEDAD

El Código Civil define la Propiedad, por su contenido jurídico, como «El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley» (artículo 923 del Código Civil).

La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, en segundo punto será la materia de análisis del presente trabajo, en primer lugar la propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: *usar, disfrutar, disponer y reivindicar*.

El doctor Avendaño nos ilustra de la siguiente manera: *usar* es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella.

Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

Disponer es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia.

La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuáles, en conjunto, configuran un *derecho pleno y absoluto*. Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos.¹

Creemos que la reivindicación se podrá ejercer cuando exista una amenaza o agresión al derecho de propiedad o cuando se discuta su titularidad, como en la prescripción adquisitiva o los interdictos de recobrar o de retener que se manifiestan en la defensa posesoria, de lo contrario el propietario no podrá ejercer la reivindicación, ya que sólo genera persecutoriedad sobre cualquier persona que atenta (habitante precario o poseedor ilegítimo) contra el derecho de propiedad, se ejercita la reivindicación en el momento preciso que el propietario se sienta o crea que es amenazado, por un sujeto ajeno a la situación jurídica entre el titular y la propiedad y por último si el propietario no se ve en la necesidad de defender su propiedad ante la amenaza de un tercero creemos que no será

1 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Código Civil Comentado. Por los Cien Mejores Especialistas. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, 1.^a Ed., tomo V, pp. 187-188.

necesario considerar como atributo de la propiedad a la reivindicación debido a que este atributo (reivindicación) no sería constante y que sólo se perfeccionaría en los momentos de ejercer la persecución del bien considerándole un atributo relativo y no absoluto.

Un sector de La doctrina nacional no comparte los atributos clásicos de la propiedad: el uso, disfrute, disposición y reivindicación (Jorge Avendaño sostiene que la reivindicación no es un atributo de la propiedad) Freddy Escobar Rozas nos indica que el derecho de propiedad tiene un contenido extenso, que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Sólo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de *usar, disfrutar y modificar la cosa*.²

La Doctrina nos señala cuatro características de la propiedad: *es un derecho real, un derecho absoluto, un derecho exclusivo y un derecho perpetuo*.

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado: **Universalidad**: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. **Exclusividad**: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad sólo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. **Transferibilidad**: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.³

Un sector de la doctrina sostiene que entre un sujeto de derecho y un bien (mueble o inmueble) existe un relación jurídica esta posición quedo obsoleta y errónea, sabemos que sólo se puede hablar de relación jurídica⁴ entre dos sujetos

2 ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Mitos en torno al contenido del derecho de Propiedad» En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año XI, n.º 22, p. 117. «i) La facultad de disponer y la de gravar son manifestaciones concretas del poder jurídico, que constituye una situación jurídica subjetiva distinta del derecho subjetivo. El poder de disponer y de gravar deriva de la relación de titularidad que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (en este caso, el derecho de propiedad). ii) la facultad de reivindicar es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, esto es, un instrumento que le permite al titular del mismo eliminar las consecuencias negativas derivadas de la violación, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no invadir la esfera jurídica ajena. En tal sentido, la facultad de reivindicar no forma parte del contenido del derecho de propiedad.

3 TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos, 1987, p. 49.

4 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extensiva y Caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p. 25. «La relación jurídica, como hemos visto, es el vínculo establecido entre dos o más personas, mientras que la situación jurídica es la que se configura en base

de derecho así tenemos que el derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, lo mismo es el contrato de compraventa donde interactúan el vendedor y el comprador.

Pero cuando tenemos un derecho real sólo se crea una *situación jurídica* entre el titular y la cosa, es decir el titular tiene un *poder o atribución sobre la cosa* y jamás podría existir un relación jurídica entre el bien o cosa con el titular del bien, sólo existe una situación jurídica o una atribución del propietario sobre el bien del cual ejerce un poder jurídico pleno.

El maestro Díez-Picazo nos dice «los sujetos de toda relación jurídica son siempre las personas entre quienes la relación se traba o se establece. Una relación jurídica es siempre una situación en la cual se encuentra dos o más personas. No es admisible, *en buena técnica jurídica, utilizar la idea de relación jurídica para aludir a la situación en que se encuentra una persona respecto a una cosa, una persona respecto a un lugar o varias cosas entre si. La relación jurídica es siempre relación entre personas*».⁵

Guillermo Borda nos indica que: i) *derecho real* es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella. ii) *derecho personal*, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica, que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida.⁶

La doctrina nos señala la teoría de la *obligación pasivamente universal*,⁷ que nos indica que la colectividad o los integrantes de la sociedad, tienen el deber

a la relación que vincula a las personas y a sus respectivos derechos subjetivos o deberes jurídicos, pero de modo permanente o duradero».

5 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUÍS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos, 1979, vol. I, p. 49.

6 BORDA A. GUILLERMO. *Manual de Derecho Civil-Parte General*. Buenos Aires: Ed. Abelardo Perrot, 1996. pp. 359-363.

7 *Ibidem*, pp. 362-363. «La concepción clásica de los derechos reales ha sido impugnada por Planiol. Sostiene el ilustre jurista francés que *la idea de que los derechos reales establecen una relación directa entre una persona y una cosa, es falsa porque una relación de orden jurídico no puede existir sino entre personas; esto es, afirma, una verdad axiomática y elemental para la ciencia del derecho*. Y si se profundiza el análisis de los derechos reales, se verá que también en ellos hay sujeto pasivo, entre los cuales, como en los derechos personales, se establece la relación jurídica. En nuestro caso, los derechos obligados serán todos los integrantes de la sociedad, que tienen el deber de respetar el derecho real, de abstenerse de todo hecho que lo perturbe; es, pues, una obligación de no hacer que pesa sobre el resto de la colectividad y que por ello puede llamarse pasivamente universal. De ahí se desprende que la diferencia entre derechos reales y personales no es esencial, sino que se traduce solamente en lo siguiente: mientras que en estos últimos el sujeto pasivo es determinado, en los primeros es indeterminado y de número ilimitado.

jurídico de respetar el derecho real, de la cual surge una obligación de no hacer que recae sobre la colectividad.

A entender de Borda, sostiene que no encuentra una razón por la cual el derecho objetivo no puede amparar una relación directamente establecida entre una persona y una cosa, y el derecho rige relaciones entre las personas, puesto que su campo de acción es precisamente la coexistencia humana. Pero ello no se opone de modo alguno a que proteja ciertos bienes del hombre, teniendo en mira precisamente una posible agresión por parte de los demás individuos. Y así como hay un derecho al honor, a la vida, etc., hay también un derecho sobre los bienes que sirven para la satisfacción de nuestras necesidades económicas. ¿Qué error hay en decir, en este caso, que existe una relación directa entre el titular y la cosa? Y es que, en efecto, hay una vinculación directa entre ambos, puesto que ninguna otra persona se interpone ni puede legalmente interponerse en el uso y goce de la cosa.

Tampoco satisface la idea de la obligación pasivamente universal como características de los derechos reales, puesto que el deber de respetar los derechos que tienen los miembros de una colectividad, existe tanto en el caso de los derechos reales como en el de los personales, y aun en los de carácter extramatrimonial.

Finalmente, esta concepción supone poner el acento en algo que es completamente secundario en los derechos reales; porque lo esencial y característico de estos no es la obligación pasiva que el resto de la sociedad tiene de respetarlos, sino el poder de goce y disposición que se reconoce al titular sobre la cosa.⁸

El derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor. En cambio, el derecho real sólo crea una situación jurídica entre el titular y la cosa.⁹

Se emplea en dos sentidos uno impropio y otro riguroso; en el primero, se refiere, en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Cuando se habla entonces de propiedad, se alude a todo aquel o cualquiera de ellos.

En el segundo, significa uno de los derechos patrimoniales sobre bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa, poder en cuya virtud esta -en principio- queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo.¹⁰ Con lo que sostenemos que entre una persona y un derecho real existen una situación jurídica, relación de dependencia del bien a favor de la persona, y la potestad que tiene el sujeto del derecho real sobre la cosa o el bien.

8 *Ibidem*, p. 366.

9 DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 11.

10 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I. Derecho de Bienes*. Barcelona: Librería Bosch, 1977, 3.^a Ed., vol. I, tomo III, pp. 243-245.

2. DERECHOS REALES Y DERECHOS OBLIGACIONALES

Los derechos patrimoniales se distinguen en dos grupos derechos reales y derechos de obligación (crédito) es necesario indicar algunas ideas que nos ayudaran a diferenciar estos derechos patrimoniales; los glosadores dividieron en *ius in rem* y el *ius in personam*, basándose en la oposición que había formulado el Derecho romano entre el *actio in rem* y el *actio in personam* es que se distingue entre derechos reales y derechos de obligación.

En los derechos reales, el objeto del derecho lo constituyen los bienes y las cosas, mientras que en los derechos de obligación el objeto del derecho lo constituyen las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Igualmente, los derechos reales giran alrededor del derecho de propiedad y sus desmembraciones, y la relación es entre el sujeto al que corresponde el derecho y el bien objeto de él, mientras que en los derechos de obligaciones la relación es de persona a persona, entre sujeto activo o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor; por lo tanto, la relación con las cosas es siempre indirecta a trastes de las personas comprendidas en la prestación, son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal.

Las consecuencias que se derivan de los derechos reales y de los derechos de obligación son también distintas. Así, la pérdida de la cosa en los derechos de propiedad importa la extinción del derecho, lo cual no sucede en todos los casos cuando se trata de los derechos de obligación, por cuanto ellos subsisten transformándose en la indemnización de daños y perjuicios. El derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. de otro lado, el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal.

Finalmente, debe destacarse que los derechos reales son oponibles a todos (*erga omnes*) y los derechos de obligación se caracterizan justamente por lo contrario, ya que son oponibles únicamente a un sujeto determinado, específico. De allí que a los primeros se les llama absolutos, y a los segundos relativos.¹¹

3. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO

No se puede dejar de hablar de derechos reales ni mucho menos de Transmisión de propiedad Inmueble en nuestra legislación sin dejar de mencionar y explicar la importancia de la teoría del título y el modo motivo por lo cual es necesario conocer la definición de título y modo, los cuales son legados del derecho romano y son numerosos sistemas jurídicos y legislaciones que adoptaron la mencionada teoría. Recalcamos que estos conceptos serán mencionados desde

11 FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Ed. Grijley, 2004, 3.^a Ed., pp. 8-9.

diversas concepciones de autores doctrinales nacionales y extranjeros durante la extensión del presente trabajo.

Título (palabra utilizada aquí, no en el sentido de documento, sino en el de *fundamento jurídico*) es el acto (por ejemplo, compraventa) por el que se establece la voluntad de enajenación (adquisición para la otra parte) del derecho;¹² y el **Modo**, es el acto (consistente, como he dicho, en la entrega, con ánimo de transmitirlo, de la posesión del derecho cuya enajenación se estableció) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente.

Sin *modo* subsiguiente, el *título* es insuficiente para producir la adquisición del derecho real y sin título previo, la entrega (el modo) no transfiere (hacer adquirir al que la recibe) el derecho real. Por ejemplo, si no hubo anteriormente contrato de compraventa, pero se entrega la cosa, el que la recibe adquiere su posesión (ya que esta es la tenencia efectiva de la misma, y esa la ha recibido), pero no se convierte en dueño (no adquiere la propiedad: derecho real).

Díez-Picazo, sostiene que la tradición por sí sola no sirve para transmitir el dominio, pues la entrega o la transferencia de la posesión es en sí misma un acto incoloro y ambiguo, al que sólo dota de sentido el negocio jurídico antecedente celebrado por las partes, que justifica la transmisión.¹³

El *título* es el acto del cual fluye la obligación de enajenar un inmueble determinado y el modo de transferencia,¹⁴ para nosotros el título es la fuente, la causa jurídica del contrato del cual deriva una determinada obligación y el modo la consecuencia que sería la transferencia de propiedad.

El proceso adquisitivo se produce, pues en dos etapas. En la primera, como consecuencia del Título, el futuro adquirente recibe ya un derecho de crédito a que el futuro transmitente le transfiera el derecho real de que se trate. Se está entonces en el campo del derecho de obligaciones. Uno puede exigir y el otro debe realizar una prestación: la conducta que consiste en transmitir el derecho real. En

12 ALBALADEJO, Manuel. *Ob. cit.*, pp. 138-139.

13 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos, 1983, vol. II, pp. 648-649. «Es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto completo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Sólo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son válidos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se ha existido *traditio*, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propiedad, de modo que el tridente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reivindicatoria, tanto frente a los posibles poseedores» (subadquirientes de éste).

14 VEGA MERE, Yuri. (Ideas vertidas al autor en correspondencias por mail) «que la ley en mi concepto, el propio artículo 949 que toma como título el acto y la ley que actúa como mecanismo de transmisión de la titularidad. Por supuesto, existen excepciones como es el caso de la venta de bienes genéricos o de bienes ajenos, por ejemplo, que impiden que la ley atribuya un efecto real al acto del cual surge la obligación.

la segunda etapa, el enajenante cumple su obligación, que consiste en realizar el modo o acto transmitido del repetido derecho.¹⁵

La doctrina peruana se encuentra dividida en *dos sectores*: uno de ellos opina que el sistema peruano de adquisición de la propiedad esta articulado en la aplicación de la teoría del título y el modo para el caso de los bienes muebles y la aplicación del principio de la transmisión *solo consensus* para el caso de los bienes inmuebles; *el otro* sector sostiene que tanto para el caso de los bienes muebles como para el de los bienes inmuebles debe aplicarse la teoría del título y el modo.¹⁶

En los bienes muebles se establecen que si es posible la celebración de dicho tipo de contrato, en tanto la transferencia de propiedad inmueble opera en dos momentos: uno que refiere al título (*que genera el efecto obligatorio*) y otro que se produce con el modo (*que transfiere la propiedad*), es así que no resultara necesario que en el momento de la suscripción del título el vendedor sea propietario, lo que si será indispensable al momento de la tradición.¹⁷

Hugo Forno, nos ilustra, como se sabe, en el derecho romano existía una clara separación entre lo que hoy se conoce como el título y el modo. *El título era la justificación jurídica en cuya virtud se sustentaba un desplazamiento patrimonial, y el modo el mecanismo establecido por el derecho para producir tal desplazamiento.*¹⁸

4. SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE TRASFERENCIA DE PROPIEDAD

En el derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: el *sistema de la unidad del contrato* y el *sistema de la separación del contrato*. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El

15 ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. I, tomo III, pp. 138-139.

16 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 23-24. El primer sector argumenta que toda obligación se cumple mediante la ejecución de una prestación, que es un comportamiento o actividad del deudor y que el artículo 949 el código civil, al establecer que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor -como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble- debe ser entendido en el sentido que esa transmisión no deriva del cumplimiento de una obligación sino que emana directamente del contrato, sin que sea necesario el expediente de crear una obligación, (Tesis sostenida por Hugo Forno) y otra posición es la de sostener que en la compraventa inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haberse perfeccionado su adquisición (tesis Jack Bigio).

17 BELTRAN PACHECO, Jorge. «La ineficacia del acto jurídico». En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Lima: Gaceta Jurídica, año 1, n.º 6, p. 6.

18 FORNO FLOREZ, Hugo. «El contrato con efectos reales». En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993, n.º 7, n.º 79, pp. 77-87.

segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad.¹⁹

4.1. Sistema de Unidad del Contrato

4.1.1 Sistema transmisivo de la causa única

Que establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga publica la adquisición de la propiedad; es decir el solo consentimiento (simple acuerdos de voluntades) es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario; en efecto en los denominados sistemas de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para — producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios— está en la capacidad de producir efectos reales. *Dentro de este sistema encontramos el siguiente sub-sistema.*

4.1.2. Sistema consensual o espiritualista

Virtud del cual sólo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su mas lato grado la autonomía de la voluntad (*hoy autonomía privada*) es aquella posibilidad que tiene la persona como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico.²⁰

Inspirados en este sistema ubicamos: al sistema italiano (artículo 1376 de su Código Civil), el sistema francés (artículo 1138 de su CC), el sistema portugués (artículo 408 de su CC), el sistema mexicano (artículo 2014 de su CC), el sistema venezolano (artículo 1161 de su CC).

4.2. Sistema transmisivo de doble causa

Nos indica que el contrato no es suficiente para generar la transferencia de propiedad y que necesariamente requiere un signo o modo de reconocibilidad social cuya finalidad consista en publicitar a la colectividad de la adquisición del derecho de propiedad. Los denominados sistemas transmisivos de doble causa, consideran a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, estos sólo pueden producirse a través de «actos de disposición». En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina «acto de obligación», «título» o «causa remota» (ej., el contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el «acto de dispo-

19 ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El contrato con efectos reales». En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, año XIII, n.º 25, p. 46.

20 VEGA MERE, Yuri. *Contratos de Consumo*. Lima: Grijley, 2001, p. 27.

sición», «modo» o «causa próxima», por medio de éste la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquiriente (ej., la tradición, la inscripción, etc.).²¹ Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas.

4.2.1. Sistema real o de tradición o sistema de la unión del título y el modo

Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 del su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (artículo 178 de su C. C.) y sólo para la transmisión de que bienes recoden este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.) y el sistema peruano (artículo 947 de nuestro código civil valido para muebles).

4.2.2. Sistema registral constitutivo no convalidante.

En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado sólo para inmuebles por el sistema brasileño (artículo 676 de su C.C.).

4.3. El sistema de separación del contrato

El sistema de separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en *Alemania del siglo XIX*²² la teoría del título y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir, existen dos contratos o actos jurídicos, uno que produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real.²³

21 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994, n.º 30, 1994, p. 160. «En la teoría de la doble causa el «acto de obligación» (título) y el «acto de disposición» (modo), son dos actos distintos pero dependientes».

22 ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El contrato y los efectos reales». *Ob. cit.*, p. 49. «En la Alemania del siglo XXI aún tenía apogeo la teoría del título y el modo, que había hecho suya la primera interpretación y que evidentemente había debilitado a la vieja *traditio* romana. Con la promulgación del *Code*, esta última sufrió un mayor debilitamiento, en tanto que fue expresamente eliminada como requisito para que se produzca la transferencia de propiedad».

23 LARENZ, Kart. «Derecho de obligaciones». Madrid: *Revista de Derecho Privado*. Citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El contrato y los efectos reales». *Ob. cit.*, p. 50.

Así, a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese invalido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquirente del bien con el derecho de propiedad. Ubicamos dentro del sistema de Separación del Contrato dos sistemas: El Sistema Registral Constitutivo y El Sistema Real Abstracto. Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano.

5. SISTEMAS CLÁSICOS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD²⁴

5.1. El sistema romano

El Ilustre y recordado Maestro Max Arias-Schreiber Pezet, nos menciona que en Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: (i) la *mancipatio* y (ii) la *in jure cessio* para las *res Mancipi* y la (iii) *traditio* para las *res nec Mancipi*.

Según Cayo, eran *res Mancipi* las cosas mas preciosas: "los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rusticas."²⁵

Eran *res nec Mancipi*, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes, la *mancipatio*, que se empleaba para la enajenación de las *res Mancipi*, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos "en una balanza, las librepens, que deberían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago, además debían pronunciarse formas sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.

La *in jure cessio* utilizada también para la transferencia de las *res Mancipi*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanada a ello. La *traditio* (tradición) era empleada para alinear las *res nec Mancipi*. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe).²⁶

24 BELTRÁN PACHECO, Jorge. «Exorcizando el espiritualismo: registro vs. consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2001, n.º 38, pp.81-85. «Los sistemas de transferencia de propiedad existentes en la doctrina han sido reunidos, clásicamente, en tres grandes sistemas: el sistema romano de transferencia de propiedad o de la tradición; b) el sistema espiritualista o francés; y, c) el sistema alemán o del registro.

25 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, tomo IV, p. 307.

26 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Ob. cit.*, p. 308.

En Roma la voluntad ni la obligación²⁷ podían transmitir por sí sola la propiedad, para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la *iure cessio*) o material (como la *traditio*) con el transcurso del tiempo, los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente operó a través de la *traditio*.²⁸

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de los derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no sólo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa.²⁹

Concluimos con mencionar que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad y era necesario un acto material como en la *mancipatio*, en la *cessio in iure*, en la *traditio* usucapión, la transmisión de la propiedad inmueble se ejercía primero con el título y luego con el modo.

27 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil, primera parte, vols. I y XVI, tomo I, pp. 371-372. «El vendedor no se obliga a hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación de hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación formal; su obligación se limitaba a hacerle tener la cosa vendida, es decir, a probarle la pacífica posesión a título de propietario». (En Roma y el antiguo Derecho francés, la venta no tenía por efecto, de parte del vendedor, sino el de crear contra él la obligación de procurar al comprador el libre disfrute de la cosa, y no la propiedad misma).

28 CUENA CASAS, Matilde. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de derechos reales*. Barcelona: Bosch, 1996, pp.42 y 43. Citado por: ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El contrato y los efectos reales». *Ob. cit.*, pp. 46-47. La diferencia de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, que suponía la existencia de una voluntad dirigida a transferir la propiedad, la *traditio* no suponía necesariamente la existencia de tal voluntad, pues podía servir también para transferir otros derechos reales (uso). En tal sentido, a efectos de que la *traditio* pudiera provocar la transferencia de propiedad, se exigió que la misma estuviese acompañada de un *animus* específico (*animus trasferendi et accipiendi domini*), que demostrare la voluntad del *tradens* y del *accipiens* de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la cosa. Aparentemente, sin embargo, también se exigió que la *traditio* estuviese precedida de una *iusta causa*, esto es, de una justificación del *animus* en cuestión, que dejara claro el motivo por el cual se realizaba la transferencia de propiedad: *pro emptio*, *pro donatio*.

29 BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: Ed. Perrot, 4.^a Ed., p. 192.

La separación del contrato en dos momentos en Roma,³⁰ no fue por un simple capricho, la razón se justificaba de establecer un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Una publicidad que permite conocer a la comunidad de las transferencias de propiedad realizadas.

5.2. El sistema francés

Según el código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (*consensus*); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino sólo de poner al adquiriente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento.

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan.³¹ Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (*convención*), sin necesidad de la tradición (*entrega*); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento.

El consentimiento viene a reemplazar la tradición, pues las partes entienden que se realiza la tradición cuando así se obligaron. De esta manera, el sistema francés considera que vender es enajenar, y Planiol, dice que ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad, y que hoy se confunden,³² el comprador pasa a ser propietario y acreedor al mismo tiempo, acreedor dentro de la relación obligatoria y propietario por la misma razón, sin mas, no es necesario otro requisito más que la voluntad de las partes contratantes.

Los hermanos Maseaud, sostienen diversas disposiciones del Código Civil afirman el principio de la transmisión *solo consensus* (por el simple consentimiento), la voluntad, toda poderosa para crear obligaciones, es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales, *el contrato además de su efecto obligatorio, posee un efecto real*; la

30 FORNO FLORES, Hugo. *Ob. cit.* p. 80. «A partir de Justiniano se amplía el concepto de *contractus* para comprender no sólo a los acuerdos bilaterales constitutivos de obligación, sino también a los acuerdos bilaterales que constituyen o transfieren derechos reales, pero advertido el diferente efecto que producen ambos tipos de acuerdo, en cuanto que unos constituyen la causa de la atribución, se acentúa en el derecho común la necesidad de mantenernos diferenciados y se designa a los primeros con el nombre de *titulus adquirendi* y a los segundos con el de *modus adquirendi*».

31 PLANIOL, Marcel y Jorge RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Madrid: Ed. Civitas, 1988, tomo III, p. 111.

32 *Ibidem*, p. 534.

compraventa, por ejemplo, no sólo crea obligaciones entre las partes, sino que el transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida.³³

La entrega es importante, pero esta entrega no transmite el derecho real, la entrega se justifica no para adquirir o transmitir el derecho, sino porque este ha sido ya transmitido o adquirido, es tradicional la opinión de Albaladejo, *al sustentar que la entrega es un simple traspaso posesorio y no una tradición*³⁴ (entrega de la posesión con animo de transferir el derecho de la cosa), con ello demuestra que en el sistema francés, uno es propietario con el solo consentimiento, y que la entrega de la propiedad es un simple traspaso posesorio del bien, con el fin de que el propietario pueda ejercer sus potestades de propiedad sobre el bien.

El Código Civil Francés tomando como base el principio de la voluntad, considera que el simple acuerdo entre las partes es suficiente para que se realice la transmisión de la propiedad.³⁵

La voluntad del individuo es considerada como instrumento todo poderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser el contrato.³⁶ El código de Napoleón marco el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico; en consecuencia, protegió fundamentalmente a los adquirentes convertidos de manera inmediata en propietarios, mientras el transmitente sólo podía ejercer las acciones personales o de impugnación del contrato.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación, conforme a este sistema la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, *“la obligación nace y muere sin solución de continuidad”*.³⁷

33 MASEAUD, Henri y León y Jean MASEAUD. *Lecciones de Derecho Civil-Derechos Reales Principales (El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones)*. Buenos Aires: Ed. Jurídica Europa-América, 1960, Parte Segunda, vol. IV, pp. 323-324.

34 ALBALADEJO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 234.

35 VÁZQUES RÍOS, Alberto. *Los Derechos Reales: la propiedad*. Lima: Ed. San Marcos, p. 100.

36 FORNO FLÓREZ, Hugo. *Ob. cit.*, p. 81. «La propia idea de libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad)».

37 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Ob. cit.*, p. 412. «Se considera perfecta y ejecutable en el mismo momento de su formación. El consentimiento decía Bigot-Preameneu, perfecciona por sí solo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil, y Marcade agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición trasfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí un tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio.

El Sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: i) la inscripción que contendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, ii) el registro sería personal, iii) los actos celebrados intervivos necesariamente deberían ser inscritos, iv) la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias, v) los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmuebles, vi) de un lado, se llevaría un registro de hipoteca y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

En conclusión el derecho francés desarrolla un sistema de transmisión y adquisición de derechos reales distinto del sistema dual (título y modo) por lo cual sólo se basa en el *solo consensus* es suficiente para adquirir la propiedad de un bien inmueble, una vez transmitido el derecho de dominio como efecto inmediato del contrato, la obligación del vendedor consistirá en permitir la posesión real y efectiva del bien, en propiedad del comprador.

5.3. El sistema alemán

La transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la *Ausflassung*, que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de "*auflassung*" emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que este al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El "*Auflassung*" también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la "*in iure cessio*" era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del accionante entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro.

El que compra una cosa quiere adquirirla no sólo para aprovecharse de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente y para disponer de ella; por lo tanto, con la sola entrega de la cosa el vendedor no ha cumplido su obligación totalmente: está obligado a proporcionar la propiedad sobre ella. La transmisión de la propiedad está regulada en el derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige la entrega y el acuerdo de ambas partes de "transmitir la propiedad" no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato "real" diferente, cuyo único contenido es que la "*propiedad sea transmitida*", este contrato real es independiente del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato «abstracto».³⁸

En el sistema germano de la separación del contrato (artículos 873, 925 y 929 del Código Civil Alemán) el consentimiento no es suficiente para la traslación

38 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad». En *Folio Real*, febrero 2002, año III, n.º 7, p. 104.

de la propiedad y esta se produce desdoblada, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesaria la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales.³⁹

6. EL SISTEMA PERUANO

El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del artículo 949 del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el artículo del Código Civil de 1936 que a la letra regulaba *"la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario"* norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del título (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados.

6.1. En el Código de 1852

Este código es influenciado eminentemente por el Código de Napoléon, en el cual considera que sólo el consentimiento *consensus* era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa "aun antes de su entrega y pago del precio", debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración.⁴⁰

6.2. En el Código de 1936

En este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, en el que se ratifica el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, pero exclusivamente para bienes inmuebles: **Artículo 1172.-** *"la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario"*.

No podríamos hablar del sistema de transferencia de propiedad inmueble en el código de 1936, sin dejar de mencionar los ilustres e intensos debates de la comisión

39 ARIAS SCHREIBER-PEZET, Max. *Exégesis*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, tomo II, p. 25.

40 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Ob. cit., p. 407.

Redactora del Código de 1936.

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema todavía imperante, *sustentado en el simple consentimiento*, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

6.2.1 Posición de los doctores Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle a favor del sistema francés o declarativo

El doctor Olaechea, consideraba que el sistema mas favorable a adoptar en el país era el sistema francés, y consideraba que *el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad no era un sistema adecuado*, ya que la tradición puede revestir las mas deformas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de las inscripciones, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad.

La institución del registro fue implanta en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que no son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación recurrirá, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es *imperativo prescindir del sistema germánico* que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo el primer valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por si solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

6.2.2. Posición de los doctores Alfredo Solf y Muro y Pedro M. Oliveira a favor del sistema constitutivo

Para el doctor SOLF Y MURO propuso una dualidad de sistemas. "Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros, los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a las reglas semejantes a las que se contiene en nuestro Código Civil."

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios *del Sistema Torrens o del Germano* a un conjunto considerable de bienes inmuebles,

que llegan a 24, 876 urbanos, 21, 398 rústicos y 3, 041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, numero que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

Complementando la propuesta del *doctor* Solf y Muro, el doctor Pedro M. Oliveira, dice «urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza».

La comisión reconoció la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que *constituye un propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta*. La inscripción no asume mas valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad.

Por lo anteriormente expuesto, es de resaltar que las discrepancias surgidas sobre el sistema de transferencia de propiedad inmobiliario peruano, tiene sus antecedentes en la comisión revisora de 1936.

6.3. En el Código de 1984

A continuación nos ilustraremos de la destacada doctrina nacional, esperando poder transmitir las principales ideas y críticas mas importantes, reiterando nuestras limitaciones en referencia de ilustrar perfectamente las opiniones, criticas (a favor o en contra de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble) de autorizados juristas nacionales que no pudieron dejar de participar con brillantes exposiciones sobre tan polémico tema de transferencia de propiedad inmueble en el derecho civil patrimonial peruano.

Cabe resaltar que nos limitaremos a mencionar las principales ideas y aportes, de los siguientes juristas:

6.3.1. Posición de Jack Bigio Chrem

Para el profesor Bigio entiende, los contratos sólo tienen una eficacia obligatoria, es decir generan la obligación, el contrato de enajenación es al mismo tiempo, título y modo, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo (*refundiendo, por tanto, el título y el modo en un instante cronológico*), por lo menos así sucede entre las partes contratantes. *Pero si existe un conflicto entre dos compradores que han adquirido el mismo bien inmueble de parte de un vendedor común, la situación se resolvería a favor del primer inscribiente, con lo cual, en esta situación excepcional de incertidumbre jurídica, sería la inscripción la que atribuiría la propiedad, y en consecuencia, tendría carácter constitutivo.*⁴¹

41 BIGIO CHREM, Jack. *La compraventa y la transmisión de propiedad*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 94.

Para el profesor Bigio, el contrato es a la vez título y modo de adquisición, de lo cual su posición representa a la unidad del contrato de la transferencia de bienes inmuebles. El contrato (de compra venta) sirve, por un lado, de título, en tanto perfecciona la adquisición (del comprador), lo cual nos indica que para Bigio el contrato transfiere directamente la propiedad inmueble, aceptando que el solo consentimiento de las partes convierte al comprador en propietario.

6.3.2. Posición de Miguel Torres Méndez⁴²

El profesor Torres nos indica que el artículo 1529⁴³ del Código Civil consagra el régimen del título y el modo en referencia a manera de la transferencia de propiedad inmueble, la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, no es traslativa sino obligatoria (*no opera como consecuencia directa del contrato sino como consecuencia de la entrega del bien realizada en cumplimiento de un título válido*), para la constitución de la compraventa es necesario a su vez la celebración de la compraventa, esto quiere decir, pues, que la transferencia inmobiliaria se consigue con la sola celebración de dicho contrato.

El doctor Torres, sostiene que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio, "el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con el, obligación que la ley da por ejecutada". Para el mencionado profesor algunos contratos determinados para la transferencia de propiedad, requieren de una actividad concreta (modo), que sería la entrega en el caso del contrato de compraventa.

En el régimen consensualista no hay título y modo que se confundan porque en el no es necesario que se den dos actos para que opere la transferencia de propiedad, como ocurre en el régimen del título y el modo; *la propiedad se transfiere mediante un solo acto: el acuerdo de voluntades.*

6.3.3. Posición de Hugo Forno Flórez

A entender del doctor Forno indica que el contrato es susceptible de producir efectos reales, pues el artículo 1351 del Código Civil establece que aquel tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, el cual no se agota en la obligación, en tanto que existen situaciones jurídicas subjetivas distintas del debito y el crédito y también expone una crítica al sistema espiritualista francés cuestionando sobre el efecto traslativo del

42 TORRES MÉNDEZ, Miguel. «La transferencia de propiedad de los bienes incorpóreos en el Código Civil». En *Derecho*. Lima, diciembre 1991, n.º 45, p. 163.

43 Este autor empieza recordando el problema interpretativo que surge entre los artículos 949 y 1529 del Código Civil. Por este último, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador, y éste establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del inmueble. Según esta norma, la compraventa inmobiliaria es traslativa y no obligatoria. Ello establece que la transferencia se produce sin que sea necesario el cumplimiento o ejecución de la obligación de enajenar, sino basta únicamente que se haya constituido dicha obligación. Citado por: GONZALES BARRON, Günther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, p. 302.

contrato en el cual el legislador francés se olvidó de atribuirle al contrato el efecto traslativo.⁴⁴

Si la obligación es absolutamente inútil, pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación-cumplimiento, ya que el pago de tal obligación se produce con independencia de toda actividad del deudor, por el hecho de su misma existencia; ella se paga por sí misma, es su propio cumplimiento, *el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad*, la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles determinados deriva directamente del contrato, o que se sostenga que el contrato genera la obligación de enajenar y que esta obligación transmite el referido derecho.

El profesor Forno concluye manifestando que la transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Siendo que Hugo Forno, atribuye el carácter traslativo y no obligacional en la transferencia de bienes inmuebles, advirtiendo que el cumplimiento de una obligación requiere de una actividad del deudor, pues precisamente esto es la prestación. Por lo cual el artículo 949 no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, debe entenderse que dicha transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación (la de enajenar a que hace referencia el dispositivo), sino que surge directamente del contrato. No existiría, pues, un modo para que opere la transferencia, a ese efecto bastaría el título.

6.3.4. Posición de Gastón Fernández Cruz

El doctor Fernández en forma precisa nos indica la preferencia que profesa sobre el sistema espiritualista francés constitutivo y justifica su posición de la siguiente manera: «en nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.⁴⁵

44 FORNO FLOREZ, Hugo. *Ob. cit.* p. 84. «En nuestro caso, la ley establece que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor —como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble— por lo que no cabe que este transmisor derive directamente del contrato sin que el expediente cree una obligación».

¿De qué obligación puede hablarse en el caso del artículo 949 del Código vigente? Se trata de una obligación que consiste en transmitir el derecho de propiedad, lo que supondría una actividad material del deudor consistente en dar, hacer o no hacer (que es la prestación) a través de la cual se produzca dicha transacción (cumplimiento). La prestación siempre es contenido u objeto para quienes prefieren un enfoque distinto de la obligación. Pero, en este caso, el interés del sujeto activo queda satisfecho mediante la obtención del derecho de propiedad y esa obtención se logra automáticamente sin necesidad de ningún acto material del sujeto pasivo.

45 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Ob. cit.*, p. 152.

En todo sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble existen tres finalidades: El permitir una circulación ágil de bienes y servicios, El reducir el número de adquisiciones *a non dominio* y El dar seguridad jurídica

Motivo por lo cual el profesor Fernández, nos explica que el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble mas adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquel que traduce –en términos económicos- la opción mas conveniente para *maximizar la circulación de la riqueza*, dado el *carácter eminentemente agrario de la economía nacional*.⁴⁶

El Sistema de Transferencia de dominio perfecto es aquel que conjuga las tres finalidades: a) la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, b) la reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación, c) la reducción o eliminación, de ser esto ultimo posible, de todo riesgo de adquisición de un *nom domino* o de perdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

El artículo 949 del Código Civil, lejos de adoptar la teoría del título y el modo, le otorga al contrato (su finalidad traslativa) la virtualidad de transferir directamente la propiedad.⁴⁷

6.3.5. Posición de Alfredo Bullard González

El doctor Bullard desde su perspectiva del análisis económico del derecho nos brinda nuevas e interesantes propuestas y reflexiones sobre el sistema de transferencia inmobiliaria en el Perú; un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe cumplir con dos objetivos. *En primer lugar*, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficientes posibles, haciendo fácil contratar. *En segundo lugar*, debe eliminarse o reducir el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir generar seguridad jurídica para los adquirentes.

La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros.⁴⁸

Los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes es que reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son, a su vez, un costo de transacción (porque implican pagar, al registrador, al abogado) se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

La posición de Fernández Cruz, sobre los costos de transacción, elimina ciertos costos, pero el problema es que genera otros costos, como consecuencia

46 *Ibidem*, p. 159.

47 *Ibidem*, p. 173.

48 BULLARD GONZALEZ, Alfredo. «Sistemas de transferencia de propiedad». En *Derecho y Economía*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 156.

de aliviar los primeros. Básicamente, se genera el *costo de incertidumbre*. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre mas barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre.⁴⁹

Un sistema registral constitutivo tiene reglas claras. Es como la isla que se ve lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. Mientras que en el consenso debo confiar: (1) que la persona que me esta vendiendo es el propietario; (2) que no le haya vendido a otro; o (3) que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello sólo genera inseguridad. La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.⁵⁰

Para Bullard el controvertido artículo 949 CC, por la cual la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es complementaria incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros.

Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quien goza de la titularidad ara la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema seria evidente.

49 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ob. cit.*, p. 146. «La incertidumbre de saber si compro o no compro un bien hace que se celebren menos contratos, que haya menos circulación de riqueza y menor dinamismo, impidiendo la maximización de las operaciones y transferencias».

50 *Ibidem*, p. 151. «El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos. Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije es el valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije viene a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad, *de exclusión* más perfecta y, por tanto, más valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos, entonces, ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad. *Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total.*

Pero cualquier abogado⁵¹ sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Para el profesor Bullard, el artículo 949 se refiere a una «propiedad relativa», pues finalmente el agente económico racional sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalón en el camino, pero de ninguna manera el fin del viaje, y que la aplicaron coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 pareciera cumplir con los otros requisitos, los cuales son el de reconocibilidad al registro y se concede a este el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros.

6.3.6. Posición Max Arias-Schreiber Pezet⁵²

El recordado Ilustre Maestro Arias-Schreiber Pezet, nos menciona, que el artículo 949 del código civil se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por el para que no solamente se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y surgió un derecho al bien para el acreedor (*ius ad rem*), sino que simultáneamente este adquiere la propiedad (*ius in re*).

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto en contrario de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil, a este respecto es preciso puntualizar que la

51 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ob. cit.*, pp.156-157. «Imaginemos que un cliente acude a un estudio de abogados y pregunta a uno de sus integrantes desde qué momento sería propietario. Éste le dice que según el artículo 949, es propietario desde que celebra el contrato. El cliente sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que éste está ocupado por un tercero, el mismo que tiene su derecho inscrito. Al pedirle su título de propiedad el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que él celebró. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebró ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública, quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene, queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante, el cliente se da con la sorpresa de que el Poder Judicial le da la razón a la otra parte. El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del derecho en la realidad. En el trasfondo de la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿a partir de cuándo poder yo excluir a los demás? Para fines prácticos, esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado propiedad? Como vimos en el ejemplo las respuestas a estas dos preguntas.

52 ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max. *Ob. cit.*, pp. 293-327.

expresión salvo disposición legal diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135⁵³ del Código Civil.

La propuesta del doctor ARIAS SCHEREIBER-PEZET nos parece muy importante y acertado en efectos de aplicarse en una reforma registral en nuestro país entre los puntos importantes a la propuesta ubicamos: la implantación del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se lograra determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño, Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible. Entre las principales virtudes del sistema catastral propuesto por el maestro tenemos: i) Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario, ii) impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco frecuentes. La imperfección del sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad, iii) evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios, iv) evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el registro, v) suprimirá la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles; situación tan común en nuestro medio, vi) debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcción por usurpadores, vii) permitiría la identificación de la tierras abandonadas, viii) promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentaría su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles, ix) mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación y, aun la venta de lo ajeno. Es preciso imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo esta como requisito consultivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

53 ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. *Ob. cit.*, p. 305. «El artículo 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que implique una obligación de dar: contratos de donación o de arrendamiento — cuando el supuesto no fuese el previsto por el artículo 1670 del Código, por ejemplo, y no exclusivamente el de compraventa—, y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título esta en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo, por lo tanto, brinda una solución obligacional al caso de concursos de acreedores y no una de carácter real al de la pluralidad de propietarios. En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135 otorgue a la inscripción la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.

6.3.7. Posición de Manuel de La Puente y Lavalle⁵⁴

El distinguido profesor Manuel De La Puente, nos otorga una visión de la transferencia de la propiedad (mueble e inmueble) desde la óptica del contrato, sobre el momento en que se perfecciona la venta, lo cual será explicado en las siguientes líneas:

En el caso de inmuebles el vendedor debe entregar al comprador la cosa materia de la venta, pues sólo así dicho comprador podrá disfrutar de todos los derechos inherentes a la propiedad contemplados en el artículo 923 del código. Versando la venta sobre un derecho, el vendedor debe efectuar lo necesario para que se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle esta. La entrega de la cosa al comprador, que es la primera obligación principal del vendedor, no tiene por finalidad, pues, hacerle adquirir la propiedad de la cosa, que ya tiene, sino permitirle la posesión de ella. La entrega es para el comprador el medio ordinario de conseguir la posesión. El título de adquisición, en efecto, califica el sentido posesorio de la disponibilidad de hecho del bien: en cuanto recibe la detención de la cosa, el comprador deviene poseedor. El doctor De la Puente y Lavalle, nos menciona sobre *el perfeccionamiento del contrato*⁵⁵ el cual es sustentado por el artículo 1549⁵⁶ que consiste en hacer lo necesario para que se transfiera al comprador la plena propiedad del bien. En los bienes inmuebles la transferencia se obtendrá mediante la celebración de un contrato de compraventa que cree a cargo del vendedor una obligación pura de transferir la, propiedad del bien, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de el, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

54 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad». En *Scribas*. Arequipa, 1996, n.º 2, pp. 37-42.

55 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la Transferencia de Propiedad*. Ob. cit., pp. 37-42. «Si bien el contrato de compraventa no se transfiere al comprador la propiedad del bien vendido, corresponde hacer todo lo necesario para que este efecto se produzca, pues sólo así se habrá cumplido la obligación que en ese sentido ha asumido al celebrar el contrato. Pensar que el vendedor por el mero hecho de celebrar el contrato satisface todo lo que de el se requiere, sería privar al contrato de compraventa de gran parte de su virtualidad y convertirlo en un instrumento inadecuado para que el comprador adquiera la propiedad del bien».

56 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. «Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad». En *Temas de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1991, p. 234, Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. «Considera que el artículo 1549 del Código Civil debe ser interpretado en el sentido que «perfeccionar» la transferencia de la propiedad significa que ha habido un inicio de transferencia, la cual puede estar aún incompleta, inacabada o imperfecta si no se han transmitido todos los poderes jurídico-reales sobre el bien adquirido, pero el entendimiento de la norma implica que la transferencia jurídica ya se ha producido como efecto de la transferencia jurídica; ya se ha producido como efecto natural del consentimiento perfecto (artículo 1352) de vender y comprar, y se encuentra a la espera de perfeccionamiento con pasos ulteriores de dar o hacer recíprocamente exigibles.

6.4. Perfeccionamiento constitutivo⁵⁷ y perfeccionamiento complementario⁵⁸

Pienso que el problema, y también su solución, se encuentran en el sistema del título y el modo adoptado por el derecho contractual peruano. En virtud de este sistema la transferencia por compraventa de la propiedad de un bien requiere de una causa remota (título) que esta constituida por el contrato consensual de compraventa (perfeccionamiento en virtud de los artículos 1351 y 1373) por el cual el vendedor se obliga a transferir al comprador la plena propiedad del bien; y una causa (modo) destinada a cumplir esa obligación.

En el caso de bienes inmuebles, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la aplicación de artículo 949 del Código Civil, que hace al comprador (como acreedor de la obligación de que se le transfiera la propiedad del bien) propietario de él. Sin embargo, en este caso, la transferencia de la propiedad no lleva incluida la posesión del bien, por lo cual para que el comprador goce del pleno dominio del bien, incluida la posesión, se requiere su entrega.

Para evitar cualquier mal entendimiento debe recordarse que el *perfeccionamiento constitutivo* es para la celebración del contrato y que el *perfeccionamiento complementario* es para la transferencia de la propiedad del bien.

A fin de que opere el *perfeccionamiento complementario* tanto en el caso de bienes muebles como de inmuebles, se requiere que previamente se haya producido el *perfeccionamiento constitutivo* de producido el *perfeccionamiento constitutivo* del respectivo contrato de compraventa, que crear la obligación del vendedor de transferir al comprador la propiedad del bien. Sólo cuando se haya celebrado el contrato de compraventa podrá efectuarse el *perfeccionamiento complementario* de la transferencia del bien mediante la entrega del mismo, que en el caso de bien mueble tendrá como efecto la transferencia de la plena propiedad, y en el caso de bien inmueble la adquisición de la posesión.

57 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Ob. cit.* «El verbo *perfeccionar* es entendido como celebrar y también concluir. Esta interpretación coincide con la tercera apreciación de la palabra *perfeccionar*, dada por el Diccionario de la Lengua Española, según el cual significa «completar los requisitos para que un acto civil, especialmente un contrato, tenga plena fuerza jurídica». En efecto, tanto en el caso del artículo 1352 como en el del artículo 1373 se quiere expresar que el cumplimiento de cada uno de los requisitos contemplados en ellos esto es la existencia del consentimiento, en el caso del artículo 1352, y el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, en el caso del artículo 1373 —da lugar a la existencia del contrato, esto es, a su vez, celebración. Podemos decir que se trata de un *perfeccionamiento constitutivo*.

58 *Ibidem.* «Se trata, pues de dos supuestos distintos. En el caso del artículo 1549, a diferencia de los artículos 1352 y 1373, existe un vínculo precedente que determina que una persona tenga la calidad de vendedor —que se adquiere en virtud de un previo contrato de compraventa— y que tal persona tenga como obligación esencial inherente a tal calidad, que perfeccionar la transferencia de la propiedad para que produzca sus efectos propios. En este caso el sentido de la palabra *perfeccionar*, corresponde más bien a la primera acepción de ella según el Diccionario de la Lengua Española, o se «acabar enteramente una obra, dándole el mayor grado posible de bondad o excelencia». Podemos decir que se trata de un *perfeccionamiento complementario*.

6.4.1. Posición de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre

Para los profesores Osterling y Castillo, consideran que el simple acuerdo de voluntades produce el efecto transmitido, y aceptan la teoría del título y modo.

Para los mencionados profesores no es el contrato sino más bien la obligación de enajenar creada por el mismo la que en definitiva provoca la transferencia de la propiedad inmueble. A continuación mencionaremos las ideas más importantes sobre su posición (en la cual coinciden con el Dr. De la Puente y Lavalle) expresado en un ensayo jurídico:⁵⁹

El contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien, así no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque sería algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso —según De la Puente—, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario. El título y el modo, requiere indispensablemente la conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Expresa que esto es posible otorgando al título el carácter de causa remota de la transferencia y al modo el carácter de causa próxima de la misma.

6.4.2. Posición de Jorge Avendaño Valdez⁶⁰

El doctor Avendaño, diferencia el título y el modo, el título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El título se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del título.⁶¹

La inscripción no es constitutiva de derecho sino simplemente declarativa, la transferencia de propiedad⁶² no se produce en dos momentos.

59 OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. «La transferencia de propiedad en el Perú». En *Ius et Praxis*. Lima: Universidad de Lima, n.º 30, 1999, p.163.

60 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «El Derecho de Propiedad. El sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil». En *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial. Lima: Palestra Editores, agosto 2000, año I, n.º 2, pp.101-106.

61 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Clasificación de los Bienes y transferencia de propiedad*. Citado por: GONZALES BARRÓN, Günther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 295.

62 La propuesta del profesor Avendaño en la Comisión Revisora del Código Civil es la siguiente: El nuevo criterio es, pues, bienes registrados y no registrados, estableciendo que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no sólo al de la propiedad inmueble, sino a todos los registros, entonces habrá título y modo cuando se

No hay pues como en el derecho alemán, suizo, austriaco y de varios países de Europa, principalmente del centro de Europa, dos momentos: el título y el modo. El título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, es el contrato en definitiva; y el modo es un hecho que, en materia inmobiliaria, es la inscripción. *El momento de la transferencia en nuestro sistema es sólo uno.*

Ocurre con el título porque la sola obligación de dar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él. De manera que basta el acuerdo de voluntades para que la transferencia de propiedad se entienda producida. El modo no es la inscripción porque esta no es un elemento esencial, no es un elemento constitutivo. No podemos decir, sin embargo, que la inscripción no «quita no pone». Si pone en lo que a los terceros se refiere.

Pero para que quede perfeccionada la transferencia de la propiedad, la inscripción no es necesaria. La transferencia puede quedar perfectamente convalidada y ser plenamente eficaz entre las partes por el solo mérito del consentimiento. No hay título y modo, hay título y punto.

El modo (la inscripción) no surte efecto desde el punto de vista de la transferencia del derecho real, sino tan sólo protege a los terceros en los términos del artículo 2014 del Código Civil. Para el Dr. AVENDAÑO, sólo el principio consensualístico (el contrato) es quien se produce la transferencia de propiedad inmuebles, *no mencionando a la obligación de enajenar.*

6.4.3. Posición de Gunther Gonzáles Barron⁶³

- a) El profesor Gonzáles nos ofrece algunas notas distintivas correspondientes a nuestro sistema de transferencia de propiedad en bienes inmuebles:
- b) Se adopta el principio *consensualístico*, propio de los sistemas jurídicos francés e italiano. Sin embargo, este principio se halla moralizado o corregido por la introducción del registro y los efectos de la inscripción.
- c) La transferencia de propiedad (o de cualquier otro derecho real) opera en virtud de un contrato traslativo, por lo que se trata de un sistema *causalista*, en donde no es necesario un «modo» específico de adquisición.
- d) No existe una independiente *obligación de enajenar* (artículo 949 CC) en cambio, desde una perspectiva teleológica y sistemática, si es posible hablar de una «obligación de dar en propiedad» como obligación esencial del vendedor en todo contrato de compraventa. En este sentido debe entenderse el artículo 1529 del código.
- e) La obligación esencial del vendedor es compleja y unitaria, consistente en hacer propietario y entregar la cosa al comprador.

trate de la transferencia de bienes registrados y de bienes no registrados. En ambos casos el título es el contrato, el modo en los bienes registrados es el registro y en los no registrados es la tradición.

63 GONZALES BARRON, Günther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Ob. cit.*, p. 641.

- f) El momento exacto de la transferencia de propiedad es una cuestión de política jurídica. El legislador puede hacer coincidir ese momento con la consumación de la *obligación de dar en propiedad*, esto es, con la tradición; o también puede preferir un momento distinto a cualquiera de los dos anteriores (la inscripción). Si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera antes de la tradición (principio consensual), el comprador ya es propietario, y el vendedor sólo se encuentra obligado a entregar la cosa. En cambio si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera después, o con independencia, de la tradición (principio de inscripción constitutiva), el comprador no es propietario aunque ya exista tradición.

7. NUESTRA POSICIÓN

Nuestro Código Civil, abandono el sistema de transmisión inmueble del derecho romano del título (el consentimiento) y modo (la tradición o entrega), ha optado por elegir (fiel a la tradición que existe en nuestra legislación civil por la escuela exegética) como sistema de transferencia de propiedad inmueble (artículo 949) el sistema espiritualista o francés y para la transferencia de la propiedad de bienes muebles (artículo 947) se mantiene la *traditio* como modo.

Para el sistema espiritualista o consensual (lo cual consta en la Tendencia Jurisprudencial Peruana)⁶⁴ de transmitir la propiedad inmueble, la sola obligación es el que produce el efecto traslativo del dominio de la propiedad.

La transferencia espiritual se produce por el acto jurídico, es decir el simple acuerdo de voluntades y el consentimiento de las sujetos de derecho, este sistema espiritualista se encuentra inspirado en el individualismo propagado por la revolución francesa, es decir no se requiere la tradición, es decir la entrega, el mero consentimiento hace propietario al acreedor de la obligación, de entregar la

64 Cas. 597-96-Callao, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 3/05/98, p. 855. «Conforme al artículo 949 del Código Civil, la sola obligación de transferir un bien inmueble hace al acreedor propietario del bien, por lo que si se demuestra que se constituyó dicha obligación se presume que ha operado la transferencia de dominio. Asimismo, por el incumplimiento en el pago no se puede extraer que la obligación no existió».

- R. n.º 219-98-ORLC/TR; Jurisprudencia Registral. Año III, vol. VI, p. 257. «La transferencia de propiedad en nuestro sistema opera extra registralmente, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria de las partes, la que nace en este caso del contrato de compraventa, asimismo, no es menos cierto que dicho acto jurídico debe merecer fe respecto a la fecha de su celebración, a fin de determinar la calidad de propios o conyugales de los bienes adquiridos».

- R. n.º 101-98-ORLC/TR; Jurisprudencia Registral. Año III, vol. VI, p. 312. «El Código Civil ha adoptado el sistema espiritualista francés, por el cual la sola voluntad de las partes, contenida en el acto jurídico creador de la relación obligatoria, resulta suficiente para producir un efecto traslativo de propiedad. La transferencia espiritual se produce en este caso, por efecto directo del acto jurídico por el cual se asume la obligación de enajenar un bien inmueble determinado y no requiere de la *traditio* material ni la inscripción como en el derecho germano».

propiedad. La obligación de entregar la cosa en propiedad se perfecciona automáticamente, de lo cual se deduce que el acuerdo de voluntades hace consumar la entrega a través de un mecanismo de tradición espiritualista, no es necesaria la entrega física, la entrega se perfecciona con el consentimiento.

El contrato de transferencia de propiedad inmobiliaria, es el único título que transmite la propiedad, es decir el contrato es la causa jurídica directa e inmediata de la transferencia de la propiedad inmueble. El contrato es la causa de transferencia de la propiedad inmueble, lo cual es susceptible de dos efectos *una obligacional y otro efecto real*.

Los efectos del contrato de compraventa, es un contrato consensual, que se perfecciona con el simple consentimiento, que en la mayoría de los casos tiene efectos obligatorios, es también susceptible de producir efectos reales.

Al confundirse título y modo, el contrato es, al mismo tiempo, el fundamento del traspaso de la propiedad y el medio de adquisición de ella; el contrato transfiere sin más, el derecho; este es un contrato con efectos reales, a diferencia de los contratos obligatorios, y la eficacia traslativa y constitutiva de tal contrato es plena.⁶⁵

MESSINEO critica al sistema consensual: el principio de la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, es el fruto de un error sobre la naturaleza del derecho real y de la relación obligatoria, ya que para los derechos reales basta la voluntad de las partes para crear el vínculo jurídico, no siendo así para los derechos reales puesto que son de otra naturaleza, ya que al ser de carácter absoluto puede hacerse valer contra todos, por lo que la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento contradice la naturaleza del derecho real.⁶⁶

Lo que ocurre en cualquier caso en que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido que depende, respectivamente de la adquisición del bien ajeno por parte del enajenante, o de la existencia del bien, o del pago total del precio; en estos casos, surge una obligación que si bien no tiene por finalidad producir la transferencia de la propiedad, permite garantizar al adquirente la actuación del efecto real que no opero al momento de la celebración del contrato.

Compartimos la posición del doctor FORNO, los contratos en virtud de los cuales se enajena un inmueble determinado no producen en forma directa la atribución del derecho de propiedad sobre el mismo, sino que sólo crean la obligación de enajenarlo, de modo que la transferencia y la adquisición correlativa del derecho se producen como efecto de la obligación y no del contrato.

En una primera etapa el contrato (título) hace nacer la obligación que pesa sobre el dueño, de transmitir al adquirente el derecho de dominio sobre la cosa. En esa etapa, encontrándose vinculados al deudor y al acreedor (el viejo dueño y el futuro dueño) por una relación obligacional. Se presenta, luego, una segunda etapa que también es causal, y que se materializa con el cumplimiento de la

65 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, p. 331.

66 MESSINEO, Francesco. *Ob. cit.*, p. 332.

prestación por el deudor (el viejo dueño), entregando la cosa al acreedor. En este instante se extingue la relación obligacional, y queda transferida la propiedad a través de la tradición.

Para que el efecto real, este en, la transferencia de propiedad con la sola perfección del contrato en sí, es necesario que el objeto sea cierto, actual y de propiedad del vendedor, o por lo menos este se encuentre autorizado para disponer. En cambio, se da un efecto meramente obligatorio –y se aplaza la transferencia de propiedad (efecto real diferido) –cuando se trata de ventas sobre bienes genéricos (falta la especificación o individualización del bien), o sobre bienes futuros (no se puede transmitir la propiedad de un objeto que no existe), o sobre bienes ajenos (falta el poder de disposición del vendedor), o sobre contratos sujetos a condición suspensiva o con reserva de dominio. Todas estas disposiciones de efecto real diferido o aplazado (compraventa meramente «obligatoria») son todas admisibles en el derecho peruano, ya sea por disposición expresa del artículo 949 o por vía interpretativa.⁶⁷

En el derecho francés e italiano se reconoce la existencia de compraventa con efecto real aplazado o diferido, lo cual significa que, también, en estos sistemas se pueden encontrar acreedores del dominio.

Dentro de este supuesto entendemos a la venta de cosa futura, la venta de cosa genérica, la venta de cosa ajena, la venta con efecto traslativo a término, la venta con reserva de dominio, el contrato preliminar de compraventa, etc.... en todos estos casos lo que existe es una *obligación de dar en propiedad* por parte del vendedor; con lo cual este asume un compromiso contractual complejo, que no se agota en el mero traspaso posesorio, sino que se integra el efecto real querido, y que puede ser al especificación de la cosa, o la adquisición de la cosa por aporte del vendedor, entre otros presupuestos que permitan la transferencia de propiedad.

8. LA IMPERFECCIÓN DEL ARTÍCULO 949 Y LA INSCRIPCIÓN EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 1135

Creemos que el sistema consensualista peruano, amparado en el artículo 949, no es perfecto y que no brinda una garantía y certidumbre jurídica a los potenciales adquirientes de propiedad inmueble, cuando la mencionada norma «nos indica que la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario; salvo disposición legal diferente o pacto en contrario», consideramos como pacto en contrario los artículos 1583 (Compraventa con reserva de propiedad) y el artículo 1585 (pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta) del código civil.

El problema surge cuando existen dos o más personas que intervienen en la adquisición de la propiedad inmueble, conocido en nuestro ordenamiento

67 BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, tomo IV. pp. 7-13, citado por GONZÁLES BARRÓN, Günther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, p. 311.

como concurso de acreedores y en la doctrina como la *doble venta*, evidenciado en el artículo 1135.⁶⁸

Si hay dos acreedores respecto del mismo bien y el segundo de estos inscribe, es preferido respecto del primero. Es decir, es el propietario del bien. ¿Produce en este caso efectos constitutivos la inscripción registral? La repuesta es que ella sola no produce tal efecto porque a ella debe sumarse la buena fe. Si están presentes ambas, la protección es total, lo cual significa que el amparo registral al tercero tiene finalmente un efecto constitutivo del derecho. Pero el sistema es doble y confuso porque hay norma expresa que dice que el solo consenso es suficiente para producir la transferencia. Si esto es así, ¿no es cierto que el enajenante agote su derecho con la primera enajenación? ¿Qué derecho transmitió entonces cuando otorgo la segunda Transferencia?⁶⁹

El artículo 949 (*desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros*) y , no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad toda poderosa hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble, del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema; pero que pasaría que si el vendedor, efectúa una segunda venta de la propiedad inmueble a un tercero, con lo cual estaríamos ante dos actos jurídicos que tiene como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, claro que se podría aplicar el principio de buena fe registral, para favorecer al tercero de buena fe que no tuvo conocimiento de la venta. El primer comprador sólo aplicó el principio consensual «el solo contrato te hace propietario» y no le exigieron de que el título tenía que ser inscrito, para poder oponer y excluir su derecho (*de que sirve una propiedad sino no puede ser excluida a todos los terceros*) por lo tanto se trata

68 «Conforme al artículo 1135 del Código Civil, cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere el acreedor de buena fe cuyo título, ha sido primeramente inscrito». Exp. n.º 573-95-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. «Jurisprudencia Civil», tomo IV, p. 519.

- Cas. n.º 672-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 15/10/98, p. 1930. «El artículo 1135 del Código Civil se refiere a la prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligó a entregar un bien inmueble, que podría ser el caso de varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas, u otros contratos que generen obligación de entregar un bien inmueble, como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis».

- Si dos o más personas alegan tener derechos reales sobre un determinado inmueble, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone y, en defecto de la inscripción, tiene preferencia aquél que ostente título de fecha anterior, siempre que este último conste de documento de fecha cierta más antigua. (Exp. n.º 173-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996), p. 494.

69 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad*, pp. 169-171. Citado por GONZALES BARRÓN, Günther. *Tratado de Derecho Inmobiliario*, pp. 295-296.

de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador al brindar la enfermedad (artículo 949) trata de brindar la cura (artículo 1135) por el cual ante la presencia de dos títulos, se prefiera al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro.

Volviendo a la doble venta, si aplicamos el principio consensualista diríamos que el primer contrato es el que tiene eficacia jurídica, por ser el primero en celebrarse en el tiempo, y segundo por el principio de buena fe contractual, fieles al estricto cumplimiento del artículo 949, por virtud del mero contrato de las partes se transfiere la propiedad inmueble, hasta este punto no existen problemas; pero que pasaría como sucede en la realidad, el vendedor decide celebrar un segundo contrato con otra persona por la venta de la misma propiedad inmueble, y este decide inscribir su título en el registro, estaríamos desamparando al primer comprador que sólo cumplió con lo amparado en el artículo 949, en celebrar un simple contrato con lo cual era el único propietario del inmueble, el artículo 1135⁷⁰ reconoce la necesidad de inscribir el título de adquisición del derecho de propiedad inmueble.

*Se trata dar una clara excepción del artículo 949 del código civil en donde triunfa el principio de la inscripción (que excepcionalmente tiene carácter constitutivo), aunque ello no pueda ser explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa referida a que existen dos propiedades, una relativa entre las partes y otra absoluta frente a todos los terceros, ya que en ese caso el «propietario relativo» no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su título ante la administración».*⁷¹

Creemos que se logra la exclusión de la propiedad absoluta y perfecta con la aplicación del artículo 1135,⁷² lo cual no se logra con la aplicación solitaria del artículo 949, para una brindar garantía y certeza de la transferencia de la propiedad inmueble, es necesario interpretar, relacionar y aplicar en forma conjunta los artículos 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.

70 GONZALES BARRÓN, Günther. *Curso de Derechos Reales*, p. 332. «Aquél configurado por dos o más contratos de compraventa, válidos y aún eficaces, cuyos cumplimientos en forma específica son de todo punto incompatibles, y celebrados, sobre la misma cosa o derecho, por el mismo vendedor que, por lo menos en relación con uno de ellos, era el titular de aquella cosa o derecho doblemente vendido, con independencia de que alguno de los compradores haya o no recibido la entrega real o ficta. En esta forma más genérica —y aplicable a nuestro artículo 1135, se puede decir que se trata del conflicto entre dos (o más) títulos adquisitivos válidos otorgados por la misma persona y sobre el mismo bien inmueble, siendo que dicha pugna de intereses debe ser zanjada claramente por la ley, en tanto, no es posible admitir que en un solo bien pueda ser entregado a distintas personas que arguyen títulos incompatibles sobre el».

71 GONZALES BARRÓN, Günther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Ob. cit., p. 333.

72 Cas. n.º 2409-98-CALLAO, enero 2000. «El derecho de propiedad debe concebirse como un derecho absoluto y exclusivo, siendo así no deben haber dos titularidades contrapuestas. Habiéndose presentado instrumentos jurídicos en los que consta el derecho de propiedad de ambas partes, era menester recurrir a supuestos normativos sobre concurrencia de acreedores como es el caso del artículo 1135 del C.C. sobre prioridad registral».

9. DESVENTAJAS DEL SISTEMA CONSENSUAL

El sistema consensual inspirado por el principio individualista de la revolución francesa expresado en el código de napoleón, con las ventajas teóricas, entre las cuáles ubicamos *la facilitación de los intercambios, la rápida circulación de la riqueza y protección del comprador, no son suficientes para ofrecer el sistema mas eficaz y seguro en la transferencia de la propiedad inmueble*. La situación del potencial adquirente (comprador) sufre una situación de desventaja o dificultades para poder determinar quien es el propietario de un bien, y cuales son las cargas (hipoteca, anticresis) que le afectan, existiendo algunas desventajas del sistema consensual:

- a) No se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. Con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la "*prueba diabólica*". Para ello se requiere comprobar la posesión del vendedor por el termino de la usucapión, empero, es difícil verificar el estado posesorio por un largo periodo del tiempo, y aun cuando se utilice presunciones, estas siempre admiten prueba en contrario. Con respecto al segundo problema (las cargas), este si es insoluble, ya que muchas cargas que afectan la propiedad territorial (por ejemplo: las hipotecas) no tienen exteriorización posesoria, y por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.
- b) Por otro lado, inclusive en el caso de que haya de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, sin publicidad alguna, se presenta el grave problema de la doble venta.
- c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquirente.
- d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la reivindicación del inmueble, ya sea por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión.⁷³

9.1. Los costos de transacción en el sistema de transferencia inmobiliario

En nuestra patria, la puesta en practica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de trans-

73 GONZALES BARRÓN, Günther. *Curso de Derechos Reales. Ob. cit.*, p. 594.

misión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema mas perfecto de seguridad jurídica individual imaginable incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.

*Un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace mas «barato» contratar.*⁷⁴ Esta posición concuerda con la opinión del maestro León Barandiarán, por lo cual indica que la imperfección de los Registros Públicos, lo que hacia inviable el régimen constitutivo de la inscripción, considerando la deficiente organización administrativa, la falta de catastro y título idóneos que no existen en todas las regiones, «sin notario, sin abogados, sin clima propicio para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad».⁷⁵

Compartimos plenamente la opinión del profesor Bullard, «definitivamente lo que plantea Fernández Cruz elimina ciertos costos. El problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o el compre mas barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre. La incertidumbre de saber si compro o no compro un bien hace que se celebren menos contratos, que haya menos circulación de riqueza y menor dinamismo, impidiendo la maximización de las operaciones y transferencias».⁷⁶

Es necesario indicar que en una economía de mercado los costos de transacción tienden a reducirse, brindando seguridad y garantía de los actos de transferencia de propiedad inmueble, la incertidumbre es el factor que no logra lo ideal para el análisis económico del derecho, que según Posner⁷⁷ «a fin de facilitar la transferencia de recursos, de los usos menos valiosos a los más valiosos, en principio de la ley debería hacer que los derechos de propiedad sean libremente transferibles», agregamos que esta libertad de disposición de los bienes en las transferencias inmuebles deberán de estar dotadas de mínimas garantías que puedan otorgar la certeza de que la propiedad susceptible de enajenación corresponda al vendedor y que la propiedad brinde la garantía de exclusión total y oponibilidad frente a los terceros.

Creemos que el costo de transacción mas alto es para el mercado (transferencia inmobiliaria) seria el del principio de la desconfianza "una persona que

74 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Ob. cit.*, pp.149-163.

75 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG Editor, vol. I, tomo III, p. 345.

76 BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Ob. cit.*, p. 146.

77 POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 78-79.

tuvo la nefasta experiencia de comprar un inmueble por el solo contrato, que después se enteró de que el mismo bien comprado por él fue vendido a una segunda persona quien si cumplió con inscribir el título al registro, no volverá a confiar o en el peor de los casos por un buen tiempo no intentará comprar algún bien raíz. Es justo que el primer comprador quede sin ningún derecho alguno frente al tercero, que si inscribió su título en el registro, es posible que el perfecto sistema consensual deje sin derecho a la persona que sólo cumplió con el principio del artículo 949, por el cual el solo contrato hace propietario del bien inmueble.

10. LA SOCIEDAD AGRARIA Y EL CRECIMIENTO DE LAS CIUDADES

La sociedad peruana en 1936, en el mismo año que entro en vigencia el código civil de 1936, el sector agrario representaba la primera fuente de ingresos nacionales, la población económicamente activa, se encontraba residiendo en el campo.

Durante el transcurso del siglo XX las sociedades han sufrido un incontro-
lable fenómeno de urbanización, esto es, la población ha pasado a ocupar pre-
ponderantemente las urbes, abandonando progresivamente el campo. Esta reali-
dad social tiene un carácter prácticamente universal y también se ha presentado
dramáticamente en nuestro país.

De acuerdo con el censo del año 1940, el 17% de la población total del Perú vivía en ciudades de mas de 20, 000 habitantes, mientras que a fines de la década de los sesenta, el 65% de dicha población ya era urbana (José Matos Mar-Desborde Popular y Crisis del Estado).

Estos grupos humanos que buscaban asentarse en las principales ciudades del país se encontraron prácticamente fuera del círculo económico, del mercado y de la legalidad vigente. Y para ello crearon su propia legalidad.

Lo cual ha motivado a que el poblador urbano tome la posesión del suelo mediante el "*contrato de invasión*", o por medio de compraventas dudosas que amparen la tenencia del predio rustico.

No compartimos lo expresado por el profesor, Fernández Cruz «la reali-
dad concreta del Perú contemporáneo, en nuestro concepto, tanto por su proble-
ma estructural del Estado-Nación (problema de orden sociopolítico), pero mas
aun por su *economía preponderantemente rural y agraria*, motivando su posición en
que la selección del consenso como mecanismo adecuado a nuestra realidad para
regular la transmisión inmobiliaria, sin perjuicio de que en las zonas urbanas
pueda ya implementarse un registro constitutivo de la propiedad, sobre la base
de un adecuado plano registral.⁷⁸

En las últimas décadas se aprecia un intenso crecimiento de las ciudades del país, originando diversos problemas típicos de los crecimientos urbanos in-
formales o desodorantes: como la especulación de la tierra, el encarecimiento de
la vivienda, la tugurización particularmente en los asentamientos humanos, de-

78 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Ob. cit.*, p. 172.

gradación del medio ambiente, etc.; de modo que el Perú se ha transformado de un país de predominio poblacional rural a uno fundamentalmente urbano.

En 1940 la población urbana sólo representaba el 27% de la población total actual, en 1993 ya superaba el 70% y se estima que para el año 2005 será de un aproximado de 80%, realidad que nos impide afrontar el problema ya, como un reto nacional y no únicamente capitalino.

Compartimos lo expuesto por Hernando de Soto «que la representación tangible de un activo (título de propiedad) constituye un valor excedente a sus cualidades físicas y que de esta forma se genera el capital en países desarrollados (en occidente, por ejemplo, los inmuebles formales en su mayoría son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión bajo la figura de intercambio de activos por inversión; de esta manera generando una economía, de un capital pasivo a un capital activo que dinamiza las diferentes transacciones».

Por lo anteriormente expuesto y fundamentalmente por la migración del campo a la ciudad de las personas, nuestra sociedad dejó de depender de una economía rural y agraria, las peruanos que residían en zonas rurales decidieron emigrar a las importantes y extensas ciudades del país, encontramos un estado y realidad social diferente en el momento que se promulgo el Código Civil de 1984.

Creemos que en momentos actuales de escasez de recursos y escasez de capital, el Estado debe facilitar y brindar las garantías jurídicas y económicas, en efectos que los peruanos protejan su derecho de propiedad inmueble; el derecho a la propiedad es un derecho fundamental de toda persona, y como tal, el estado debería de perfeccionar los mecanismos de protección y garantía en el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú. Es necesario modificar el artículo 949, y establecer un sistema constitutivo donde la inscripción en los registros públicos constituya el modo del que una persona se hace propietaria y que un simple contrato «secreto» no sea el medio idóneo en la transferencia de la propiedad inmueble, en la actualidad entre los peruanos el «*principio de la desconfianza*» (*no se si la propiedad que deseo adquirir contiene algún gravamen, si fue enajenada con anterioridad o si el que me enajena es el verdadero propietario*) es el que rigen nuestro país, por la «*criollada*» de los contratantes; en la celebración de los diferentes transacciones.

La propiedad es el derecho real más perfecto por excelencia, es un derecho fundamental, columna vertebral del derecho civil patrimonial; por los motivos anteriores mencionados, es necesario revestir de garantías, seguridad y certeza, a las diferentes transacciones inmobiliarias, es necesario en la actualidad que la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, se ejecute mediante la inscripción del Título en los Registros Públicos.

10. CONCLUSIONES

1. El artículo 949 del Código Civil, se evidencia el problema de la falta en publicidad de la adquisición del bien inmueble frente a terceros.

2. El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble respalda la propiedad relativa, pues no permite excluir a todos, toda transmisión de propiedad debe estar dotado de seguridad jurídica en sus operaciones, favoreciendo la dinámica circulación de los bienes inmuebles.
3. La inscripción declarativa en merito del artículo 1135, otorga la garantía y seguridad jurídica que no brinda el artículo 949, constituyendo una excepción y reconociendo la importancia de la inscripción del título en el registro.
4. El artículo 1135 en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.
5. En la concurrencia de acreedores de propiedad inmueble, se evidencia el principio «quien inscribe primero es propietario», es la opción más recomendable y practicada en la realidad.
6. En toda transferencia de propiedad inmueble, es necesario interpretar y relacionar el artículo 949 del Código Civil, con otras normas que brindaran una serie de garantías y corregirá los defectos que pudiera acarrear la solitaria aplicación del artículo 949, considerando los siguientes artículos: 1135, 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.

El fideicomiso testamentario en la legislación y jurisprudencia peruanas

Rosario de la Fuente y Hontañón*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias. – 3. El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria en la codificación peruana: precedentes codificadores en materia sucesoria. – 4. El Código civil de 1852: el debate en torno al mantenimiento o supresión del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. – 5. El código civil de 1936: propuestas de reforma. – 6. El Código civil de 1984. – 7. Breve referencia al fideicomiso bancario. – 8. Un supuesto de herencia fideicomisaria: el fideicomiso de familia, si sine liberis decesserit. – 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Como contribución a este VI Congreso Nacional de Derecho Civil presento el tema del fideicomiso testamentario en la legislación y la jurisprudencia peruanas, que ha sido objeto de mi investigación en estos últimos años y que ha ido saliendo a la luz en diversas publicaciones nacionales e internacionales.¹

* Profesora de Derecho romano y Derecho civil en Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria, España. E-mail: maria.delafuent@udep.pe.

1 Sobre esta materia, *cfr.* DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario. «La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho civil peruano». En *Revista de Derecho* de la Universidad de Piura, vol. I, (2000) pp. 59-73; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario. «La delimitación del plazo y la condición testamentaria en el ámbito registral:

Los fideicomisos surgen, nacen o se crean, para beneficiar a determinadas personas como es el caso de los *peregrini*, que carecían de la *testamenti factio* necesaria para recibir legados, hasta que Adriano les prohibió adquirir fideicomisos.

La *fides* que es la idea central del pensamiento jurídico y político de Roma, se presenta como base y sustento de una institución que aparece hacia el siglo II a.C., y que tuvo su reconocimiento jurídico en la época del emperador Augusto, perdura aún hoy en las legislaciones del siglo XXI.

2. EL FIDEICOMISO Y LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

El fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias son instituciones poco conocidas en el Perú, con escasos estudios de conjunto sobre la materia,² si bien en estos últimos años la figura del fideicomiso bancario, bajo el amparo de la Ley n.º 26702, ha cobrado una gran fuerza e interés concentrándose en operaciones comerciales y dentro de éstas, fundamentalmente, en operaciones de infraestructura. Se utiliza cada vez más para el sector inmobiliario, para financiamiento de proyectos, para apoyo a la construcción. Para el desarrollo de innumerables proyectos se utiliza esta figura del fideicomiso, considerado un instrumento para el desarrollo sostenible, sobre la base de la inversión privada con desarrollo social y responsabilidad ambiental.

En nuestro país hemos visto en estos últimos años la utilidad de la figura en el desarrollo de la minería; la experiencia en el gas de Camisea, en Antamina, en el proyecto Olmos, la carretera Interoceánica, el Puerto del Callao, el Proyecto Red vial 6 Pucusana-Ica, donde el concesionario de la carretera (CASA) adquiere el derecho del cobro del peaje y la obligación de construir la carretera a Ica y, en fin, el fondo para la estabilización de los precios de los combustibles.

Sin embargo, el fideicomiso testamentario, asimismo, regulado en la mencionada ley (artículo 246), no es utilizado por nuestros juristas. En mis indagaciones he averiguado que se ha constituido uno en el Banco de Crédito, pero no ha sido publicado, por la reserva que ha de mantenerse.

La figura de la herencia fideicomisaria, de indudable abolengo romano, llegó a América integrada en el conjunto del Derecho trasplantado allí por los

¿es posible otorgar testamento bajo condición resolutoria?». En *Actualidad Jurídica*, mayo 2008, tomo 174, pp. 55-60; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario. «El Fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz». En *Revista de Derecho* de la Universidad de Piura, 2008, vol. 9, pp. 65-79.

2 He podido revisar dos recientes trabajos, relativos al fideicomiso bancario, *cfr.* ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano». En *Thémis* 48. Lima, 2004 y «Tradiciones, transplantes (sic) e ineficiencias: el caso del «fideicomiso peruano»». En *Ius et Veritas*, n.º 32, 2006, pp. 105-138, donde el autor señala que la Ley de Bancos, Ley n.º 26702 y la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo n.º 861, introdujeron en el Perú la versión latinoamericana del *trust*, el así denominado «fideicomiso».

españoles. Pero, el destino de la herencia fideicomisaria en la época de la codificación del Derecho privado en el Perú independiente, bajo la influencia de las ideas contrarias a la inmovilización de la riqueza tan en boga por entonces, fue la de su prohibición en el primer Código Civil de 1852, y el silencio en el Código de 1936 y en el actual de 1984. Sin embargo, hemos comprobado que existe en el derecho efectivamente vivido y practicado.

Como figura especial y frecuente de sustitución fideicomisaria consideramos al fideicomiso de familia o *fideicommissum familiae relictum*.³ Entre las expresiones o cláusulas más frecuentes utilizadas para ordenar esta sustitución, encontramos las de *ne de nomine familiae exire, ut in familia relinquere* y la más extendida de *si sine liberis decesserit*. Con la imposición de estas cláusulas, la finalidad del testador es clara al querer que el patrimonio hereditario quede en la familia. Con Justiniano (C. 6.48.1) decae la prohibición de instituir *personae incertae*, con lo que podía prolongarse de manera indefinida la sucesión de los fideicomisarios, pero ya vimos que con la Novela 159, 2, se sanciona la libertad del fideicomiso de familia, después de la cuarta generación.

La idea ya fijada de la obligación de conservar el patrimonio en el ámbito de la familia a través de las sucesivas generaciones es lo que ocasionó, en una evolución posterior que no pertenece ya a la historia del Derecho romano, el nacimiento de figuras como el mayorazgo, la primogenitura, el señorazgo y el juniorazgo.⁴

3. EL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN LA CODIFICACIÓN PERUANA: PRECEDENTES CODIFICADORES EN MATERIA SUCESORIA

Un primer intento de Codificación, asociado a los impulsos políticos de Simón Bolívar y a la obra del jurista Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841), se plasma en el Proyecto del Código Civil peruano de 1836.⁵ El Proyecto está estructurado en tres libros: el primero dedicado a las personas, el segundo al dominio y los contratos y el último a «las últimas voluntades», con siete títulos. En el cuarto título se hace referencia a la figura de las sustituciones, y en el quinto a la de los legados. Vidaurre se presenta como contrario a las vinculaciones, los mayorazgos, los patronatos de legos, los censos, las enajenaciones o liberalidades hechas a las llamadas «manos muertas», y como un gran defensor de su supresión. Para ello realiza un sinfín de críticas en este sentido, ya que los bienes quedaban in-

3 Cfr. La legislación de Justiniano al respecto (C. 1.3.52 [53].13, C. 6.25.7[6], C. 6.48.1 y C. 2.44[45].4, Nov. 123, 37) que utilizó indistintamente los términos de sustitución o de restitución para el supuesto de la sustitución fideicomisaria.

4 El fideicomiso de familia, entendido como aquella restitución que puede hacerse sucesivamente a un sinfín de personas, enlaza con el mayorazgo por el que la herencia se transmitía de manera automática de primogénito a primogénito.

5 Como bien sabemos no pasó de ser un proyecto donde se refleja un marcado rechazo al Derecho romano, y que en palabras de Vidaurre «debe ser olvidado como la filosofía de Aristóteles».

movilizados, por lo que era necesario propiciar su libre circulación, y además se potenciaba la desigualdad social, con el perjuicio de inhibir un sinfín de iniciativas y posibilidades en el plano económico.

En cuanto a las sustituciones, plantea reducirlas a dos con exclusión de la fideicomisaria. En el Proyecto, Vidaurre omite todo lo relacionado con los fideicomisos, por considerar «que son inútiles y no dignos de comprenderse en una buena legislación». Pero, el inicio de graves trastornos políticos en Perú va a dificultar la viabilidad del Proyecto codificador, impidiendo que pueda ser aprobado por el Gobierno.

Otra tentativa en el proceso codificador se concreta también en 1836, con el Código Civil de Santa Cruz, impuesto de manera separada en los Estados Nor-Peruano y Sud-Peruano, cuyas fuentes fueron el Code Civil francés y el Derecho castellano de las Siete Partidas, las Leyes de Toro y la Nueva y Novísima Recopilación.

La estructura del Código es semejante a la recogida en el Code, completándose en tres libros. El primero relativo a las personas, el segundo dedicado a los bienes y las diferentes maneras de modificar la propiedad, y el tercero, a las diversas maneras de adquirir la propiedad, incluyendo en su título primero todo lo relacionado con los testamentos y sucesiones.

Tampoco va a encontrar cabida en este Código la herencia fideicomisaria, ni los censos en sus diferentes clases; consignativo, reservativo o enfiteútico. El capítulo X (artículos 511-514) está dedicado a las sustituciones y fideicomisos y admite solamente la sustitución vulgar, la pupilar y la ejemplar. Basadre apunta la razón por la que se prohibieron; a saber, porque «habían surgido antaño de las restricciones al derecho de testar y en la práctica habían resultado un semillero de robos». La duración de este Código fue muy breve, ya que con la caída de Santa Cruz y la desaparición de la Confederación Perú-Boliviana en 1839, perdió de manera definitiva su vigencia.

4. EL CÓDIGO CIVIL DE 1852: EL DEBATE EN TORNO AL MANTENIMIENTO O SUPRESIÓN DEL FIDEICOMISO Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Como ha señalado Basadre,⁶ el Código Civil de 1852 representó una coexistencia de ideas francesas, españolas y romanas.

El Código contiene 2031 artículos repartidos entre un Título Preliminar y tres libros, con clara influencia del esquema gayano-justiniano. Es un Código innovador a la par que tradicionalista, por lo que debe descartarse que sea una copia del Code francés.⁷

En el Libro II dedicado a la herencia, Título 11: *De la sustitución de herederos*, Sección 4.^a (artículo 730) se regulan las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar:

6 BASADRE GHROMAM. *Historia del Derecho peruano*, 4.^a Ed., p. 364.

7 GUZMÁN BRITO. *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*. Pamplona, 2006, p. 175, que resalta la recepción del Código Civil peruano de 1852 en Cundinamarca y Guatemala.

El testador puede nombrar sustituto que reciba la herencia en lugar del heredero instituido, 1) para el caso en que el heredero muera antes que el testador; 2) para el caso en que el heredero muera sin poder hacer testamento por falta de edad o por ser fatuo o loco; 3) para el caso en que el heredero no acepte o renuncie a la herencia.

El Código en el artículo 703, 2) prohíbe la sustitución fideicomisaria, disposición en la que se aprecia la influencia del Code: «Se prohíbe a los testadores: 2) Instituir herederos fideicomisarios».⁸

A diferencia de lo dispuesto en el Código Civil peruano de 1852 en cuanto a la supresión de los fideicomisos y la sustitución fideicomisaria, en el Código Civil chileno de 1855 sí se admitieron estas figuras. Así, en el mensaje del Ejecutivo chileno al Congreso para la propuesta de la aprobación del Código Civil, se puede leer:⁹

Consérvese, pues, la sustitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios Códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera [...]; se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohíben las sustituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas, excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido, por consiguiente, todo lo relativo al orden de la sucesión en las vinculaciones [...]. Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse.

Así, pues, en el artículo 1156 del Código Civil chileno se especifica que la sustitución puede ser vulgar o fideicomisaria, y la definición de ésta viene dada en el artículo 1164:

Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

La sustitución fideicomisaria se regula por lo dispuesto en el título de la propiedad fiduciaria, cuyo concepto se recoge en el artículo 733:

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

8 Cfr. GUZMÁN BRITO. *Historia de la Codificación...* Op. cit., p. 472; es doctrina común el afirmar que la abolición revolucionaria de las vinculaciones patrimoniales fue para favorecer a la burguesía a costa de los bienes nobiliarios, eclesiásticos y comunales.

9 Cfr. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *El Código Napoleónico y su recepción en América latina*. Lima, 1997, p. 287.

5. EL CÓDIGO CIVIL DE 1936: PROPUESTAS DE REFORMA

La Comisión estudia la posibilidad de que, efectivamente, pueda considerarse que los bienes vayan pasando de unas personas a otras de tal forma que, al darse varias transmisiones sucesivas, el que recibe la herencia se convierte en fiduciario para la nueva transmisión y así sucesivamente, vinculándose los bienes de una generación a otra.

Por su parte, Manuel Augusto Olaechea manifestó en el curso de los debates las razones para que la sustitución fideicomisaria fuera admitida en la Codificación, a la manera en que fue admitida en los Códigos de Suiza y de Brasil, pero con la salvedad de tener que reglamentar el dominio limitado que le corresponde al fiduciario y los casos en que se consolida la propiedad íntegra en su persona:¹⁰

El jurista Calle se había fijado, efectivamente, en la Codificación holandesa como modelo a seguir para el Código de 1936.¹¹ La influencia francesa queda reflejada en el artículo 926 del Código civil holandés de 1838, al prohibir las sustituciones fideicomisarias. Pero, en el artículo siguiente (artículo 927) se dice que «se exceptúan, sin embargo, las instituciones fideicomisarias permitidas en provecho de los nietos y descendientes de los hermanos, a que se refieren los artículos siguientes».

Sin embargo, la sustitución fideicomisaria tampoco será admitida por su sabor a mayorazgo o primogenitura.

En el Código Civil de 1936, parecía acertada la propuesta de admitir la sustitución fideicomisaria, limitada a un grado, por considerar que de esa manera quedaba reforzada la autonomía del testador sin atentar a la libre circulación de los bienes; con esta figura se pretendía proteger determinados bienes y beneficiar a determinadas personas en un período de tiempo semejante al previsto para otros actos o negocios jurídicos.

6. EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Al igual que el Código Civil de 1936, el Código actual recoge solamente la figura de la sustitución vulgar (artículo 740) tanto para los herederos como para los legatarios:

El testador puede designar sustituto a los herederos voluntarios y a los legatarios para el caso en que el instituido muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia o al legado o que los pierda por indignidad.

Si bien se mantiene la exclusión de la sustitución fideicomisaria, observamos que un sector de la doctrina sigue hablando de ella en el sentido de afirmar

10 Cfr. *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*, 92.ª sesión del miércoles 8 de octubre de 1924, pp. 234-238.

11 Cfr. Sesión 83.ª, pp. 190-194.

que aunque no está prohibida de manera expresa, no debe admitirse.¹² La afirmación, quizás, parece un tanto radical, sobre todo porque hemos encontrado testamentos y jurisprudencia registral que lleva a sospechar que se ampara y acepta la figura de una manera implícita, bajo la vigencia del actual Código.

En la interpretación del artículo 738 no encontramos obstáculo para que el testador imponga aquellas condiciones y cargos que no contravengan los derechos fundamentales de la persona, que como bien sabemos están recogidos en el artículo 2 de nuestra Constitución, o que la ley no prohíba, y nuestro legislador no prohíbe los fideicomisos ni la sustitución fideicomisaria.¹³

Lohmann resalta que la disposición contenida en el artículo 741 es admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin presentar dificultad alguna;¹⁴ pero hace dos observaciones: la primera, que a los legatarios se les pueden imponer condiciones de tipo suspensivo y resolutorio, quedando reservada para los herederos solamente la condición suspensiva, al no admitirse sobre ellos la condición resolutoria; la segunda es que cabe un legatario a plazo, mientras que es inconcebible el plazo para un heredero. Dirá Lohmann que «no es racional que haya continuación en las posiciones jurídicas del difunto por un tiempo, y luego otra persona, tiempo después venga a ocupar el mismo lugar». Con esta afirmación Lohmann parece volver la mirada a la regla del Derecho romano clásico *semel heres semper heres*.

El Código Civil chileno admite esta posibilidad (artículos 1164, 733,1 y 4, 751, 754), y considera al heredero fiduciario como propietario bajo condición resolutoria; el causante puede prohibir la enajenación *inter vivos* de la propiedad fiduciaria, la cual será intransmisible *mortis causa* cuando el día fijado para la restitución sea el de la muerte del fiduciario (artículo 751, 2).

En definitiva, en aquellas legislaciones que admiten la figura del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, el testador puede instituir herederos o legatarios por medio de fideicomiso, imponiendo a uno de ellos la obligación de transmitir la herencia o el legado al fideicomisario, o bien por su muerte, o fijan-

12 Sobre el artículo 740, *cfr.* LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Comentarios al Código Civil*. Lima, 2003, pp. 382 y ss., que recoge la opinión, en este sentido, de Lanatta y Castañeda; ARIAS SCHREIBER, Max. *Luces y sombras del Código Civil*. Lima, 1991, tomo I, p. 183.

13 *Cfr.* Constitución Política del Perú, artículo 2, 24): «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»; *vid.* en el Derecho español, ALBALADEJO GARCÍA, M. «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario». En RDP, 1979, n.º 63, pp. 519-545; VALLET DE GOYTSOLO, J.B. *Estudios de Derecho Sucesorio. Interpretación de testamentos. Lo literal, lo tácito y lo conjetural, en mejoras y fideicomisos. Cláusulas cautelares expresas y tácitas*. Madrid, 1981, tomo II.

14 *Cfr.* LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Comentarios... Op. cit.*, artículo 741, p. 389; *Id.*, «Sustitución de herederos y legatarios», en *Ius et Veritas*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, n.º 15, pp. 43-49.

do un plazo cierto, o bajo cierta condición. Así, pues, tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del testador, no es que el fideicomisario herede del fiduciario, sino que la *voluntas testatoris* se ha manifestado en el sentido de instituir un orden sucesivo, un doble llamamiento.

Si bien el Código Civil regula exclusivamente la sustitución vulgar (artículo 740), podemos concluir que cabría considerar la entrada en nuestro ordenamiento de la sustitución fideicomisaria, que puede llevar implícita la vulgar, como se contempla y dispone, por ejemplo, en el Código Civil alemán, en su parágrafo 2102, al igual que en otras codificaciones.¹⁵

7. BREVE REFERENCIA AL FIDEICOMISO BANCARIO

El fideicomiso testamentario, que no ha encontrado cabida en el Código Civil, existe en la legislación bancaria peruana, desde 1931 hasta la fecha, donde ha quedado reflejado como una figura autónoma, con características propias, de forma semejante a como es regulado en otros países latinoamericanos. El fiduciario siempre será un Banco que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes, para destinarlos al fin querido por el fideicomitente. Este tipo de fideicomiso testamentario no se utiliza por y en beneficio de personas naturales, y pienso que puede ser un gran instrumento para la custodia y protección de los bienes. También es de mucho interés la posibilidad contemplada en la ley bancaria, de que el fideicomitente constituya en fideicomiso los bienes que afecten a la legítima de herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras permanezca la minoridad o la incapacidad.

8. UN SUPUESTO DE HERENCIA FIDEICOMISARIA: UN FIDEICOMISO DE FAMILIA, *SI SINE LIBERIS DECESSERIT*

Don Juan Alvarado Sánchez Carrión, otorgó testamento en 1922,¹⁶ y al no tener herederos forzosos designó herederos voluntarios a sus siete sobrinos, hijos de una hermana; estableció que si alguno de ellos falleciese sin hijos,¹⁷ los bienes de

15 Cfr. artículo 2293, 3 del Código Civil portugués.

16 El testamento es del año 1922 y los juicios se inician en el año 1944; de acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil de 1936, los derechos a la herencia del que hubiere fallecido antes de hallarse en vigor el nuevo Código Civil, deben regirse por las leyes anteriores a ese Código, por lo que se aplica para este caso lo dispuesto en el Código Civil de 1852.

17 Cfr. LEÓN BARANDIARÁN, José. *La sucesión hereditaria en la Jurisprudencia Suprema*. Lima, 1980, pp. 245-247, que recoge este caso y además presenta otras interesantes sentencias, desde 1936 a 1971, relativas a temas de Derecho Sucesorio. Para Barandiarán, el interés que muestra la sentencia es en relación a la figura de la legítima, en aplicación de los artículos 713 y 714 del Código de 1852, que en el fondo es lo mismo que se recoge en el artículo 705 del Código de 1936: «Sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravamen, modalidad, ni sustitución de ninguna especie»; el autor no examina la sentencia desde el punto de vista de la figura del fideicomiso familiar, o *sine liberi decesserit* (si falleciese sin hijos).

la herencia pasarían a los restantes herederos. Les impuso además la prohibición de la venta de la herencia en cualquier forma, así como la prohibición de que la herencia fuese administrada «por parte de los maridos» de las cuatro sobrinas.

Cierto es que el testamento es un negocio jurídico *mortis causa*, y como cualquier otro negocio jurídico permite que se pueda limitar o sujetar a los elementos accidentales del negocio, es decir, a condición, término o modo.

Nuevamente se trae a colación la cláusula de fallecimiento sin hijos. En concreto, se establece una sustitución fideicomisaria para el caso de que los sobrinos mueran sin hijos, en cuyo caso los bienes pasarían al resto de hermanos. Se ha ordenado, por lo tanto, el típico fideicomiso familiar; hay una expresa prohibición de disponer que afecta a los herederos fiduciarios y comprende la de enajenar a título oneroso o gratuito los bienes de la herencia. Ahora bien, en tanto y en cuanto se determina el destino de los bienes para el caso de cumplirse la condición, estamos ante una auténtica sustitución fideicomisaria condicional, como vimos en el supuesto anterior.

El tema a debate es el de la interpretación de las cláusulas del testamento, sobre las que se tramitan dos juicios:

- 1) El presentado por uno de los siete sobrinos (Humberto) para que se declare la caducidad de la herencia respecto de una de las herederas (Ofelia) al haber fallecido sin hijos;¹⁸
- 2) Y el del heredero testamentario (Heli) de una de las herederas (Ofelia), dirigido contra los demás, sobre nulidad de la cláusula 16.^a del testamento.

En el dictamen del fiscal Palacios se presentan los argumentos expuestos en esta segunda demanda relativos a la cláusula 16.^a, en cuanto a la prohibición de que los maridos puedan ser administradores de la herencia. Según la demanda, esa cláusula contiene una «condición imposible de cumplir y contraria a la ley, por lo que no debe subsistir, conforme al artículo 719 del acotado,¹⁹ y que además, está incurso en la prohibición que determina el artículo 703, inciso 2)²⁰ del mismo Código». El fiscal Palacios considera errados estos argumentos, ya que las condiciones impuestas en el testamento, «no pueden calificarse de imposibles de cumplir, ni contrarias a las leyes, ni a las buenas costumbres», puesto que el testador tiene facultad para imponer la condición, conforme al artículo 714,²¹ al tratarse de herederos voluntarios y no forzosos.

El fiscal tampoco ve en la condición *si sine liberis* impuesta, ilicitud o inmoralidad, «ni que constituyan herencia en fideicomiso», sino que más bien se trata

18 No hemos tenido acceso al citado expediente.

19 Artículo 719 del Código Civil de 1852: «Las condiciones imposibles de cumplirse, y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tienen por no puestas».

20 Artículo 703, inciso 2 del Código Civil de 1852: «Se prohíbe a los testadores: 2.º) Instituir herederos fideicomisarios».

21 Artículo 714 del Código Civil de 1852: «La institución de heredero voluntario puede hacerse desde día determinado, o hasta cierto día, o bajo condición».

de una disposición condicional del causante, respetada por la sobrina hasta que, pasados muchos años, hiciera su testamento nombrando heredero a su esposo (el ahora demandante), en lo referente a la libre disposición, «no de aquello en que sólo tenía el usufructo». Por el testamento de la sobrina se conoce que no tuvieron descendencia, por lo que al morir en 1942, se cumplió la condición establecida en el testamento de Juan Alvarado, caducando la herencia de la fallecida y pasando ésta a los otros seis hermanos, como herederos fideicomisarios.

El juez supremo declara fundada la demanda de caducidad de la herencia interpuesta por uno de los siete sobrinos (Humberto) e infundada la del heredero testamentario (Heli) sobre nulidad de la cláusula testamentaria.

El fiscal Palacios no advirtió que la condición impuesta por el testador sí suponía una sustitución fideicomisaria. Pero, precisamente esa «inadvertencia» le permitió salvar la cláusula de la que se trataba. Podemos decir que, en este caso y en otros semejantes, los jueces tienden a interpretar la cláusula *si sine liberis decesserit* de modo de no ver en ella una auténtica sustitución fideicomisaria.

Como han transcurrido veinte años desde que Juan Alvarado hiciera testamento y se ha cumplido la condición, los seis sobrinos restantes recibirán la parte de la herencia de su hermana fallecida, al haber muerto ésta sin hijos, como sustitutos fideicomisarios. Los herederos fideicomisarios reciben la herencia directamente del testador, que quiso fueran herederos de esa porción de la herencia: en el caso, la sobrina se comportó como verdadera propietaria de la herencia, pero sabiendo que si se moría sin hijos, debería entregarla a las personas indicadas por su tío Juan Alvarado, es decir a sus seis hermanos. En la voluntad del testador se encuentra la idea de no querer que esos bienes se dispersen en favor de parientes más lejanos, o quizás que lleguen a manos extrañas.

Lo que quería el testador, era beneficiar a sus siete sobrinos con el dominio pleno de los bienes de la herencia, pero atribuyéndoles la propiedad definitiva sólo en el caso de fallecer con hijos, supuesto que no ha ocurrido con la sobrina en cuestión. Lo importante y destacable en esta sentencia es la prevalencia de la voluntad del testador, que ordena su sucesión por no tener herederos forzosos.

En conclusión, el testamento de Juan Alvarado otorgado en 1922 fue declarado válido y eficaz por nuestros tribunales, gracias a la curiosa e insólita interpretación, técnicamente discutible, que le dieron el fiscal y el juez, a pesar de la prohibición expresa del Código de 1852.

9. CONCLUSIONES

1. La constitución de fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se prohíbe expresamente en el Código Civil peruano de 1852 (artículo 703, 2), por la clara influencia del *Code* francés de 1804. Como reacción a esta prohibición llegó a afirmarse una corriente doctrinal, dentro de la Comisión reformadora del Código de 1852, favorable a la validez de este tipo de sustitución, la cual, se decía, podía aceptarse tomando como modelo al Código Civil suizo, limitándola a un grado. Sin embargo, no se aceptó la propuesta y la sustitución fideicomisaria siguió excluida de la legislación.

2. El Código Civil de 1984 mantiene un silencio legislativo sobre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria que puede interpretarse en dos sentidos: en el de la no admisibilidad de las figuras fideicomisarias, en línea con la prohibición del primer Código de 1852; o bien como una implícita recepción de la figura, pero solamente en la herencia voluntaria, y dejando siempre a salvo la herencia forzosa. Por lo tanto, el Código civil actual deja una puerta abierta a la utilización del fideicomiso y la sustitución fideicomisaria sobre la base de la autonomía privada.
3. La sustitución fideicomisaria supone la obligación de conservar y transmitir los bienes, en vida o a la muerte del fiduciario, lo que implica la inalienabilidad de los bienes y un orden sucesivo preestablecido; en cambio, en el fideicomiso la transmisión o restitución es inmediata o a plazo cierto y no existe aquel orden.
4. El Código Civil de 1984 recoge solamente la figura de la sustitución vulgar, tanto para los herederos como para los legatarios. No encuentro obstáculo en la interpretación del artículo 738 para que el testador imponga aquellas condiciones o cargos que no contravengan los derechos fundamentales de la persona, recogidos en el artículo 2 de la Constitución peruana, o que la ley no prohíba: puedo decir que el legislador no prohíbe los fideicomisos ni la sustitución fideicomisaria.

Si bien el Código Civil regula exclusivamente la sustitución vulgar, pienso que cabría dar entrada en nuestro ordenamiento a la sustitución fideicomisaria, que puede llevar implícita la vulgar, como se contempla y dispone, por ejemplo, en el Código Civil alemán, en su parágrafo 2102, al igual que en otras codificaciones, como la portuguesa, la chilena o española.

Derecho a la identidad sexual: enfoque transexual

*Juan Carlos Eduardo Negro Balarezo**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La identidad sexual desde la perspectiva jurídico-científica. – 2.1. Aspectos generales. – 2.2. La identidad sexual. – 2.3. La determinación del sexo. – 2.4. 2.4. Diversas posiciones en cuanto a la determinación del sexo. – 2.5. Distinción entre género y sexo. – 3. El transexualismo y su relevancia jurídica. – 3.1. Definición del transexualismo. – 3.2. El transexual como sujeto de derecho. – 3.2.1. El derecho a la libertad. – 3.2.2. El derecho a la intimidad. – 3.2.3. El derecho a la salud. – 3.2.4. El derecho a la integridad psicosomática. – 4. La modificación registral del prenombre y del sexo. – 4.1. Cambio de prenombre y sexo. – 4.2. Argumentación de la posición contraria. – 4.3. La experiencia jurisprudencial peruana. – 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Una persona de nacionalidad peruana va caminando en dirección al Congreso de la República para reunirse con un Congresista a fin de proponerle un desarrollo legislativo sobre el Derecho

* Docente Universitario de la Universidad Nacional de Piura.

a la Identidad Sexual, a la entrada del Congreso personal de seguridad le solicita su identificación, a lo cual accede presentado su DNI, luego del cual el personal de seguridad le manifiesta que no puede ingresar — precisos momentos que personal policial lo detiene — ante lo cual la persona detenida manifiesta porque tiene que detener yo Juana Pérez Castro, conozco mis derechos y no he cometido ningún delito, siendo que con posterioridad a ello, el Fiscal Provincial Penal de turno, le manifiesta que el motivo de la detención se ha debido a la presunta utilización de documento que no le corresponde dado que ha utilizado el DNI de Juan Pérez Castro y que la persona de «Juana Pérez Castro» que ha utilizado para identificarse no existe en la RENIEC.

El cuadro exagerado señalado precedentemente constituye un exótico caso que puede originarse en nuestra realidad nacional teniendo en cuenta la existencia de varias personas en el mundo mediante un proceso de «reasignación de sexo» que incluye la operación de «cirugía de reconstrucción genital» logran cambiar de sexo, es decir logran identificarse con el sexo deseado y anhelo por su interior, existiendo entonces cambios de hombre a mujer y viceversa, aspecto que es conocido a nivel nacional como un «transexual» ante ello surge la interrogante ¿El Derecho a la Identidad abarca el estricto derecho a la identidad sexual?

2. LA IDENTIDAD SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-CIENTÍFICA

2.1. Aspectos generales

No es posible comprender los alcances de la identidad personal sin conocer la estructura libre y coexistencial del ser humano. La identidad abarca plenamente la unidad en que consiste el ser humano, tanto en lo que concierne a su vertiente psicosomática como a las conductas y a las ideas que generan su calidad de ser libre. La identidad es aquella del ser del hombre consigo mismo. Es decir, «yo soy el que soy y no otro».¹

Roppo señala que ha habido una suerte de cambio en la concepción de tutela de los derechos de la persona, vale decir, se identifican por un lado «derechos de la personalidad», concebidos y descritos como pretensión a la limitación de poderes o comportamientos ajenos, como pretensión a que otros no hagan, en la lógica de una contraposición entre autoridad y libertad que nos remite, por decir así, a los principios que ordenan la sociedad liberal. De otro lado, se coloca un «derecho a la identidad personal», entendido «no ya como pretensión a que otros no hagan, sino como pretensión del sujeto a (ser puesto en consideración) ser el mismo, como pretensión a la positiva expresión de la propia personalidad, pretensión de afirmar la propia presencia, a conseguir la atención de otros».² Se pasa

1 Ídem, pp. 12-13.

2 ROPPO. «Diritti della personalità, diritto alla identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del diritto». En *L'informazione e i diritti della persona*, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Derecho de las Personas». Lima: Edit. Huallaga, 2001, 3.^a Ed., p. 164.

así de una concepción negativa de los derechos de la persona a una concepción positiva y de «formas de tutela *ex post* a formas de tutela preventiva, de formas de tutela individual; a formas de tutela en cualquier modo colectiva, de reacciones contra singulares episodios lesivos a la predisposición de medios, de estructuras, de aparatos capaces de prevenir la ocurrencia de lesiones».³

De Martini, pone de relieve el nacimiento jurisprudencial de este derecho, frente a una doctrina aún incierta y perpleja.⁴ El derecho a la identidad personal tutela el respeto de la «verdad histórica» del individuo. Sin embargo, sobre el ser humano incide tanto una verdad objetiva como una verdad subjetiva. ¿Qué tipo de verdad tutela el derecho? De Martini responde que «es sin embargo evidente que la tutela, en términos jurídicos, de la identidad personal no puede extenderse hasta comprender la tutela de la verdad subjetiva, y que por consiguiente la verdad de la cual se puede exigir respeto es una verdad «media», constituida por la media de las representaciones subjetivas de una determinada sociedad, de una determinada persona, cuales resultantes de hechos, situaciones y comportamientos a ella referibles. La verdad tutelable no puede ser, por consiguiente, más que aquella resultante de un juicio de especie, caso por caso».⁵ No debemos olvidar que la objetividad es la subjetividad compartida.

El derecho a la identidad, que ha sido denominado como el «derecho a ser uno mismo»,⁶ presenta no pocos problemas, porque, dado su carácter de naturaleza variable, resulta discutible «a cuál identidad deba hacer referencia: si — por ejemplo — a la identidad de hoy o aquella de ayer; si a la identidad «consolidada» resultante de antiguas militancias o a aquella que nace de una reciente evolución, con la cual el «desenvolvimiento» de la personalidad se haya dirigido hacia una nueva conciencia y una nueva «imagen» del sujeto, realizando, en definitiva, un derecho a no ser siempre lo que se ha sido y a perseguir la novedad de la propia persona».⁷

3 Roppo, en sentido contrario a De Martini, cuando afirma que el derecho a la identidad personal está dirigido a «una tutela no contra la falta de representación de cada verdad, sino — más modesta y concretamente — contra las deformaciones y las distorsiones de una o más específicas verdades concernientes a un individuo» («Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza in tema di diritto alla identità personale»). En *L'informazione e i diritti della persona*, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 164.

4 DE MARTINI, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 165.

5 DE MARTINI, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 165.

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El derecho a la identidad personal». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y del Sistema Jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 83. En este mismo sentido: «Este derecho protege el interés de la persona a ser representada, en la vida de relación, a través de su verdad personal, tal como ella es conocida o podría serlo — por medio del criterio de la normal diligencia y buena fe — en la realidad social. El respeto impone, por ello, el guardar fidelidad con el patrimonio intelectual, político, religioso, ideológico, profesional, etc., de la persona, conocido en el ambiente, cuando se la describa». (VEGA MERE, Yuri. *Derecho Privado*. Lima: Grijley, 1996, tomo I, p. 156), citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 166.

7 ZATTI. «Note sul diritto all'identità personale». En *L'informazione e i diritti della persona*, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 166.

Para Alpa «la identidad ideal cambia con la evolución interior de la persona, con su formación y maduración constante, con sus contradicciones, sus incoherencias, sus *réirements* intelectuales: Identidad personal significa el reflejo ideal externado de la interioridad de la persona; significa en otros términos que la identidad es «actual»; pero también es el reflejo de una serie sucesiva de diversas identidades, cuando el sujeto, en vez de ser coherente consigo mismo, haya, voluntariamente o no, cambiado sucesivamente de identidad»,⁸ agregando que «los hechos de crónica, las diatribas culturales, los conflictos políticos, sociales, religiosos nos cuentan innumerables episodios de lesión de identidad personal que no podrían importar lesión en sentido jurídico: la verdad (histórica) — en mi opinión — debe prevalecer si se justifica por exigencias sociales y su investigación no es fruto de un daño intencional o negligente, de aprovechamiento de notoriedad, o de chismosería malévola».⁹

En efecto, en aras de una aprehensión dinámica del derecho a la identidad, dentro de los parámetros establecidos, cabe hablar de una suerte de *derecho al olvido*.

Un caso, por su particular gravedad, conmocionó a la comunidad colombiana. En el año de 1981, a los seis meses de nacido, un menor sufrió la cercenación de sus genitales, debido a la agresión de un perro. El niño fue trasladado a un hospital en el cual, a iniciativa de los médicos, que influenciaron en la decisión de los padres (quienes eran de escasa cultura y semianalfabetos) se le practicó una operación de «reasignación de sexo». En el período comprendido entre septiembre de 1981 hasta el 28 de julio de 1986, el menor fue encargado al albergue de monjas la «Casa del Niño Dios», donde se le dio la orientación propia de una niña. En mayo de 1986, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), abre la historia integral del menor, porque la directora del albergue se presentó al Centro Zonal para que se le dé un «tratamiento especial» al menor para que quede como una niña. La Defensora de Menores decreta su ubicación en un hogar sustituto. En abril de 1987 se le practica una segunda operación de remodelación de los genitales externos. En julio de 1987 se tramita un proceso que concluye con el mandato judicial del cambio de nombre del menor. El Juzgado que conoció el proceso de jurisdicción voluntaria, expresó que: «ha quedado plenamente establecida la necesidad de sustituir el nombre que se había fijado al menor, antes de sexo masculino, por otro que coincida con su sexo que ha pasado a femenino».

El menor sale del hogar sustituto en 1989 y regresó con sus padres biológicos. Sin embargo, el menor «comenzó a rebelarse contra los «roles» que le habían impuesto los tratamientos médicos».¹⁰ Aquí es donde el menor acude ante el Personero Municipal, para que en su representación interponga una demanda de tutela contra el médico que le practicó la operación, contra el Hospital Universitario San Vicente de Paul (que practicó la adecuación), contra el I.C.B.F. y contra sus padres.

8 ALPA. citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 167.

9 Ídem, p. 167.

10 Sentencia T-477/95 del 23.10.95 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 168.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, con sentencia del 24 de febrero de 1995 amparó la tutela y se tomaron las siguientes medidas: se ordenó al Hospital conformar un grupo interdisciplinario que buscara implantar un pene al menor si ello era posible, se ordenó la rectificación de la partida y la atención psicológica, por parte del I.C.B.F. Habiendo sido seleccionado el expediente para su revisión en la Corte Constitucional, la Sala Séptima, con fecha 23.10.95, estableció, entre otros aspectos, que: «en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional».¹¹

Agregando enfáticamente, que:

Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte «la presencia de mí» (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aun de «género» (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del «género» que unos médicos determinan con la disciplina de que era lo «menos malo». En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.¹²

Este derecho a ser uno mismo y no ser confundido con «los otros», a que se nos atribuyan comportamientos propios y no ajenos, ha sido reconocido por la Constitución Política del Perú (siguiendo a su homóloga portuguesa), en el artículo 2.1 de dicha Constitución.

11 Ídem, p. 168.

12 Sentencia T-477/95, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 169.

2.2. La identidad sexual

La identidad sexual constituye un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se haya presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. De ahí que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia de la temática de la identidad personal, pese a los problemas aún irresueltos.¹³ La identidad sexual se haya, al igual que la identidad personal, en estrecha conexión con una pluralidad de derechos de la persona, como los atinentes a al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la integridad psicosomática y con el que se contrae a la disposición del propio cuerpo.

Con respecto al libre desarrollo de la personalidad, su esencia radica en aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son constitutivas a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa una persona humana. En un plano más ontológico que el anterior, constituye la facultad de «realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios».¹⁴

La salud, entendida como libre desarrollo de la personalidad, no se reduce sólo al aspecto físico del sujeto sino que ella abarca la salud psíquica, la misma que comprende la salud sexual. Como anotan Garutti y Macioce, «el bienestar psicofísico del individuo se vería turbado si no le fuese reconocida su real identidad sexual».¹⁵

El derecho-deber a la identidad sexual, de un lado, protege al ser humano y, del otro, impide que los demás desnaturalicen, desfiguren, falsee, nieguen o le atribuyan pensamientos o conductas que no le pertenecen.¹⁶ Desde la perspectiva científica, el tema sobre la identidad sexual es relativamente profusa, sin embargo respecto a la ciencia jurídica existe todavía un interés mediano para afrontar el problema referente a la identidad sexual y a la consiguiente posibilidad de un «cambio de sexo»; desde una perspectiva jurídica la necesidad de reconocer lo que se ha denominado «el derecho a la identidad sexual», tiene su origen en la necesidad de redefinir el sexo, pero no desde los supuestos y planteamientos

13 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1992, p. 291.

14 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-481 de 1998, fuente citada por el autor colombiano LOZANO VILLEGAS, Germán. «El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: El transexualismo». En <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa2/41s.pdf>.

15 GARUTTI - MACIOCE. «Il diritto alla identità sessuale, en Rivista de Diritto Civile», 1981-II-281, citados por Mariana Casas en «El derecho personalísimo a la identidad sexual», <http://revistapersona.8m.com/35Casas.htm>.

16 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 21.

de las ciencias sociales o desde las aportaciones de las teorías sobre el sistema de sexo-género de las sociedades patriarcales, sino más bien desde la medicina y la sexología que se replantea el concepto y la diagnosis del sexo. Un sector de la Doctrina afirma que la identidad sexual se refiere al hecho de que una persona se sienta partícipe de un determinado género con el cual se identifica.

2.3. La determinación del sexo

El jurista nacional Fernández Sessarego señala a un sector de la Doctrina que opina que la determinación del sexo se da por la morfología de los órganos genitales exteriores del sujeto, es decir, por la apariencia física, se trata pues del sexo originario o biológico que coincide con el que aparece inscrito en el Registro de Estado Civil. Constituye un elemento inmutable, inmodificable, que se adquiere por el hecho del nacimiento, consiguientemente resultan ineficaces e ilegítimas las terapias médicas o intervenciones quirúrgicas tendientes a obtener ciertas modificaciones del aparato genital externo para adecuarlo a las exigencias psicosociales de una persona: varón o mujer a la que se conoce como «transexual».¹⁷ Otro sector opina que el sexo no es sólo una expresión puramente biológica, somática, fundada en la apariencia física, sino que comporta una dimensión Psicológica, referida a que la persona se siente y está convencida de pertenecer a un sexo diverso del aquel que la naturaleza erróneamente le asignó. Por ello, esta posición preconiza la libertad del sujeto para vivir según el sexo que concilia con su decidida inclinación psicosomático, con el que se siente existencialmente identificado, razón por lo que se deberá considerar lícito el «cambio de sexo», en cuanto se origina en un acto de libre decisión del sujeto, teniéndose siempre en cuenta el interés de los terceros.

2.4. Diversas posiciones en cuanto a la determinación del sexo

Un sector de la misma considera como criterio prevalente —y hasta exclusivo— para conocer el sexo de la persona, aquél que está dado por la morfología de los órganos genitales exteriores del sujeto, como lo hemos señalado anteriormente, se trata del sexo originario o biológico. Esta posición privilegia el elemento objetivo, se sustenta en razones de seguridad y certeza jurídicas, las cuales según se precisa, deben presidir las relaciones de la vida social en cuanto al sexo de las personas. Asimismo esta posición implica asumir desde un punto de vista estático y unilateral la «sexualidad».

Lo antagónico a esta posición la constituye aquella que versa sobre una dimensión psicológica del sexo, un cierto comportamiento social, un sentimiento profundo de la persona que consiste en «sentirse» y estar «convencida» de pertenecer a un sexo diverso de aquél que la naturaleza erróneamente le asignó. Los doctrinarios que defienden esta posición señalan que la misma se establece como un elemento dinámico del sexo.

17 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 294.

2.5. Distinción entre género y sexo

Autorizada doctrina señala que la más atenta y sensible a los términos «sexo» y «género», está en el hecho de considerar al sexo como un hecho complejo, en el que confluyen e interactúan diversos elementos. Los especialistas suelen mencionar un conjunto de factores como son, en síntesis, aquéllos de orden biológico, de carácter psicológico de naturaleza jurídico-social.

A partir de una visión en la cual dichos elementos se presentan estrechamente interconectados, se suele reservar la expresión «sexo» para referirse a sus connotaciones anatómicas y fisiológicas, mientras que al término «género» se le otorga un contenido conceptualmente más extenso, dentro del cual se comprende «todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, sobre todo, el momento psicológico y cultural».

3. EL TRANSEXUALISMO Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

3.1. Definición del transexualismo

La palabra transexual es una expresión que califica a un tipo de personas. El término es un neologismo introducido a comienzos de los años cincuenta por el psicoterapeuta norteamericano Harry Benjamín. Al Transexualismo se lo describe como una situación existencial que se despliega en la dimensión intersubjetiva y que, por lo tanto, no puede ser ajeno a una valoración ética y jurídica.¹⁸ Lo característico del transexualismo es la existencia en la persona el deseo de pertenecer al sexo opuesto, es permanente y obsesivo, está decidido a modificar su aspecto sexual mediante una dolorosa intervención quirúrgica a fin de adecuarla al que corresponda su propia vivencia.

3.2. El transexual como sujeto de derecho

El derecho protege al ser humano. Es el centro de su preocupación. Es su objetivo, su razón de ser. Para ello ha sido creado por el ser humano como un producto cultural. El derecho tutela, dentro del bien común, la vida, la libertad, la salud, la integridad psicosomática, el honor de la persona humana.¹⁹

En tanto ser humano, el transexual tiene derecho a decidir libremente cómo proyecta su vida y, consiguientemente, a realizarse como persona. El transexual decidió vivir, de acuerdo a un hondo llamado existencial, como si perteneciera al sexo opuesto a aquel con el que está inscrito en los registros correspondientes. El transexual tiene derecho a una identidad sexual que no es otra que aquella que brota del hontanar de su ser y se proyecta en sociedad a través de su personalidad, la misma que no es coincidente con su sexo cromosómico. El transexual tiene derecho a la salud o bienestar integral del que no goza desde su infancia. El

18 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 315.

19 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 20.

transexual tiene derecho a disponer de su cuerpo en la medida que ello obedece a una necesidad médica para recuperar la salud que nunca tuvo.²⁰

3.2.1. *El derecho a la libertad*

Como dice Fernández Sessarego, la posibilidad de todo ser humano de decidirse plenamente como hombre. O en otros términos, de poder hacer todo aquello que está jurídicamente permitido, que no esté expresamente prohibido, siempre que no se atente contra el derecho ajeno, el interés social y no signifique un abuso del derecho.²¹

De este derecho se desprenden, en general aquellos derechos que de alguna manera se refieren a la posibilidad de proyectar y realizar la vida humana según el arbitrio del sujeto dentro del marco del ordenamiento jurídico, ético, o el interés social, de allí que se aluda a un conjunto de libertades.²²

El transexual, en cuanto se libre, tiene el derecho de proyectar su vida de acuerdo a una incontrolable exigencia existencial que no es, ciertamente, un capricho. El transexual, como cualquier otro ser humano, tiene el derecho a ejercer fenoménicamente su libre decisión, a proyectar su vida de acuerdo al condicionamiento que le impone su propia naturaleza, a realizar su vida plenamente.²³

3.2.2. *El derecho a la intimidad*

En doctrina y en jurisprudencia se ha planteado el problema relativo a si un transexual debe ser tutelado en lo que concierne a la intimidad de su propia vida privada. Un sector mayoritario considera que el transexual, como cualquier otro sujeto, debe ser protegido en lo que atañe a la esfera de la reserva de su vida íntima. No obstante, no puede ocultarse que este asunto plantea un «delicado problema de equilibrio entre exigencias de tutela de la intimidad del sujeto que ha cambiado de sexo, de un lado, y exigencias de certeza para los terceros en lo que concierne al desarrollo de las relaciones jurídicas, del otro».²⁴

3.2.3. *El derecho a la salud*

La salud, entendida como el libre desarrollo de la personalidad, sitúa a la reasignación quirúrgica de sexo dentro del derecho que tiene todo ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad. La doctrina es unánime al reconocer que la salud no se reduce sólo al aspecto físico del sujeto son que ella abarca la salud psíquica, la misma que comprende la salud sexual, ya que, como anotan Garutti y Macioce, «el bienestar psicofísico del individuo se vería turbado si no

20 Ídem, p. 20.

21 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, citado por VÁSQUEZ RÍOS, Alberto en «Derecho de las personas». Lima: Editorial San Marcos, tomo I, 1997, p. 115.

22 Ídem, p. 115.

23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Op. cit.*, p. 20.

24 MANTOVANI, Manuela. «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, en «Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 1985-II-13, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Op. cit.*, p. 360.

le fuese reconocida su real identidad sexual».²⁵ El transexual, por consiguiente, mientras no logre su objetivo, al costo de una intervención quirúrgica, no disfrutará de salud, no obtendrá el bienestar que nunca tuvo.

3.2.4. *El derecho a la integridad psicosomática*

El ser humano no tiene derecho a disponer de su cuerpo salvo ciertos casos señalados por la doctrina, la jurisprudencia o la ley. Consecuentemente, el sujeto no puede automutilarse así como, de otro lado, los demás tienen el deber de respetar dicha integridad psicosomática. El derecho establece ciertas excepciones en relación con dicho principio general. Así, se puede disponer de las partes del cuerpo que se regeneran, como la sangre, los óvulos, el líquido seminal, los cabellos, la leche materna. Se puede, del mismo modo, disponer, por razones humanitarias, de ciertos órganos dobles, como los riñones, para salvar o prolongar otras vidas humanas mediante un trasplante de órganos. Finalmente, es válido disponer de partes del cuerpo si su exigencia corresponde a un estado de necesidad médico-quirúrgico. A veces es indispensable, como en el caso de una gangrena en un miembro inferior, el perder una pierna antes que la propia vida.²⁶

Dentro del ordenamiento jurídico positivo del Perú, la posibilidad de parte del transexual de someterse a una intervención quirúrgica está contemplada y permitida expresamente en el artículo 6 del Código Civil. En este numeral se prescribe que «los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente a la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres». Mas, a continuación dicho numeral establece que dichos actos de disposición «son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios».²⁷

4. LA MODIFICACIÓN REGISTRAL DEL PRENOMBRE Y DEL SEXO

4.1. Cambio de prenombre y sexo

Es de interés social la identificación estática de las personas para poderlas ubicar e individualizar dentro de la sociedad. Esta identificación se materializa a través de las partidas que, relativas a cada sujeto, aparecen en el registro civil. Los datos que ahí figuran deben corresponder a la verdad personal para satisfacer la exigencia comunitaria de certidumbre en lo que concierne a la identificación del sujeto.

El interés público relativo a la exigencia de certeza en las relaciones inter-subjetivas, comprende otros aspectos que no pueden ser descuidados cuando se

25 GARUTTI - MACIOCE. «Il diritto alla identità sessuale, en Rivista de Diritto Civile», 1981-II-281, citados por Mariana Casas en «El Derecho Personalísimo a la Identidad Sexual», <http://revistapersona.8m.com/35Casas.htm>

26 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 23.

27 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 23.

indaga por soluciones jurídicas adecuadas al problema de la mutación de sexo. Existe una variada gama de consecuencias, en las que está en juego el interés público, como son las que se refieren al matrimonio, al servicio militar, a las sucesiones, a los casos de internamiento hospitalario o penitenciario, a las relaciones de trabajo, entre otras situaciones que requieren de certeza.²⁸

Existe, sin duda y como se ha explicado, un innegable e insoslayable interés del ser humano en lo que atañe a la afirmación y reconocimiento social de su identidad personal, de la cual constituye elemento integrante la identidad sexual. Es por ello, que en el caso de transexualidad, la modificación de los datos registrales, no sólo sería apropiada para no vulnerar el orden público, sino como un elemento esencial del reconocimiento de la nueva situación de quien ha realizado una intervención tendiente a reafirmar el sexo que siente como propio.

4.2. Argumentación de la posición contraria

En lo que concierne al primer argumento expuesto por los opositores a la admisión legal del cambio de sexo, o sea el de la necesidad de la certeza jurídica, debe tenerse en cuenta que es del todo discutible, ya que el procedimiento judicial que conduce al cambio de sexo en los países que lo han legalizado, tiene como finalidad última la adecuación de la partida de nacimiento al nuevo estado sexual adquirido por el sujeto como consecuencia de una intervención quirúrgica, que deriva de una adecuación psicosomática para el sujeto (quien antes creía contratar con una mujer lo hacía con un hombre). Es decir, se obtiene precisamente la certidumbre que emana de los registros del estado civil. En lo que atañe el segundo argumento, es decir el referido a las buenas costumbres, se observa que por tratarse de una valoración ética, ella está librada, a los criterios mayoritariamente imperantes en una sociedad dada. Existe en cada comunidad y en cada época una posición ética compartida que corresponde a una cierta concepción del mundo.

Por otra parte, lo que resulta atentatorio contra las buenas costumbres, contra lo cual es natural y socialmente aceptable, es que el sujeto, genéticamente varón, actúe y se comporte como una mujer. Ello sí puede devenir en un escándalo que la comunidad rechaza. Lo sensato, lo honesto, sería que se permita a aquel «varón» vivir de conformidad con el llamado profundo de su propio «yo», ser auténtico, asumir plenamente su propia identidad personal no contribuyendo a su frustración existencial. El último argumento, referido a la integridad física, se rebate diciendo, que el derecho a la integridad protegido por los ordenamientos jurídicos se refiere a la integridad psicofísica, que la persona humana constituye una unidad inescindible de ambos aspectos. De ahí que la oposición a efectuar intervenciones quirúrgicas de adecuación de los genitales exteriores resulta ser, precisamente, lacerante de la integridad del sujeto.

28 CASAS, Mariana. «El Derecho Personalísimo a la Identidad Sexual». <http://revistapersona.8m.com/35Casas.htm>.

4.3. La experiencia jurisprudencial peruana

Está el caso de un ciudadano peruano que se sometió a una intervención quirúrgica en los Estados Unidos con la finalidad de adecuar sus genitales externos al sexo femenino. En 1969 contrajo matrimonio civil con un ciudadano norteamericano, adoptando el nombre correspondiente a su nuevo estado, nombre que consta en su certificado de naturalización de los Estados Unidos de Norteamérica y en su pasaporte norteamericano. En octubre de 1988, interpuso una demanda en la vía ordinaria a efectos que se rectifique (sólo) su nombre ante el Décimo Noveno Juzgado en lo Civil de Lima, en donde se declaró fundada la demanda, aplicando el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 233, inciso 6, Constitución 1979, que se refieren a la obligación de administrar justicia por parte del juez en caso de vacío o deficiencia de la ley. La Sexta Sala Civil de la Corte Superior, revocó la sentencia de primera instancia fundamentando que, bajo la pretensión jurídica de cambio de nombre en vía de rectificación de partida, se solicita, en realidad, «el reconocimiento de un presunto cambio de sexo», que la parte interesada consiguió mediante autorización judicial efectuada en el extranjero, lo cual, para tener fuerza ejecutiva en el territorio nacional, debería seguir los trámites de reconocimiento y homologación de sentencias extranjeras. La Segunda Sala Civil de la Corte Suprema, con fecha 22 de mayo de 1992, confirmó esta última decisión, basándose en la insuficiencia de las pruebas ofrecidas. La máxima de la decisión que se puede extraer es la siguiente: «el cambio en el nombre importa también la rectificación de la correspondiente partida, en cuanto al sexo. Por ello, no es posible autorizar un nombre femenino a quien está inscrito como varón aunque haya sido intervenido quirúrgicamente, por cuanto ello no ha sido acreditado».

El actual Código Procesal Civil, en su artículo 826, permite la rectificación del nombre y, a diferencia del código derogado, del sexo registral de una partida de nacimiento, vía proceso no contencioso. Dispone asimismo que cuando se trate de error manifiesto de atribución del sexo, que fluya del propio documento, y no se haya formulado contradicción, el juez podrá resolver sin necesidad de observar lo previsto en el artículo 754 CPC, vale decir, fijación del plazo para la audiencia de actuación y declaración judicial, actuación de medios probatorios en caso de haber contradicción y sustentación oral (artículo 829 CPC). Nótese que no se ha solicitado el cambio de sexo registral, sino el del nombre (lo cual equivale a la *kleine Lösung* alemana). En mi consideración, el demandante formuló tímidamente su pretensión, por temor que sea declarada improcedente. En efecto, si el interesado emprendió «el viaje sin retorno» al someterse a una intervención médico-quirúrgica de adecuación de los genitales externos, cuesta comprender el motivo por el cual sólo se solicita la rectificación registral del nombre y no del sexo (salvo, como advertí, que se tema el rechazo del juez). Aún poco convencido del *equilibrio* del petitorio, no contesto la decisión de primera instancia de pronunciarse en congruencia con lo solicitado, pues en caso contrario, habría incurrido en un fallo nulo por *extra petita* (más de lo solicitado). Un juez diligente, que hubiera advertido esta situación, si se presentase hoy día, de acuerdo al inciso 3 del artículo 426 C.P.C., hubiera declarado inadmisibile la demanda, porque el petitorio se encuentra incompleto o impreciso. La segunda instancia debió

haberse pronunciado en ese sentido, repito, declarando inadmisibile la demanda, anulando todo lo actuado.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior y la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema, si bien es cierto, advierten este *impasse*, se pronuncian sobre lo que no pidió el accionante: la rectificación del sexo registral, debiendo haberse limitado al contenido del objeto de la pretensión. Sin embargo, ambas salas no desconocen el derecho a la identidad sexual que tiene el transexual. Simple y llanamente, se rechaza la pretensión procesal, por cuanto no se ha hecho valer «en la vía y forma de ley» (Corte Superior) y porque no se ha acreditado la existencia de la historia clínica ni del mandato judicial de la Corte Distrital de California que identificaban al demandante como perteneciente al sexo femenino (Corte Suprema).

5. CONCLUSIONES

1. La identidad sexual, es el derecho que tiene toda persona de pertenecer a un sexo determinado y vivir conforme a él. Por ende puede ser distinguido en dos aspectos, uno estático (características biológicas) y uno dinámico (sexualidad vivida psicológica). La identidad sexual debe ser considerada en nuestro ordenamiento jurídico peruano como un derecho independiente del derecho a la identidad personal, para lo cual requiere de una legislación expresa.
2. La situación problemática del transexual se da en dos aspectos: por un lado tiene la necesidad física de cambiar de sexo, por existir una incompatibilidad entre el distinguido y el sexo anatómico que posee y por otro lado, luego de someterse a la intervención quirúrgica tiene la necesidad de ser reconocido en su nuevos status, por ello será necesario realizar un cambio de prenombre y de sexo, acordes a su nueva identidad.
3. Los transexuales deben ser tratados por todos los segmentos sociales, así como por nuestros legisladores y juzgadores como Sujetos de Derecho, con plena capacidad de goce y ejercicio, sin discriminación alguna hacia ellos, cuando ejerciten su legítimo derecho a la identidad sexual, haciendo prevalecer también el derecho de igualdad ante la Ley.
4. Las Intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo o reasignación de sexo deben ser considerados lícitas por cuanto se sustentan en el Derecho a la integridad Sexual, por el cual cada persona es libre en su actuar conforme al sexo psicológica y socialmente aceptado. Asimismo el Derecho a la libertad Personal es el fundamento para que un transexual pueda decidir someterse a dicha intervención.
5. Nuestros magistrados del poder judicial deben autorizar mediante Sentencia expresa, se proceda al cambio de prenombre y de sexo biológico en los documentos de identidad de los transexuales, teniendo como fundamento los dispositivos legales vigentes, que si bien no son expresos, son susceptibles de interpretación y argumentación jurídica por nuestros jueces, asimismo podrán revisar la diversa legislación y jurisprudencia comparada,

en tanto no se apruebe una legislación específica que regule el ejercicio del derecho a la identidad sexual, conforme lo estamos proponiendo.

6. Finalmente, considero necesaria la dación de una Ley expresa que regule todo el procedimiento previo y el proceso judicial pertinente que regulará el cambio de sexo y prenombre en el caso de los transexuales, en donde se debe especificar con meridiana claridad los casos de procedencia o improcedencia, así como los requisitos generales y específicos que tendrá el juez al momento de autorizar vía sentencia, el cambio de prenombre y sexo solicitado, con lo cual se garantizará un real y efectivo ejercicio del derecho a la identidad sexual de parte de estos sujetos de derecho denominados «transexuales».

Responsabilidad extracontractual por daño causado al otro cónyuge por un tercero

Marco Carmona Brenis**

El no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana.¹

1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de la gran importancia que ha tenido y tiene hoy en día la institución de la familia para la sociedad, por ello los estados le otorgan su reconocimiento y protección Constitucional, y su regulación a través de su normativa interna, asimismo, se encuentra protegida en los diversos instrumentos normativos internacionales, por ser un instituto natural de la sociedad.

El presente tema a desarrollar, está referido a establecer según la tendencia jurisprudencial extranjera (Francesa, Española, Chilena, costarricense, entre otras) la posibilidad que tiene uno de los cónyuges de poder accionar en nombre propio vía responsabilidad extracontractual, como consecuencia del daño ocasionado a su cónyuge por acto ilícito de un tercero, por haberse producido indirectamente hacia este un daño económico

* Abogado por la Universidad César Vallejo, Magister en Docencia Universitaria por la Universidad César Vallejo. Director de Escuela de Derecho de la Universidad Señor de Sipán. Fiscal Superior Suplente del Consejo de Justicia Militar de Lambayeque. Miembro Ordinario del Instituto Peruano de Derecho Civil. Docente de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Señor de Sipán.

1 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La responsabilidad civil*. Profesor Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

o moral, a tenor de lo que señala el artículo 1984 del Código Civil: «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia».

Para desarrollar este tema, en primer lugar estableceré la importancia y regulación jurídica que cobra hoy en día la institución de la familia, en especial la sociedad conyugal, en segundo lugar, me dedicare a desarrollar los principales características en torno a la responsabilidad extracontractual y, por ultimo lo referente a la Teoría del «Rebote» o Reflejo desde su distintas variantes.

2. DESARROLLO

Antes de pasar a desarrollar el tema en mención, ubicaremos previamente dentro de qué clase de derechos subjetivos se encuentra el derecho a examinar.

Al respecto consideraremos la clasificación del jurista Díez-Picazo y Gullón:

2.1. Tipos de derechos subjetivos²

- A) **Derechos subjetivos públicos.** Como consecuencia de las relaciones entre el Estado y los particulares. Son derechos a favor del estado el derecho de exigir prestaciones tributarias
- B) **Derechos subjetivos privados.** Por la naturaleza de los bienes e intereses se clasifican en:

De la personalidad.- Referido a la defensa de los atributos y cualidades de la persona *Vgr.* Derecho al nombre, a la identidad, al honor, a la intimidad, etc.

Patrimoniales.- Poderes a realizar los fines económicos de la persona. *Vgr.* Propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.

De familia.- Atribuidos como consecuencia de la posición en que esta se encuentra dentro de las relaciones de naturaleza familiar. *Vgr.* Derechos entre cónyuges, derivados de la filiación, etc.)

2.1. La familia (sociedad conyugal)

La familia es considerada como la institución social más importante, por ser esta anterior al orden jurídico, por ello los estados deben establecer los mecanismos legales para lograr su desarrollo y vigencia.

En nuestro país, la familia encuentra su protección en el Art. 4º de nuestra Constitución, considerándola como “un instituto natural y fundamental de la sociedad, por consiguiente se convierte en un interés general. Asimismo, se

2 Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1994, 6.ª Ed., vol II.

regula su desarrollo en el código civil vigente (1984), y en otras normas que las complementan.

Su reconocimiento como tales equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos y que, por lo tanto, son materias de promoción, protección y conservación.³

La razón de su regulación constitucional, como señala el Maestro Bidart Campos es disipar toda duda acerca de la posibilidad de invocar dichas normas en la jurisdicción constitucional, así como descalificar cualquier otra norma inferior que sea desafin, incompatible violatoria.⁴

Los instrumentos internacionales, también han albergado a esta institución, dándoles su reconocimiento y señalando su protección. La declaración universal de los derechos Humanos (1948), en su artículo 16 señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado". Asimismo, la declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (1948), prescribe en su artículo sexto que "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966), señal en su artículo 23 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tienen derecho a la protección de la sociedad y del estado", asimismo, reconoce el derecho del hombre de y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello.

Nuestro Código Civil de 1984 no define a la familia, pero señala en su Art. 233° que la importancia de su regulación es el de "contribuir a su consolidación y fortalecimiento".

La familia es definida como "el conjunto de personas que guardan entre sí relaciones de parentesco en el cuarto grado de consanguinidad y en segundo de afinidad".⁵

La familia tiene como fuente al parentesco, al matrimonio y a la filiación.

La sociedad conyugal que se sustenta en el matrimonio es definida en el Art. 234 del CC., y es regulada desde el art. 239 al 360 del mismo cuerpo normativo, en donde se señalan los efectos jurídicos de carácter personales entre los cónyuges, como son: a) El artículo 287 señala las obligaciones comunes que tienen los cónyuges frente a los hijos (alimento y educación), y b) Del artículo 288 al 290 del CC. se establecen los deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges como son el deber de fidelidad, de asistencia y de cohabitación.

Afectivamente la sociedad conyugal se sustenta en el deber de asistencia y se refiere al deber de ayuda mutua, al de estar asistirse en las buenas y en las malas. La asistencia no solo debe de ser económica, sino también moral. Este de-

3 BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis comparado*, p. 194.

4 BIDART, Germán. «El derecho de familia desde el Derecho de la Constitución». *Entre abogados*. San Juan, 1998, año VI, n.º 2, p. 17, citado por Efrén Chávez Fernández.

5 BERNALES, Enrique. *Ob. cit.*, p. 189.

ber comprende la obligación mutua de cooperar en las labores domésticas y el de prodigarse cuidados mutuos.⁶

Además de las normas antes mencionadas, dentro del libro de familia del CC., se contemplan otras normas que regulan obligaciones y derechos por el hecho de ser cónyuges, como son: El **Artículo 474 del CC**: “*Se deben alimentos recíprocamente: 1. Los cónyuges. 2. Los ascendientes y descendientes. 3. Los hermanos*”; y el **Artículo 495 del CC**: “*Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente*”.

2.2. La responsabilidad civil

Antes de desarrollar las ideas entorno a la responsabilidad extracontractual, hay que establecer previamente la definición de la responsabilidad civil.

Etimológicamente responsabilidad proviene del latín *respondere* significa responder, por eso «responsabilidad» es la habilidad de responder. El diccionario de la lengua española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, pos sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Díez-Picazo y Gullón⁷ señala que «La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido».

A) Función de la responsabilidad civil

Podemos señalar que la responsabilidad civil tiene una clara *función demarcatoria* entre aquello que está permitido, es decir, dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma que no necesariamente tiene que estar tipificada. Asimismo, tiene una *función compensatoria*, también llamada *resarcitoria o indemnizatoria*. Con esta función el derecho de la responsabilidad civil interviene después (*ex post*) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas al estado anterior (*ex ante*).

B) Clases

Lizardo Taboada señala que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos, la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo como ambas como común denominador la noción de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados.

Asimismo, señala que cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo

6 MONGE, Luz. *Código Civil Comentado*, tomo II.

7 DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Ob. cit.*, p. 591.

ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada "responsabilidad civil extracontractual".

La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado "relación jurídica obligatoria".

La responsabilidad contractual lo que se sanciona es el incumplimiento de una obligación civil, en la responsabilidad extracontractual no preexiste obligación civil alguna, por cuanto no existe vínculo jurídico entre las partes, pues la obligación recién se genera como consecuencia del incumplimiento de un deber.⁸

C) Elementos de la Responsabilidad (1969, 1970 y 1985 del CC)

Lizardo Taboada señala que tanto la responsabilidad civil contractual como extracontractual tienen una estructura común, tales como:

- a) La antijuridicidad: Una conducta es antijurídica cuando viola el sistema jurídico en su totalidad. Resulta del incumplimiento total de una obligación, del incumplimiento parcial, del incumplimiento defectuoso o del incumplimiento tardío o moroso.
- b) El daño causado: Se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo.
- c) La relación de causalidad: Es la relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima.
- d) Factores de atribución: Son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil. En la responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que en el campo extracontractual los factores son: la culpa y el riesgo creado.

Por consiguiente para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual es necesaria la concurrencia de los requisitos antes mencionados.

2.2. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual tiene su antecedente en la llamada Ley Aquiliana que es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, por ello se suele usar la expresión responsabilidad aquiliana como sinón-

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y Felipe OSTERLING PARODI. *Algunas consideraciones obre al responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del CC de 1984.*

nimo de responsabilidad civil extracontractual. Esta era como lo dice un profesor europeo un talión económico⁹

Para Díez-Picazo y Gullón la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

2.3. El daño

El jurista José León Barandiarán señala citando a Fischer que el resarcimiento comprende tanto las pérdidas sufridas, el *damnum emergens*, como las ganancias dejadas de obtener, el *lucrum cessans*. «La distinción no tiene ninguna importancia práctica. Por una parte siempre que se haya de indemnizar un daño, deberá indemnizarse en su totalidad y no sólo el *lucrum cessans* o el *damnum emergens*... Por otra parte, los requisitos y condiciones que determinan la extensión del daño, son los mismos en ambas clases de perjuicios» (Fischer).

Considera entonces que existe una responsabilidad concurrente: la proveniente del contrato se presenta junto con la descendiente del acto ilícito (Oertmann). Así, entre inúmeros ejemplos, el caso señalado por Warneyer, del médico que tiene bajo su cuidado a un enfermo (aquí la obligación convencional) y que culposa o dolosamente le trata, causándole la muerte o un daño (aquí la responsabilidad delictual).

Esto es lo que se indemniza, como muy bien lo dice el artículo 1969 del CC 1984. El daño puede consistir en uno material o en uno moral. La reparación de este último es objeto de un artículo especial artículo 1984 del CC 1984].

Por ejemplo, «El drama humano se evidencia al constatar que al momento de los hechos la demandante contaba con 26 años de edad y tenía una hija de apenas 7 años, a quien no ha podido atender adecuadamente por la incapacidad sufrida» (Expediente n.º 476-1994-Lima G.J. n.º 33, p. 3-A).

El daño debe estar en una relación de causalidad con el hecho ilícito, de tal suerte que si aquél sobrevendría siempre, aparte del hecho, no habría obligación de indemnización.

2.4. Clasificación del daño

- a) **Daño patrimonial:** Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este a su vez, se clasifica en: lucro cesante (es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato) y daño emergente (se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado).
- b) **Daño extrapatrimonial:** Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Dentro de éste

⁹ JANSEN, Nils. *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*. Workingpaper n.º 128, Barcelona, abril 2002, en www.indret.com.

se encuentra el daño moral, definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos padecidos por la víctima, que tiene el carácter de efímeros y no duraderos.

Es clásica la enumeración que formuló Pothier de los requisitos que debe tener el daño para que sea indemnizable: debe ser cierto, directo y personal (1).

2.5. Daño moral reflejo o rebote

A) **Noción:** Desde hace mucho tiempo se ha venido constatando la importancia creciente que ha adquirido el elemento daño dentro de la responsabilidad civil. Los distintos sistemas jurídicos que existen a este respecto, han procurado extender su cobertura a un importante número de situaciones con el fin preciso de lograr, de la mejor manera posible, que los daños causados a las personas y los bienes sean objeto de una adecuada compensación económica, mediante el pago de la indemnización estimada como suficiente para el caso de que se trata.

El daño sufrido por las víctimas mediatas del hecho ilícito ha recibido diversas denominaciones: En Francia se ha impuesto la expresión "*DommagePari-cochet*" (Malaurie, P.H. y L. Aynes. *Cours de Droit Civil, les obligations*. París, 1997, p. 59), lo que literalmente significa daños por rebote o carambola, término que si bien no parece suficientemente jurídico, no deja de ser bastante ilustrativo sobre los alcances y contenidos de este tipo de perjuicio.

También se ha hablado de daño reflejo o por repercusión, expresiones que tratan de poner de relieve el elemento verdaderamente configurativo de este tipo de perjuicios.

En este orden de ideas puede entenderse el daño por repercusión o rebote «como aquél que nace como consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado. Aunque teóricamente el daño por repercusión o rebote se planteara, principalmente en casos e lesiones corporales o muerte de la víctima inicial, dado que junto al obvio perjuicio que sufre el directamente lesionado o fallecido, acontece que su cónyuge, hijos o los otros sujetos que de él dependen o que con él se relacionan, se ven perjudicados patrimonial o extrapatrimonialmente».¹⁰

En estos supuestos existen dos tipos de víctima: la inicial, que en el ejemplo dado sería la madre del demandante, quien falleció como consecuencia del atropello, y el demandante, quien ha sufrido un daño que es consecuencia del que su madre sufrió, pero que es independiente y distinto a éste. Este último es el denominado daño por repercusión o rebote, y la víctima de este daño (*víctima refleja*) reclama la reparación del menoscabo o sufrimiento propio.

B) Prueba del Daño:

Por otra parte, considero que el daño inmaterial debe probarse; aquí no deben caber presunciones más que en sentido muy restringido y en conjunción,

10 VICENTE DOMINGO, E. *Los daños corporales: topología y valoración*. Barcelona, 1994, pp. 211 y 213.

al menos con algunos indicios, lo que pueda llevar a una convicción razonable; el afecto, la indiferencia o el desafecto, aunque sea mínimamente, pueden probarse a través de diversas formas, es cuestión de análisis del caso concreto.⁴⁰ Así, para probar el afecto que se sentía por alguien que falleció a consecuencia de un atropello, puede presentarse correspondencia, probar convivencia, el hecho de haber solventado los gastos de su educación, vestido y diversión de acuerdo a sus posibilidades (aquí, si se trata de los padres, por ejemplo, puede realizarse una evaluación comparativa entre lo que gastaba en el hijo fallecido y lo que gasta en otro), evaluación psicológica, etc.

C) Improcedencia:

Este caso no procedería, cuando por ejemplo X demanda por daño moral contra una quienes en un accidente automovilístico atropellaron a su madre la que, como consecuencia de ello, falleció, pero luego de realizada las investigaciones en cuanto al análisis del daño sufrido, que corrobora que la parte demandante (X) había tenido a su madre, encerrada y abandonada — tanto personal como económico — sin justificación alguna, así como el hecho que sin motivo alguno esta no asista al velorio y al entierro. En este caso podríamos aseverar que la demandante quería enriquecerse con la muerte de su madre.

D) ¿Quiénes pueden ser víctimas de daños por rebote?

El principal problema del daño por rebote estriba en determinar quiénes son las personas que estaban verdaderamente legitimadas para pretender ser indemnizados por parte del causante de los daños, puesto que la cadena de perjudicados a consecuencia de un hecho dañoso podría llegar a ser verdaderamente insospechada.

Algunos códigos han optado por declarar expresamente el derecho de las víctimas por repercusión o rebote a ser debidamente reparadas por el agresor.

Así, por ejemplo, el artículo 104 del CP español declara que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprende no solo los que hubieran causado al agraviado, sino también los que hubiesen irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero. Agrega además que los tribunales regularan el importe de esta indemnización en los términos prevenidos para la reparación del daño.

El artículo 45 del Código de las Obligaciones de Suiza dispone que «en caso de muerte de un hombre, la indemnización comprende los gastos, especialmente los de entierro. Si la muerte no sobreviene inmediatamente, al indemnización comprende en particular los gastos del tratamiento, como el perjuicio derivado de la incapacidad para el trabajo. Cuando por causas de muerte, otras personas han sido privadas de su sustento, tienen derecho a ser indemnizadas a esta parte, agrega el artículo 47 del mismo código que «el juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, otorgar a la víctima de lesiones corporales o, en caso de muerte del sujeto, una indemnización a la familia a título de reparación moral».

La lista de personas afectadas con la muerte de otra podría ser en los hechos francamente indeterminables: la pérdida de un ser querido podría provocar perjuicios patrimoniales y morales a un nutridísimo número de personas, y las indemnizaciones serían acaso imposibles, de asumir por el autor del daño. Desde luego formarían parte de esta nomina, el cónyuge los hijos y nietos del fallecido,

o también sus ascendientes si los tuviera, podrían ser sus novia, cuñados, o personas que nada tienen que ver con la familia como los amigos de la infancia o de sus compañeros de trabajo para resolver este problema se han esbozado dos principios que son "certidumbre del daño y del interés legítimo lesionado-

Consideramos, que Inicialmente se puede considerar que son quienes conforman la sociedad conyugal y los hijos

D) DAÑO PATRIMONIAL Y EXTRAPATRIMONIAL EN LA TEORIA DEL REBOTE

La doctrina extranjera señala que para determinar hay que separar la situación cuando se produce daño patrimonial y extra patrimonial.

D.1) Daño patrimonial, En este caso, puede plantearse que serían las víctimas por rebote en primer lugar las que tenían derecho a **reclamar alimentos** de la víctima inicial; en segundo lugar, las que dependían de ella sin tener derecho a alimentos;; y en tercer lugar, las vinculadas profesional y laboralmente a ella y de manera residual los potenciales lesionados en su patrimonio.

Respecto al segundo caso, en que las víctima que no son familiares y dependían en derecho de alimentos, es aceptada en Francia a pesar que a estas personas no hayan tenido derecho a demandar alimentos

Respecto al tercer caso, los relacionados laboralmente con el fallecido, en Chile ALESANDRI siguiendo a la doctrina francesa, admite que tiene derecho a esta indemnización el socio del fallecido, atendiendo los perjuicios ciertos que ello le puede ocasionar.

Mención especial merece el caso de los convivientes la solución que da el derecho comparado a este problema fue en un primer lugar que la conviviente no tenía derecho a solicitar o indemnización por la muerte de su compañero(a) se entendía que era una situación de hecho contrario del derecho civil que rigen la organización de la familia..

Hoy día este criterio ha cambiado, se acepta esta indemnización, incluso cuando el conviviente ha sido adulterino (concubinato impropio). Por estar la víctima inicial casado.

Esta posibilidad este también admitido por la jurisprudencia italiana, pero en la medida quede que la posición del sujeto aparezca tan completamente vinculada a su persona que llegue a ser esencial ese mismo servicio por otros

Por último, otras posibles víctimas podrían ser los acreedores de la víctima directa, sus proveedores, la contraparte en un contrato pendiente de ejecución, etc.

D.2) Daño Moral.- ALESANDRI afirma que la solución debe ser idéntica a la del daño patrimonial, por lo que pueden demandar la indemnización los que sufren en razón del suceso y que los hiere en sus propios sentimientos y afectos, aunque no sean ni herederos, no parientes, puesto que la ley no tiene en cuenta el vínculo particular ni limita la reparación de este daño a determinadas personas.

Desde el puntos de vista práctico, será cuestión de cada caso determinar si el, demandante experimentó o no un perjuicio moral susceptible de ser indemn-

zado por el actor del daño, pero este punto traería problemas, puesto que serían muchas las personas llamadas.

En Europa está cambiando esta tendencia y señalan que no deberían de extenderse la compensación otras personas que no sea el cónyuge de la víctima o sus hijos padres o novio(a), y en este caso la compensación debe ser concedida solo si estas personas hayan mantenido afectos muy cercanos con la víctima a la hora de su muerte.

E) Autonomía del daño por repercusión y prelación de las víctimas

Como señala el profesor chileno Fabián Elorriaga,¹¹ señala que cualquier indemnización que las víctimas por rebote obtengan por el daño que personalmente han sufrido no integra la masa hereditaria, sino que forma parte del patrimonio personal del afectado. Consecuencia de lo anterior es que los acreedores del difunto no podrán hacer efectivas sus acreencias en esta indemnización, pero sí los acreedores personales de la víctima por rebote. Asimismo, al no formar parte de la herencia, la indemnización no estaría afecta al pago del impuesto a las herencias y asignaciones testamentarias».

Asimismo, parece razonable priorizar al indemnización de las víctimas por rebote más cercana por sobre las más lejanas,. No cabe confundir el daño de la una con las otras, y el perjuicio de uno puede no puede ser comprendido en el de otros, dado que son autónomos e independientes. La acción de que goza cada perjudicado es independiente de la de los demás por lo que pueden deducirse separadamente por cada uno de ellos, y la sentencia que se dicte no produciría cosa juzgada en las demás. Puede incluso someterse a transacción o renunciarse, sin que ello afecte a las demás acciones o si se ha pagado la indemnización a algunos de los perjudicados.

Las víctimas por rebote ostenta el derecho de ser indemnizadas en calidad de perjudicados y no de herederos del difunto, es decir que el perjuicio padecido es independiente del que sufrió la víctima inicial.

11 ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «El daño por repercusión o rebote». En *Instituciones de Derecho Privado*. Libro V: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Jurídica Grijley, dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coaguila. Lima, 2006, pp. 354 y 355.

Breves reflexiones en torno a la patria potestad en la normatividad civil peruana

Emilio Balarezo Reyes*

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Planteamiento constitucional del estudio de la familia en el Perú. — 3. La patria potestad como institución tutelar y civil en el Perú. — 4. Estudio de la patria potestad en el Código Civil de 1936 y su desarrollo en el Libro III del Código Civil de 1984: virtudes y defectos. — 5. La doble regulación de la patria potestad en el código civil de 1984 y en el Código de los Niños y Adolescentes: duplicidad y contradicción. — 6. Propuestas de reforma a la figura de la patria potestad en la legislación civil peruana y la búsqueda de una necesaria uniformidad. — 7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La familia es y será un tema inacabable para el derecho, es impensable analizar una sociedad sea cual fuere, sin hacer referencia a la célula básica de la que está compuesta y es justamente esta institución la que sostiene el devenir de la misma. Múltiples enfoques se han dado sobre ella buscando encontrar su naturaleza

* Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Cesar Vallejo, Abogado por la Universidad Particular de San Martín de Porres con estudios concluidos de Maestría y Doctorando en la misma casa de estudios, se ha desempeñado en la Administración Pública como Jefe de Asesoría Legal del Programa Nacional Wawa Wasi, y Asesor de la Comisión de Ética y Transparencia del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

y su verdadero fin, lo cual ha variado de acuerdo al contexto en que se ha desarrollado su utilidad como su análisis.

Nuestros cuerpos normativos (Constitución, Códigos, etc.) enmarcados dentro de la familia Romano-Germánica han recibido todas las instituciones que surgieron en base a la aplicación del Derecho Romano y su regulación, lo que ha variado y nos aventuramos a expresar opinión al respecto de la finalidad de la misma, ya que a la fecha no es un poder absoluto, sino una institución de amparo y de protección a favor de los menores dentro de lo que es la familia debido a su situación de indefensión frente a la sociedad.

Sólo un conocimiento real y pleno de esta institución podrá darnos las herramientas necesarias para utilizarla correctamente sin ningún tipo de ambivalencias al momento de aplicarla. Se ha tratado así, desde la doctrina, de aportar hacia ese objetivo de manera puntual.

2. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ESTUDIO DE LA FAMILIA EN EL PERÚ

Para llevar a cabo un estudio constitucional de lo que es la familia en la Constitución actual de 1993, debemos de partir de su ubicación para poder entender la naturaleza de su tratamiento. Luego de llevar a cabo una delimitación de los artículos relativos a la familia, podemos enfocarnos que de manera puntual los artículos 4, 5 y 6 son los que de manera más puntual se acercan a lo que es la familia, las uniones de hecho como la regulación de los derechos que se le reconoce al menor.

Como sabemos, la Constitución se encuentra en lo más alto de la normatividad jurídica del país ya que todos los demás instrumentos jurídicos están supeditados y tienen que estar en concordancia con ella.

Para ello, la doctrina constitucional cuando se ha referido al tema de la familia, ha manifestado lo siguiente: «[...] la familia es una institución natural que se forma por la unión y la vida en común del varón, la mujer y sus descendientes [...] como institución natural que se forma por la unión y vida en común del varón, la mujer y sus descendientes».¹

Como se puede apreciar, nuestra Carta Magna parte de un rol de asistencia y apoyo a las personas que se encuentran en una situación de extrema necesidad; así, el Estado cumple con la población de escasos recursos y que no tienen los servicios básicos para poder desarrollarse.

En nuestra Constitución se le reconoce a la familia como la célula básica de la sociedad que nace o se origina por el deseo de dos personas libres de impedimento que quieren realizar vida en común, justamente este aspecto es el que debe de ser analizado: *la continuidad de vida* entre las personas que componen la familia es lo que le da la característica del caso, ya que la vida en común, es el lazo

1 RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 54.

a través del tiempo que protege el Estado, reconociéndola como una institución de continuidad y solidez dentro de la sociedad de la que forma parte.

Al respecto, García Toma refiere lo siguiente: «la familia es la célula básica de la sociedad, en razón de que todo ser humano necesita de un hogar que lo cobije y desde donde pueda desarrollar a voluntad sus cualidades físicas, emocionales, sentimentales y de interrelación íntima con aquéllos a los que se encuentra ligado por la sangre y el afecto paternal».²

De la familia derivan deberes y derechos, ambos correspondientes y complementarios, debido a que los padres y sus hijos, en aras de encaminar de manera correcta esta institución, tienen que encaminar sus esfuerzos a la concretización de objetivos comunes, los cuales tienen que ser asumidos con responsabilidad por cada uno de ellos; los padres velando por el desarrollo correcto de sus hijos, y éstos dándoles asistencia cuando más lo necesiten en pro de un equilibrio y asistencia mutua entre cada uno de sus miembros.

La profesora Sokolich, citando a Díez-Picazo, expresa en torno a este punto, lo siguiente: «la Patria Potestad corresponde a los progenitores con independencia del matrimonio entre ellos, pero la concurrencia de dos titulares de un mismo poder jurídico obliga a precisar de qué manera se realizan los actos de ejercicio de dicha potestad, si uno de ellos ejerce esta facultad con el consentimiento de otro no estaría impidiendo el desarrollo de la misma, ya que sólo se está refiriendo al modo de ejecutarla».³

Un factor importante que refleja la realidad de nuestra sociedad es que las uniones de hecho son una realidad; es decir, la no formalización del matrimonio ha traído consigo que en muchas partes del país existan uniones de varones y mujeres que no han cumplido con la formalidad, pero que realizan todas las actividades de un matrimonio cumpliendo lo que indica la ley, por lo que el Derecho peruano, adaptándose a las exigencias actuales, da el mismo peso legal y aplica el criterio de igualdad para los matrimonios que han cumplido con la formalidad del caso y las uniones de hecho; algo que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.

Al analizar los derechos y obligaciones recíprocas, encontramos un enfoque o punto de vista que tiene semejanzas con las finalidades que expresa la patria potestad que son los derechos de los hijos al respeto de su existencia y de contar con los medios para su realización personal dentro de la sociedad de la cual forman parte, pero además el enfoque constitucional nos da un alcance de compromiso mutuo con los padres, no sólo se basa en la patria potestad de los hijos, sino que a éstos se les otorga responsabilidades de asistencia y responsabilidad con las personas que los apoyaron en su realización dentro de la sociedad.

Como podemos ver, la Constitución expresa el fundamento del deber de la patria-potestad, resaltando tres dimensiones específicas: alimentar,

2 GARCÍA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, p. 139.

3 SOKOLICH, María. «Apuntes relativos a la Patria Potestad y a la tenencia». En *Normas Legales*, vol. II, tomo 334, marzo del 2004.

educar y dar seguridad, las cuales se interpretan de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y desarrollan, por medio de normas de menor rango, la regulación normativa así como su interpretación y aplicación concreta de situaciones de ejercicio de la patria potestad, tiene que tener presente los límites que emergen del marco constitucional.

3. LA PATRIA POTESTAD COMO INSTITUCIÓN TUTELAR Y CIVIL EN EL PERÚ

El Perú, por ser un país con características sociales disímiles y de instituciones diversas, como es el caso de la familia. Ésta es analizada y estudiada por el Derecho, pero que dista mucho de la realidad en que se desarrolla.

Los ordenamientos jurídicos tratan, dentro de sus posibilidades, de acortar esta situación. Vemos así que la Constitución, el Código Civil, y el Código de los Niños y de los Adolescentes, tratan de diseñar argumentos que buscan plasmar una adecuada regulación de estos temas, muchas veces, la realidad contradice lo expresado en la norma y crean vacíos que son llenados sin la debida precisión, no encontrando una salida oportuna, lo cual hace que la sociedad por sí misma utilice las normas para una aplicación incorrecta del Derecho, que trae como consecuencia, insatisfacción y desánimo en la población.

La doctrina nacional reconoce el contexto de cambios sobre los cuales tiene que aplicarse la figura de la patria potestad: «los cambios sociales, la forma de vida del hombre, llevan a un reacomodo de la familia. Ésta no es la misma de hace 70 años, tiempo en el que resultaba una herejía referirnos por ejemplo, al concubinato, la igualdad entre los hijos y los cónyuges, investigación de la paternidad, capitulaciones matrimoniales y divorcio».⁴

Ante esto, surgen instituciones como la patria potestad, la cual, para un mejor enfoque debe de ser analizada, primero, como una institución *tutelar*, el sentido que tiene esta palabra, es de protección, como ya hemos acotado, el ámbito de protección parte de otorgar ese auxilio, amparo a los más necesitados, en ese caso, los padres con esa obligación moral deben de asistir a sus hijos con el objetivo de llevar a cabo su realización personal dentro de la sociedad de la que forma parte. Esa asistencia va más allá de lo material que va relacionado a lo que se puede conseguir con el dinero, sino que los padres juegan un rol fundamental en el manejo, en el apoyo moral, en el aconsejamiento ante los problemas, que en su proceso de desarrollo y formación, los hijos van a tener que pasar.

El rol tutelar finalizaría cuando el hijo adopte y desarrolle la madurez, como, por ejemplo, cuando contrae matrimonio o cuando ejerza una profesión que traiga como resultado que ya no necesite del apoyo de sus padres y, de esa manera, pueda valerse dentro de la sociedad por sí mismo. Hasta que llegue ese

4 VARSÍ, Enrique. «Estudio de la Familia. Reflexiones socio jurídicas». En *Suplemento Jurídica*. Lima, febrero 2005, n.º 34, pp. 1-2.

momento, creemos que el rol tutelar de la Patria Potestad estaría presente en la vida del ser humano.

Un concepto que podemos recoger de los aportes de la doctrina extranjera, es el concepto que maneja Puig Brutau, el cual señala que la patria potestad es el poder que el Estado reconoce a los padres sobre los hijos menores, para el cumplimiento de los deberes de alimentación, educación e instrucción para este autor no se trata de un derecho subjetivo, sino de facultades que la ley reconoce.

Expresamos que la patria potestad es una institución netamente *civil*, pues se desarrolla en el seno de lo que es la ciudad; es decir, en las múltiples relaciones que ejerce la familia dentro de la sociedad. Ya nuestro Código Civil actual, como el anterior, lo regulaban, y esto se debe a que siempre ha necesitado de un manejo que compile diferentes aspectos que tienen como principal representante al hombre.

Es así que es impensable asimilar estudiar lo que es la institución de la patria potestad, lejos de lo que es el hombre y dentro del ordenamiento jurídico peruano, el cuerpo que le corresponde, entonces, recibir a esta figura, es el Código Civil. Por eso es que éste es un Código que estudia a la persona en las diferentes posiciones que tienen las instituciones que, en torno al hombre y cómo se desarrollan, ocupan un determinado libro dentro del mismo. En el caso específico de la patria potestad, ésta se encuentra en el libro dedicado a la familia, que forma parte del Código Civil.

Ahora, lo que observamos es que han existido modificaciones como ampliaciones y hasta especializaciones de la normatividad, como, por ejemplo, el tratamiento que le otorga el Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, que es de una data posterior al Código Civil, el cual —como todos sabemos— es de 1984.

4. ESTUDIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y SU DESARROLLO EN EL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984: VIRTUDES Y DEFECTOS

La sistemática adoptada por nuestros dos últimos Códigos Civiles, no dista mucho entre ambos, ya que son motivados por una idea común, que es la protección de los hijos.

Aquí hay dos puntos importantes que, a la fecha, deben de analizarse para tomar bien en claro; primero, que al momento de otorgar la patria potestad, cuando existía separación de los padres, se le otorgaba unilateralmente al padre. En la actualidad, en una situación de mutuo disenso, cuando existe controversia, quien resuelve es el juez.

En esta parte, el Código derogado era más preciso, al señalar que en una situación en la cual es inevitable la separación de los padres, la cual se presenta de manera cotidiana en nuestra sociedad **OJO FALTA COMPLETAR LA IDEA DE ESTA ORACIÓN, PREGUNTAR AL AUTOR**. En forma frecuente, los matrimonios o las uniones de hecho, son cada vez más cortas. Así se hace más propicia la vulnerabilidad de las personas que conforman la familia. En este caso, los más perjudicados son los hijos.

Ambos Códigos coinciden en reconocer la importación del tratamiento que otorga la patria potestad en el Código francés de 1804, cuando inspirado el citado Código en la igualdad, la libertad, expresa un reconocimiento de derechos e igualdad de todos los seres, tomando como base a la familia, expresa que el rol de los padres va unido a una correcta formación y, a su vez, la administración adecuada de los bienes con los que contaba la familia.

En este sentido, el doctor Varsi manifiesta lo siguiente: «el derecho consuetudinario francés varió el carácter absoluto de la patria potestad, y fue con la revolución francesa que se reestructura la esencia romana de esta institución, procediéndose a suprimir muchos poderes del padre, incluso la institución del usufructo legal».⁵

El Código alemán también ha influenciado en el Código de 1936, porque expresa que la responsabilidad es una de las principales obligaciones de los padres, al momento de regular la vida de sus hijos en las etapas claves de su formación, como son la niñez, la adolescencia y juventud.

Algo que da preponderancia al Código de 1936, es la inclinación a otorgarle un rol más decisivo en la formación y en la toma de decisiones al padre. De acuerdo a múltiples posiciones doctrinales en ese proceso evolutivo de igualdades y responsabilidades entre los cónyuges, es que recién con el Código de 1984, es que se reconoce una regulación de esta figura de manera equitativa por ambos padres.

Así lo refiere el artículo 391 del derogado Código, el cual expresaba lo siguiente: «La patria potestad se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio. En caso de disentimiento, prevalecerá la opinión del padre». Como se denota, no existía un tratamiento igualitario entre los cónyuges, sino que, por el contrario, se dejaba constancia indubitable del rol que jugaba el padre dentro de la Patria Potestad, entendida plenamente como una decisión del padre, sin opción a intervención de la madre.

Si observamos en algunos puntos tocados en el tratamiento que le otorga nuestro Código Civil actual, en el inicio del estudio de la patria potestad, comienza con una idea de protección de mutua responsabilidad en la protección de los hijos, algo que contrasta claramente con la filosofía del Código anterior, pero observamos que el Código actual, en torno a la regulación de este tema, no tiene una continuidad, ya que el tratamiento sufre una variación y se inclina al estudio de los bienes del menor, y cómo deben de ser administrados.

De esta manera, observamos una preponderancia del ámbito patrimonial; reflejo de ello es el número de artículos que se le dedican al tratamiento del tema en sí mismo.

Ahora, la inclusión de responsabilidades compartidas es sumamente favorable, ya que permite disgregar la misma entre los padres, a su vez, especifica el tratamiento que se la da a la patria potestad, como resultado del divorcio por mutuo disenso, algo que de manera acorde con la realidad, ha sido aplicando una

5 VARSÍ, Enrique. «Patria Potestad: Marco Teórico General». En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, julio 2002, n.º 36, pp. 51-77.

salida lógica al otorgar el ejercicio de la patria potestad al padre, con el cual van a vivir los menores de edad.

Al ámbito patrimonial, como es la administración de los bienes, se le ha otorgado un tratamiento, a nuestro concepto, muy extenso, ya que algunos puntos se han descuidado; como el ejercicio de la patria potestad exclusiva en caso de situación de menoscabo del menor, tanto física como moral, el cual ha sido más desarrollado en el ámbito penal, pero que tiene efectos en la regulación de esta figura de carácter netamente civil.

Asegurar el futuro del menor sobre el cual se ejerce la patria potestad, para algunos autores justificaría el tratamiento pormenorizado, ya que se tendría clara las cosas en el manejo económico de los bienes, con los cuales se asegura el futuro de los hijos, ya que únicamente la responsabilidad del cuidado de los mismos recae en los padres.

Un tema interesante, pero que no es desarrollado por el Código Civil de 1936, es el de la patria potestad ejercida por menores de edad que se han convertido en padres. La incertidumbre parte de saber si éstos están en plena capacidad para poder ejercer a plenitud la misma.

Esto es más que un problema teórico debido a que se plasma con frecuencia en nuestra realidad. La salida que ha adoptado el legislador de 1984 es la de otorgar la patria potestad a la madre, siempre que tenga 16 años cumplidos. Al respecto, la doctrina nacional plantea una respuesta jurídica a esta decisión: «[...] se admite el ejercicio únicamente por la madre menor de edad, por considerarse que el hecho del embarazo y el alumbramiento desarrolla en la madre un instinto de protección más intenso que el padre».⁶

Nuestra regulación civil no es ajena a confusiones que se pudieran presentar entre las figuras que protejan al menor, conforme a los argumentos esgrimidos por el catedrático Christian Hernández, quien expresa que: «[...] frente al régimen de la filiación matrimonial, como en el caso de la extramatrimonial, en el caso de la patria potestad, si bien regula que ésta surge cuando el hijo nace dentro del matrimonio, o cuando es reconocido, confunde la patria potestad con la tenencia, pues identifica el hecho de vivir juntos o separados con la suspensión de la patria potestad».⁷

5. LA DOBLE REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES: DUPLICIDAD Y CONTRADICCIÓN

El estudio de este tema ha concitado en la doctrina posiciones encontradas, ya que algunos estudiosos plantean que la regulación que se lleva a cabo

6 ZARATE, Juan. «El Problema de los disensos sobre el ejercicio de la Patria Potestad». En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, agosto 1999, n.º 5. pp. 34-43.

7 HERNÁNDEZ, Christian. «Contenido personal y patrimonial de la patria potestad y el derecho de comunicación y relación de los padres con los hijos: aspectos procesales y sustantivos». En <http://www.teleley.com/articulos/art-civil.htm>.

en el ámbito del Código Civil, sobre lo que es la patria potestad, tiene similares aspectos que bien pudieron haber sido recogidos en una reforma del Código, sin la necesidad de un nuevo cuerpo normativo.

No hay que negar en esta parte la influencia que ha tenido la declaración de los derechos del niño, la cual, por su repercusión normativa y preponderancia, a nivel mundial, hizo que en nuestro país se diera la dación de un Código especializado en la temática como el Código de los Niños y Adolescentes.

Observamos, entonces, que los primeros artículos que de manera detallada dedica el Código Civil a la figura de la patria potestad, van enmarcados en temas que también son asumidos por el Código de los Niños y Adolescentes, en torno a la figura de las obligaciones como responsabilidades que van a ser asumidas por los padres, basándose en la naturaleza de su posición frente a sus hijos.

Los deberes y derechos, como la suspensión, la pérdida del ejercicio de la patria potestad son algunos de los temas en los cuales, a nuestro parecer, encontramos duplicidad, lo que sí no observamos es la regulación patrimonial que sí le da el Código Civil, tema que fue analizado líneas arriba. Este aspecto no es tocado por el Código de los Niños y Adolescentes, el cual sólo radica su estudio en el aspecto subjetivo, es decir, en el beneficio que se le debe de entregar al menor que está bajo la conducción de los padres.

Ese aspecto dual del aspecto subjetivo-patrimonial, de lo que es la patria potestad, lo encontramos, entonces, en el Código Civil, mas no en el Código de los Niños y Adolescentes, con respecto al interés superior del niño, lo vemos plasmado en el tratamiento de este último, se podría aseverar que éste es más sustantivo, más puntual en relación a la protección del menor de su ubicación, con respecto a los derechos y deberes de los padres. Debemos de enfocar, entonces, que no existiría Patria Potestad sin hijos y que, además, su ejercicio no podría darse exclusivamente por uno de los padres, sino que es compartida. El Código manifiesta que puede suspenderse, mas no acabarse el ejercicio de la Patria Potestad por el padre en situación de falta o perjuicio. Se debe esto primero porque el legislador plantea la posibilidad de reforma de la conducta del padre o madre que perdió el ejercicio de la Patria Potestad, otorgándosele la posibilidad de poder ejercer esta facultad nuevamente, una vez que demuestre responsabilidad y una conducta acorde con el compromiso que asume en la formación de un hijo.

Lo que se busca es lo mejor para el menor, en torno a la educación como al aseguramiento de sus bienes, pensando en su futuro y las expectativas de desarrollo favorable en las etapas claves de su vida, como son las primeras etapas de la vida de todo ser humano: la infancia, la niñez y la juventud.

Un punto que se desprende del tratamiento de la patria potestad, es la reciprocidad, la cual se sustenta en el compromiso de asistencia mutua que se da entre padres e hijos, en las diversas etapas en que transcurren sus vidas, ya que en un primer momento, son los padres los que velan por el desarrollo normal de los hijos, encaminado a un tratamiento positivo en su formación. En cambio, cuando éstos, por el paso de los años, ya no contarán con las capacidades del caso para valerse por sí mismos, por lo que necesitarán de la asistencia de sus hijos.

El rol que juega la patria potestad, es de viabilizador de las diferentes figuras que están estrechamente vinculados con las relaciones entre padres e hijos, prueba de ello son las figuras de los alimentos, la tenencia, la guarda, el consejo de familia, etc.; de esta forma, observamos que la figura de la Patria Potestad va mas allá que una simple potestad de manejo de decisiones sobre los hijos y la administración; como el control de los bienes que forman su patrimonio, sino que juega un papel importante para la plasmación de las demás figuras que existen a favor del menor sustentado en la relación de padres e hijos dentro de la familia.

6. PROPUESTAS DE REFORMA A LA FIGURA DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA Y LA BÚSQUEDA DE UNA NECESARIA UNIFORMIDAD

Desde 1984, a esta parte de la vigencia de nuestro Código Civil son muchos los cambios, tesis, influencias como posiciones modernas que se han desarrollado en torno al tratamiento de lo que es la familia y las diferentes instituciones que están vinculadas, y que se derivan de manera natural de la misma.

La primera de ellas se sustenta en la responsabilidad que tienen los padres de cumplir con las obligaciones que éstos tienen con el cuidado de sus hijos y la correspondiente responsabilidad de los hijos para facilitar, así como obedecer, lo que manifiestan sus padres, pues éstos velan por su beneficio y correcta formación.

Luego, otro punto importante es aquél que se sostiene en el manejo como el otorgamiento de la patria potestad. En caso de desacuerdo o pugna entre los cónyuges para obtenerla, en la cual se erigirá como pieza principal la figura del juez, el cual decidirá a qué padre le corresponde tener bajo su cuidado al menor, sin descartar la facultad de ejercer y asistir al menor por parte del otro padre, lo que se plantea, es que al momento de la toma de esta decisión no será únicamente el juez quien decida, sino que tiene que ser otorgada como resultado del trabajo de un grupo o equipo multidisciplinario; evaluando las consecuencias de las decisiones que se vayan a tomar, no afecten al menor.

Otro criterio rector que se está utilizando con el objetivo de salvaguardar la salud como la integridad del menor, es decidir de manera rápida y correcta frente a situaciones de exposición al peligro, por el descuido o el ejercicio inadecuado de las obligaciones que tienen los padres, ya que los padres deben de ser ejemplo de vida como de comportamiento frente a sus hijos.

Un tema que no ha sido tratado de manera adecuada es el de la incapacidad por el cual los hijos no pueden valerse por sí mismos, debido a que no están en la plenitud de sus aptitudes.

Producto del trabajo realizado por la Sub-Comisión de Reforma del Código Civil, del Congreso de la República, se ha llevado a cabo una serie de propuestas de reforma en torno al tema de la Patria Potestad, teniendo como objetivo respaldar y poner énfasis en lo que es el ejercicio de la misma de manera compartida.

Un punto donde se hace bastante incidencia es saber reconocer lo que es el ejercicio de la tenencia con lo que es la patria potestad por la primera se da inci-

dencia al acompañamiento y protección directa como cercana la cual se obtiene por decisión del juez o por otorgamiento unilateral de uno de los padres al no poder ejercerla ha cabalidad o no cumplir con los requisitos legales para su ejercicio.

Al respecto, el profesor Aguilar Llanos desarrolla las siguientes reflexiones en torno a la tenencia y su vinculación con la patria potestad «la tenencia es un derecho exclusivo de la patria potestad y no puede extenderse a terceros, pero si fuere el caso de darse la situación de que los infantes no vivan con los padres y se hallen en poder de un tercero, pues bien este tercero cuidara provisionalmente al menor hasta que se dilucide su situación jurídica».⁸

En las propuestas de reforma legislativa se le da un espacio más participativo al menor, tomando en cuenta su grado de madurez y de análisis, para la toma de decisiones que van a repercutir en su persona en el futuro, otro punto es el consentimiento que debe de existir entre los padres referido a los actos que en ejercicio de la patria potestad realiza. Un tema que concita el interés es justamente la participación de terceros y de familiares que tienen interés en el cuidado del menor, mas no en ejercicio de la patria potestad debido a que ésta es un atributo propio de los padres, se le da más énfasis al tema de las relaciones personales.

Otros aspectos destacables es la protección en casos especiales de los hijos varones sin capacidad para poder trabajar, tomando en cuenta que en nuestra sociedad por costumbre es el hombre sobre quien recae la responsabilidad del sostenimiento económico de la familia, algo, a nuestro parecer, discutible, debido a que las mujeres en los últimos años han asumido roles cada vez más importantes.

Se plantea la derogación del artículo 463 del Código Civil, del análisis realizado se puede colegir que las figuras contempladas en el citado artículo ya han sido desarrollados de manera exclusiva en artículos precedentes, por lo que se estaría cayendo en redundancia en torno al manejo y utilización de determinadas situaciones, los cuales caerían en un doble tratamiento, que debe ser descartado del manejo del Código.

De acuerdo a los aportes que buscan darle más celeridad y desarrollo a la figura de la patria potestad debemos recalcar que se ha propuesto quitar atribuciones al consejo de familia ya que esta institución por los requisitos como las funciones que realiza en el ámbito del derecho de familia expresando que muchas veces las personas que lo conforman no tienen la madurez ni los requisitos culturales para poder tomar decisiones acertadas.

En nuestra opinión, la institución que debe de tomar la batuta en estos temas, es el Ministerio Público, el cual velaría por el menor en el manejo de sus intereses y beneficios, pero ya no sólo desde un punto de vista netamente procesal, sino con un rol protector que vela por la familia y, de manera más específica, por el menor de edad al momento de la toma de decisiones en torno a su persona.

8 AGUILAR, Benjamín. «La Tenencia como atributo de la Patria Potestad». En *Suplemento Jurídica*. Lima, octubre 2004, n.º 14, p. 3.

7. CONCLUSIONES

La familia engloba, a la fecha, instituciones jurídicas que son netamente complementarias, es decir, éstas no se encuentran aisladas unas de otras, desarrollando la patria potestad; un rol vinculante con las demás figuras como la tenencia, alimentos, guarda; así como el ejercicio del cuidado de la persona, la administración de los bienes del menor hace que esta figura esté en un lugar preponderante dentro de la regulación del derecho de familia.

El Código Civil no tiene desarrollado en su articulado dedicado a la patria potestad, un enfoque pleno de lo que es el aspecto subjetivo de la regulación de lo que esta figura quiere alcanzar con las personas que la ejercen; algo que es desarrollado como complementado por el Código de los Niños y Adolescentes.

Nuestra regulación debe de ser más contundente en señalar que el ejercicio de la patria potestad es compartida; es decir, depende de ambos padres y que únicamente el entendimiento global de la misma traerá como consecuencia un ejercicio correcto de ella, ya que hay mucho desconocimiento del ámbito patrimonial, el cual tiene un rol importante en el futuro del menor.

El otorgamiento de la patria potestad debe de ser resultado de un proceso lógico, cuya consecuencia se sostiene en la idoneidad de la persona y en su capacidad para poder desarrollar una correcta gestión en la formación de su hijo, como en el manejo de los bienes que están destinados a su bienestar.

En la actualidad está asumiendo un rol más importante dentro del ámbito de protección a la familia, las decisiones tomadas por el juez como el rol que desempeñan las instituciones que velan por la protección de la sociedad, como es el caso de Ministerio Público lo que expresa un compromiso más abierto e institucionalizado a favor de la familia.

La necesidad de cambios en la regulación de la patria potestad es consecuencia natural del proceso evolutivo, por el cual ha transcurrido la familia. Estos cambios no han terminado; muestra de ello son las propuestas de cambio, en torno al articulado que a la fecha se encarga de regular el tema. El mismo va quedando cada vez más obsoleto.

La inexistencia del acto jurídico

César Daniel Cortez Pérez*

Alan Felix Berrospi Acosta**

*Trilogía de la Trascendencia:
Fe, Concentración y Libertad.
Josadi*

SUMARIO: 1. *La ineficacia del Acto Jurídico.* – 2. *Antecedente Histórico de la Inexistencia.* – 3. *Inexistencia del Acto Jurídico.* – 4. *Conclusión.*

Este trabajo intenta dar alcances sobre la teoría de la inexistencia del acto jurídico, teoría poco estudiada y trabajada en nues-

* César Daniel Cortez Pérez, Abogado por la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, Candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Docente de la Universidad Señor de Sipán. Miembro del comité editorial de la Revista Jurídica SSIAS de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Premio a la Excelencia Académica en Derecho «José León Barandiarán Hart».

** Alan Félix Berrospi Acosta, Abogado por la Universidad de Huánuco, candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial por la misma Universidad. Vice-presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Ex - asistente de cátedra en las Universidades Hermilio Valdizán y Universidad de Huánuco. Diplomado en Derecho Civil Patrimonial. Miembro del Estudio Vidal, Melendres & Palomino Abogados. Conciliador extrajudicial, inscrito en el Ministerio de Justicia y estudios concluidos de Arbitraje.

tro país, pero que merece ser conocida un poco más, es así que daremos ciertos alcances a esta figura jurídica tan interesante.

No está de más mencionar también, que la inexistencia del acto jurídico, en otros sistemas jurídicos goza de autonomía y características propias, así en este sentido esta no debe ser utilizada como sinónimos con ineficacia o con la invalidez; pues de ser así no se haría otra cosa sino confundir más las instituciones propias del sistema. No obstante dentro de nuestra legislación nacional, pese a que la Inexistencia no está regulada expresamente, no ha sido óbice para que nuestros Magistrados la mencionen en algunas sentencias.

1. LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

El acto jurídico según lo establecido en nuestro Código Civil en su artículo 140, es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Siendo para su validez requisitos esenciales tales como: a) agente capaz, b) objeto física y jurídicamente posible, c) fin lícito y d) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Los actos jurídicos son celebrados para que produzcan efectos jurídicos, pues es a través de dichos efectos jurídicos, concebidos y entendidos por los particulares como efectos simplemente prácticos, que se podrán autorregular libre y satisfactoriamente los diferentes intereses privados que determinaron la celebración de los mismos, de forma tal que se puedan satisfacer las distintas necesidades de los sujetos de derecho en los diferentes sistemas jurídicos¹.

Sin embargo sucede en muchos casos que los actos jurídicos y contratos no son eficaces, pues no llegan en ningún caso a producir efectos jurídicos, o porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración de los mismos. En estos supuestos estamos dentro de lo que se denomina en doctrina «ineficacia» del acto jurídico o del contrato. Consiguientemente la categoría genérica que describe todos los supuestos en los cuales los actos jurídicos y contratos no son eficaces, por no haber producido nunca efectos jurídicos, o por desaparecer posteriormente los efectos jurídicos producidos inicialmente, recibe el nombre genérico de ineficacia².

Conceptualiza el Dr. Lizardo Taboada a la ineficacia como: Todo supuesto en el cual el acto jurídico o el contrato celebrado por las partes no llega a producir ninguno de los efectos jurídicos buscados, o habiendo producido todos sus efectos jurídicos inicialmente, desaparecen los mismos por una causa o evento posterior a su celebración.

La ineficacia es, ante todo, una sanción. Si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción, se comprende enseguida por

1 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. «Nulidad del Acto Jurídico». Lima: Editorial Grijley; abril del 2002, 2.^a Ed., p. 24.

2 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 25.

qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que le orden jurídico aplica al negocio irregular³.

Y esta sanción que es la ineficacia para un mejor estudio y entendimiento se divide en ineficacia estructural y en ineficacia funcional, la primera se fundamenta exclusivamente en el principio de legalidad, pues sus causales vienen establecidas por la ley, el acto jurídico que sufre de ineficacia estructural es aquel acto que desde su origen se ve afectada por la causal de ineficacia. En cambio la ineficacia funcional son actos que sufren algún defecto pero que no atacan a su estructura ni a su origen, la causa de esta ineficacia se presenta con posterioridad a la celebración del negocio jurídico.

2. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA INEXISTENCIA

El origen de la teoría europea sobre la ineficacia de los actos jurídicos se remonta a la Edad Media, cuando los intérpretes del derecho romano creyeron descubrir en este sistema matriz dos causales únicas de dicha ineficacia, a saber: la contravención a la ley, sancionada con una nulidad de pleno derecho, y la anulación judicial del acto a consecuencia del próspero ejercicio de la acción pretoria de *in integrum restitutio*. Esta clasificación bipartita de la ineficacia, ampliamente difundida en la doctrina posterior, ha servido de fundamento a sus partidarios para negar la figura de la inexistencia, por reputarla falsa o, a lo menos, inútil⁴.

La diferencia entre la inexistencia y la nulidad apunta a la falta de un elemento esencial para la celebración del negocio jurídico.

Algunos señalan al jurisconsulto alemán Zachariae como el precursor de esta última variante doctrinaria, por cuanto él, coincidentemente con la expedición del influyente Código Civil Francés (1804) y examinando los requisitos del contrato matrimonial, puso de manifiesto que la falta de algunos de estos, como la diferencia de sexos entre los contrayentes, no permite tenerlo por celebrado, mientras que la falta de otros de tales requisitos solo da lugar a que se le tenga por nulo o anulable⁵.

El jurista Colombiano Ospina, nos explica que tal distinción es anterior a Zachariae, para lo cual hace mención que POTHIER, en el siglo XVII, la había formulado con este alcance: «Hay tres cosas diferentes en todo contrato: las cosas que son de la esencia del contrato, las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales del contrato» sobre las primeras dictamina: «Las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). Y faltando una de

3 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, vol. I, p. 533.

4 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. «Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos». Bogotá: Editorial TEMIS, 1980, p. 439.

5 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. *Op. cit.*, p. 440.

ellas ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato... La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato, algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato».⁶

Bien nos dice el jurista Ospina, que lo expresado por Pothier, expone la teoría de la inexistencia del negocio y la conversión de los mismos.

3. INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO

Se conceptualiza a la inexistencia del negocio jurídico como el resultado de la ausencia de elementos esenciales de dicho negocio, esto tiene como efecto que para el Derecho este negocio jurídico nunca llegue a tener relevancia jurídica, así la falta absoluta de voluntad, objeto, causa o solemnidades hará que no llegue a existir el negocio.

También podríamos decir, que la inexistencia es la no configuración del negocio jurídico que, a diferencia de la nulidad absoluta, no produce ningún tipo de efectos jurídicos.

La inexistencia del acto jurídico no la encontramos expresa en el Código Civil de 1984, pues este cuerpo normativo recoge a la nulidad y la anulabilidad como supuestos de invalidez o de ineficacia estructural.

Doctrina italiana que estudiaba los aspectos del negocio inexistente, la tildaba de ser una expresión absurda, afirmando que «ahí donde hay una casa o una mesa ¿decimos que nos encontramos frente a una casa o una mesa inexistente?». ⁷ En respuesta a la doctrina antes expuesta y en posición que compartimos se contesta estableciendo la idea de que no se debe concebir esta categoría en un contexto «espacio - temporal», sino que se debe insertar «en un discurso en el cual la presencia de una cosa haya sido (explícita o implícitamente) objeto de afirmación, al menos, de duda».⁸

Mucho se confunde a la inexistencia con la nulidad, es así como influenciados por la doctrina española, Zusman Tinman y De La Puente y Lavallo propusieron la distinción entre inexistencia y nulidad para efectos de la reforma del Código Civil de 1936: se produce la inexistencia cuando la falta de un elemento sea de tal relevancia que impida hasta la apariencia de un acto jurídico, lo cual determina que no pueda producir efectos ni siquiera negativos. La nulidad en cambio, supone un acto jurídico que, aunque inválido existe siquiera como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos. Esta propuesta no fue acogida por el legislador del Código Civil de 1984 y su inadmisibilidad fue el pretexto para que la doctrina nacional rechazara la figura.⁹

6 POTHIER. Obligations, Paris, 1861-1862, núms. 5 y 6.

7 FEDELE, Alfredo. *La invalidità del negozio giuridico di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli, 1943, p. 75.

8 BELVEDERE, Andrea. «L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semántica». En AA.VV. *L'invalidità degli atti privati*. Padova: CEDAM, 2001-2006.

9 MORALES HERVÍAS, Rómulo. «Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista

Así llegamos a nuestro actual Código Civil de 1984, donde lo que existe en el mencionado cuerpo de leyes es un tratamiento de la nulidad virtual prescrita en el inciso 8 del artículo 219 que hace referencia directa al artículo V del Título Preliminar, que se refiere también a dicha forma de nulidad. La nulidad virtual es aquella que se encuentra tácitamente contenida en las normas jurídicas, haciendo evidente un acto jurídico nulo cuando este es contrario a dichas normas, y al fin lícito del negocio, así como a principios de orden público y buenas costumbres.

Sobre lo antes expresado el jurista nacional, el Dr. Lizardo Taboada nos explica que la inexistencia del acto jurídico es una ineficacia que solo se acepta en los sistemas que no acogen la nulidad virtual. En aquellos sistemas donde no se reconoce la categoría de nulidad virtual, es necesario prohibir los actos jurídicos cuyo contenido sea ilícito, privándolos de efectos jurídicos, y para ello acuden al concepto de inexistencia.

Así, pues en otras realidades se encuentra normada la inexistencia, así también se pueden encontrar posiciones distintas sobre esta misma figura, de esta forma como una categoría distinta a la nulidad radical se encuentra la inexistencia del negocio jurídico.

Un negocio inexistente sería aquel en el que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio en la compraventa, la merced en el arrendamiento, etc.), lo que impide identificarlo o, en términos generales, carece de alguno de los elementos esenciales de todo negocio (el contrato celebrado por un incapaz de entender y de querer, el contrato celebrado a nombre de otro sin su representación o autorización, por faltar el consentimiento de aquel en cuyo nombre se contrata, etc.)¹⁰.

Como se manifestó en párrafos precedentes la doctrina y otras legislaciones diferencian a la nulidad de la inexistencia: Ferrari describió la distinción de manera clara: a) mientras el negocio inexistente, precisamente por ser tal, no puede producir efectos jurídicos de manera que, el negocio nulo, en cuanto existente como supuesto de hecho negocial, puede producir efectos jurídicos diversos de aquellos que son propios del tipo a que pertenecen; b) el negocio nulo puede, sea por vía del todo, excepcional, ser sanado; c) siempre en vía excepcional puede producir hasta que la nulidad no sea declarada, todos los efectos normales que es capaz de producir un negocio válido; y d) el negocio nulo puede, al contrario del negocio inexistente ser convertido en otro negocio del cual contenga los elementos.

Otra distinción es la que explica por los efectos que ambas figuras pueden generar, así el negocio jurídico inexistente es definido como el acto de autonomía privada imposibilitado de generar efectos y el negocio nulo como supuesto de

de los derechos italiano, español y peruano». Publicado en soporte papel en *Revista del Foro*, año LXXXVI, n.º 1, Publicación del Colegio de Abogados de Lima, enero-mayo 1998.

10 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, p. 534.

hecho negocial capaz de producir efectos jurídicos indirectos mediante la conversión a un nuevo supuesto de hecho (Betti, Ferrari y Tommasini)¹¹.

El Dr. Vidal Ramírez¹² expresa que el acto inexistente se confunde desde el punto de vista de sus efectos con el acto nulo y, por lo mismo, carece de objeto complicar las cosas introduciendo una nomenclatura que oscurece el campo legislativo. En la misma línea doctrinaria está el Dr. Rubio Correa¹³. Sostiene que en el Código Civil peruano, la falta de los elementos esenciales del acto jurídico no es causal de inexistencia, sino específicamente de nulidad, a tenor de diversos incisos del artículo 219. Por consiguiente, señala que el Código Civil peruano no opta por reconocer la teoría de la inexistencia del acto: sólo existen la nulidad y la anulabilidad. Los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, en el Perú son de nulidad.

De igual forma encontramos al jurista español Federico de Castro y Bravo, quien diferencia la inexistencia de la nulidad. A tal efecto se dirá que se trata de *negotium non existens* (*Nichtrechtsgeschäft*), cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio, mientras que la nulidad resultaría de una prohibición o requisito negativo, contrario a la validez. El negocio inexistente se compara a un fantasma y el nulo al nacido ya muerto». (...) se ha defendido todavía el mantenimiento de la calificación de inexistencia, diciendo que ella se dará cuando la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que «haga inconcebible el negocio» o que impida se dé «el concepto del negocio». Señalándose, además, que el negocio nulo puede ser convalidado, convertido en otro válido y tener eficacia como putativo, lo que no sucede en el negocio inexistente.¹⁴

Castro y Bravo, comenta que la razón de haberse mantenido el concepto, a pesar de lo insistente y fundado de las críticas, se encuentra en su utilidad, sus servicios en el pasado y los que se adivinan puede prestar en el futuro.

A esta altura, nos podríamos preguntar: ¿Cuál es la importancia o relevancia de la regulación de la inexistencia del negocio jurídico?

Esta pregunta bien puede ser contestada por el jurista De los Mozos¹⁵ quien hace constar que el negocio jurídico inexistente puede tener cierta relevancia jurídica en los siguientes casos: a) tratos preliminares del contrato: cuando alguna de las partes falte a la buena fe, cuando de esa falta a la buena fe resulte un daño o cuando

11 MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 7.

12 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985, 1.ª Ed., p. 506.

13 RUBIO CORREA, Marcial. *La Invalidez del Acto Jurídico Nulidad y Anulabilidad*. En Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, vol. IX, p. 25.

14 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, pp. 464-465.

15 DE LOS MOZOS, José Luis. *El Negocio Jurídico. Estudios de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, pp. 150-151.

sea motivada por una conducta ilícita; b) no concurrencia de oferta y aceptación: sin acuerdo entre las partes no hay contrato y los efectos que se produzcan no serán contractuales, sino los que nazcan de la oferta, la cual tendrá su propia eficacia jurídica; c) los efectos nacidos de la intención de crear una apariencia que aparecen configurados como efectos del acto ilícito; d) los nacidos de error absoluto (pago de lo indebido, entrega de una cosa no debida), basados en el enriquecimiento injusto; y por último e) los efectos nacidos de la apariencia misma, que pueden parecer a primera vista negociales, así los supuestos de adquisición de un comprador simulado, el cual, si es de buena fe, adquiere con título inatacable. En tales supuestos el efecto producido no es negocial, pues éste se alcanza (y con ella la transmisión o atribución de derechos) no en el primer acto, sino en el segundo. Los casos descritos son puramente extranegociales, en cuanto el negocio inexistente ha podido configurar una apariencia de negocio (caso típico de la simulación), que produce unos efectos que no derivan del negocio, sino de la propia apariencia.

Punto aparte es lo que sucede en Latinoamérica, pues a diferencia del Código Civil Peruano, los cuerpos normativos civiles de Colombia y Chile regulan la figura de la inexistencia del negocio jurídico, así lo explica Ospina y lo demuestra citando ciertos artículos del código civil colombiano¹⁶ que demuestran que en el caso de la declaración de nulidad de los negocios jurídicos, esta debe ser hecha a través de un pronunciamiento judicial el mismo que determinara su ineficacia, no siendo esta declaración necesaria en los casos de ineficacia.

Sin embargo a pesar de la abundante doctrina a favor de la existencia de este tipo de ineficacia como es la inexistencia del negocio, existen también posiciones contrarias, y esto lo comenta justamente Ospina, al expresar que le resulta incomprensible que algunos comentaristas chilenos y colombianos, se empecinen en negar que nuestro Código Civil si contempla expresamente la ineficacia de los actos jurídicos por falta de los elementos que le son esenciales, o sea, indispensable para que tales actos se tengan como existentes y operantes dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad privada¹⁷.

Es clarísimo que en nuestros hermanos y vecinos del norte y del sur (Colombia y Chile) mantienen dentro de su Código Civil la regulación de la inexistencia así como la existencia de doctrinas y teorías en pro de su regulación y defensa dentro de su normativa nacional, como ya se explico en nuestro país no encontramos a la inexistencia del negocio jurídico regulado pues como lo dice el Dr. Lizardo Taboada nuestro Derecho Privado a optado por la figura de la nulidad virtual. Taboada Córdova¹⁸ expresa que la aceptación o no de la

16 Artículos 1743, 1745, 1746, 1747, 1748, 1749 y 1751 del Código Civil Colombiano.

17 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA. *Op. cit.*, p. 444.

18 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. «Acto Jurídico: Propuestas de Enmienda». En: *Los Diez Años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional Celebrado en Lima del 12 al 16 de Setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Primera Edición. W.G. Editor E.I.R.L., Miraflores, 1995, tomo I, p. 292.

figura de la nulidad virtual, que es de importancia fundamental, dependerá o no que se acepte o rechace la figura de la inexistencia. Tal es la importancia del tema, que en la actualidad, sobre la base de esta inapropiada remisión al Título Preliminar, hay quienes han pretendido negar la aceptación de la nulidad virtual en el sistema jurídico nacional. Por ello, le parece al jurista peruano muy importante definir esta figura en el inciso 8 del artículo 219, razón por la cual propone que la norma deba ser reformada en el sentido que el acto jurídico es nulo cuando atente contra el orden público o las buenas costumbres, o cuando sea contrario a normas imperativas, si otra sanción no se deduce de la ley. De esta manera, el profesor espera dejar bien en claro, que en el sistema jurídico peruano se acepta plenamente la figura de la nulidad virtual, por contraposición a la nulidad textual o expresa, descartando definitivamente la figura de la inexistencia.

En contraposición a lo expresado en el párrafo precedente el Dr. Rómulo Morales Hervías disiente de tal opinión porque la legislación no es un obstáculo para crear nuevos institutos útiles como protectores de intereses relevantes para la conciencia jurídica. El hecho de que la figura de la nulidad virtual esté normada en el Código Civil Italiano¹⁹, no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia italiana hayan desarrollado dogmáticamente la figura de la inexistencia²⁰.

«Zusman Tinman explica que figuras, como la de la inexistencia son vistas como»: «subversivas» de un orden supuestamente establecido a partir de la letra de la ley, sin considerar que la formalización llevada al extremo, termina propiciando situaciones de abuso del fuerte sobre el débil, (...) La defensa de la figura de la inexistencia por parte de la jurista peruana es una forma de rebelión contra la doctrina tradicional apegada al método exégeta.

En Italia, el estudio de la inexistencia y de la nulidad ha sido fecundo en relación proporcional a España y al Perú. España ha estudiado el tema por un desarrollo doctrinal de la teoría general del negocio jurídico. En el Perú se sostiene que dicha distinción es inútil por su poca trascendencia práctica al haber sido admitida la figura de la nulidad virtual en el Código Civil. Sin embargo, existen posiciones que dan relevancia a su estudio. En efecto, si bien es cierto que la doctrina peruana no da mucho valor a la dogmática de la inexistencia y de la nulidad, no obstante ello un sector minoritario ha esbozado ciertas aproximaciones teóricas a la distinción formulada prolijamente por la doctrina italiana. Se ha utilizado la categoría de la inexistencia para poder explicar algunos supuestos inexplicables con la categoría de la validez. Dicha utilización imperceptible es un signo claro de acercamiento a la doctrina italiana»²¹.

19 Art. 1418 Cause di nullità del contratto.- Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

20 MORALES HERVÍAS, RÓMULO. *Op. cit.*, p. 9.

21 MORALES HERVÍAS, RÓMULO. *Op. cit.*, p. 11.

4. CONCLUSIÓN

El Código Civil Italiano norma tanto la nulidad virtual como la figura de la inexistencia del acto jurídico, en esa realidad jurídica la regulación de la primera figura no ha sido excusa para regular y trabajar una importante teoría de la inexistencia del acto jurídico.

Si bien el maestro Lizardo Taboada Córdova, es del parecer y explica que ante la regulación de la nulidad virtual por nuestro código civil, está de más la regulación de la inexistencia del acto jurídico, creemos que sería importante crear una teoría de la inexistencia del acto jurídico y así seguir el ejemplo italiano.

Lo que en otros sistemas jurídicos se llama inexistencia, en el nuestro es nulidad, sin embargo esto no significa que sean sinónimos, pues la inexistencia es una figura autónoma e independiente que tiene sus propias características.

Cabría preguntarnos en palabras del Dr. Castillo Freyre, si una modificación en el Código Civil sobre el particular sería necesario y urgente?

Tal vez la respuesta sería que no y aunque a priori la respuesta es negativa, si es urgente y necesario sentar la necesidad de forjar una mejor doctrina sobre la inexistencia del negocio jurídico.

Se terminó de imprimir, en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C. el mes de mayo de 2011,
www.grandezgraficos.com Teléf.:(511)531-4658.

**El Libro de Ponencias del VI°
Congreso Nacional de Derecho Civil,
es un esfuerzo conjunto del Instituto
Peruano de Derecho Civil y de la
biblioteca del Estudio Mario Castillo
Freyre.**

En el año 2010 tuvo lugar el VI° Congreso Nacional de Derecho Civil el mismo que se desarrolló en la cálida ciudad de Piura y congregó —como es tradicional— una cantidad multitudinaria de asistentes de diversas regiones del Perú y un grupo muy importante de expositores.

Este libro se publica poco antes de la realización del VII° Congreso Nacional de Derecho Civil, el mismo que tendrá lugar en la ciudad de Chiclayo los días 30 de junio, 1 y 2 de julio de 2011, evento que será todo un éxito, en beneficio del Derecho Civil y del medio académico profesional peruano en su conjunto.