MARIO CASTILLO FREYRE
OLGA ALCÁNTARA FRANCIA
VERÓNICA ROSAS BERASTAIN
MASSIEL SILVA SANTISTEBAN AMÉSQUITA

TÍTULO PRELIMINAR

GACETA JURIDICA
Calle Juan Antonio Arrieta Nº 188,
Urb. Isla Verde, Pueblo Libre, Lima - Perú
www.gacetajuridica.com.pe

TÍTULO PRELIMINAR

© **Mario Castillo Freyre**
Olga Alcántara Francia
Verónica Rosas Berastain
Massiel Silva Santisteban Amésquita
© **Gaceta Jurídica**

Primera edición: agosto 2025
780 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2025-08722
ISBN: 978-612-333-161-0

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. Nº 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Rosa Alarcón Romero
Corrección: Alex Ortiz Alcántara

GACETA JURÍDICA S.A.

CAL. JUAN ANTONIO ARRIETA NRO. 188, URB. ISLA VERDE
PUEBLO LIBRE. LIMA - PERÚ
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Lima - Perú
Agosto 2025
Publicado: agosto 2025

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO PRELIMINAR

Mario Castillo Freyre
Abogado
Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú
Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho

Olga Alejandra Alcántara Francia
Abogada
Profesora de Derecho Civil

Verónica Rosas Berastain
Abogada
Socia principal del Estudio Mario Castillo Freyre

Massiel Silva Santisteban Amésquita
Abogada
Socia del Estudio Mario Castillo Freyre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A nuestros lectores

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Palabras liminares

Esta obra no sólo pretende ser un estudio del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Ella busca ser un estudio introductorio al Derecho Civil.

En ese sentido, la misma consta de tres partes. Una primera, en la que recogemos aquellos trabajos que he escrito a lo largo de los últimos años sobre el Derecho Civil en general y el desarrollo profesional en esta área, sin duda, la más importante del Derecho.

En la segunda parte analizaremos, propiamente, toda la normativa del Título Preliminar del Código Civil peruano, con el detalle que hemos puesto en las obras precedentes publicadas a partir del 2020 sobre Derecho de personas naturales y jurídicas,[1] Derechos reales,[2] Acto jurídico,[3] Contratos típicos,[4] Derecho de familia,[5] Derecho de sucesiones,[6] Derecho de obligaciones,[7] y Prescripción y caducidad.[8]

En esta ocasión, el análisis de tales normas corresponde no sólo a quien escribe estas líneas, sino también a tres brillantes colegas: Olga Alcántara Francia, amiga personal y profesora de Derecho Civil en prestigiosas universidades del país y doctora en Derecho; Verónica Rosas Berastain, quien me acompaña en el Estudio desde practicante y hace años es socia principal del mismo; y, finalmente, Massiel Silva Santisteban Amésquita, quien también me

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

2 Castillo Freyre, Mario. *Derechos reales principales y de garantía*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

3 Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

4 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, tomos I y II.

5 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de familia*. Agradeciendo la colaboración de Gisselle Moreno Cavallini y Gianella Lezama Coaguila. Lima: Gaceta Jurídica, 2023, tomo I y II.

6 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de sucesiones*. Agradeciendo la colaboración de Gisselle Moreno Cavallini y Gianella Lezama Coaguila. Lima: Gaceta Jurídica, 2024.

7 Castillo Freyre, Mario y Felipe Osterling Parodi. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. 3ra. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2024, vol. I, II y III.

8 Castillo Freyre, Mario con la participación de Giannina Molina Agui. *Prescripción y caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2025.

acompaña en el Estudio más de trece años, desde sus tiempos de practicante y hoy es socia del Estudio.

Con Verónica y Massiel, además de ser excelentes amigos, somos un equipo con el que hemos librado y libramos muchas batallas jurídicas no sólo en Derecho Civil y arbitraje, sino en varias otras áreas del Derecho.

Y, en la tercera parte de esta obra, hemos incluido la transcripción de un acto que, en lo personal, valoro mucho, y es la imposición de la Condecoración Vicente Morales y Duárez que me otorgó el Ilustre Colegio de Abogados de Lima en el año 2017. Allí podremos apreciar las generosas palabras del señor decano de entonces, don Pedro Angulo Arana, del señor vicedecano, don Jorge Gonzales Loli, de mi maestro, amigo y profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú, don Lorenzo Zolezzi Ibárcena y del patricio peruano don Luis Bedoya Reyes. Todo ello con la dirección protocolar del señor Gabriel Pita Martínez, Oficial Mayor del Colegio.

El Derecho Civil es el centro académico de mi vida y ese acto también giró en torno a esta área del Derecho.

Como siempre, sometemos esta obra a consideración de nuestros amables y generosos lectores.

Lima, julio de 2025

Mario CASTILLO FREYRE[9]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9 Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje*, *Biblioteca de Arbitraje Serie Digital* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa www.castillofreyre.com.

Primera parte

El Derecho Civil y el ejercicio profesional

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo I

El Derecho y el análisis económico[1]

Cuando hace algunos meses recibí la carta que me dirigieron mis amigos, Lorenzo Zolezzi Ibárcena y Elvira Méndez Chang, invitándome a escribir en el libro homenaje al doctor Carlos Montoya Anguerry, acepté inmediatamente, pues considero que dicha iniciativa constituye un acto de absoluta justicia en honor de un amigo común que se merece ése y muchos más honores.

Y es que la trayectoria personal y profesional del doctor Carlos Montoya Anguerry[2] justifica que se le rinda permanente homenaje, por ser un hombre decente, por haber sido un magistrado competente y honesto, y por ser un maestro a carta cabal.

Montoya Anguerry fue mi profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, situación por la que guardo por él la más profunda gratitud; pero, además, tendré siempre presente su buena disposición, dentro y fuera de clases, para dar un consejo acertado y desinteresado.

En razón de ello es que consideré que una persona que ha destinado su vida al Derecho merecía que uno escribiera un artículo, precisamente, sobre el Derecho.

De modo tal que en las siguientes páginas trataré de sintetizar mi visión acerca del Derecho en su conjunto y del papel que el Derecho asigna al análisis económico.

¿Y qué es el Derecho?

El Derecho es una ciencia social estructurada con base en un ordenamiento jurídico legal, basado en una pirámide normativa y que tiene dos y sólo dos fines u objetivos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

---

1 Castillo Freyre, Mario. «El Derecho y el análisis económico». En *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, octubre del 2007, n.° 2-3, pp. 494-507.

2 Ortiz Sánchez Iván y Antonio Peña Jumpa (Eds.). *Libro homenaje a Carlos Montoya Anguerry. 23 años de Proyección Social - PROSODE - PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2014.

El primer objetivo del Derecho es el Orden y la Seguridad Jurídica, y el segundo es la Justicia. Todo el Derecho se estructura, se concibe, se organiza en virtud de esos objetivos.

Sin ellos, el Derecho no tendría sentido; sin ellos no tendría razón de ser.

La Justicia, en la clásica definición romana, es el dar a cada uno lo que le corresponde.

El Orden y la Seguridad Jurídica implican el establecimiento de paz social en torno al Derecho.

Sin Justicia y sin paz social en las sociedades reinaría el caos y la perversión.

Dentro de este marco conceptual debemos preguntarnos: ¿qué lugar puede tener en el Derecho el análisis económico?

Ante todo, debemos partir por destruir un mito: aquél que sostiene que el análisis económico apareció en el mundo del Derecho cuando la escuela estadounidense que creó el llamado análisis económico del Derecho lo concibió de manera orgánica, es decir, cuando surgió como teoría económica y pseudojurídica.

Eso es absolutamente falso, en la medida en que desde que existió el Derecho en los albores de la civilización, el Derecho existió con un fundamento económico, cada una de las figuras que el Derecho ha creado a lo largo de los siglos y de los milenios han sido concebidas con la finalidad de satisfacer necesidades económicas de los hombres y de hacer más eficientes sus vidas, sus intereses y lograr el mayor provecho para sus patrimonios.

No cabe duda de eso.

Pensar lo contrario, pensar que la sociedad y los hombres han creado el Derecho y todo el ordenamiento legal de cada una de las sociedades de este planeta con el objetivo implícito de ser ineficientes, de hacer de la sociedad una más burocratizada y costosa, sería subvaluar al ser humano, sería pensar que es lo suficientemente estúpido como para autodestruirse en el plano patrimonial.

Lo que ocurre es que este análisis económico implícito no es químicamente puro ni tampoco lo suficientemente importante o determinante como para hacer que las normas jurídicas deban establecerse única y exclusivamente en función de intereses económicos, en función de lo que la Escuela del análisis económico del Derecho denomina los costos de transacción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta perspectiva del Derecho implica una deformación del Derecho mismo en la medida en que, como dijimos al comienzo de este ensayo, el Derecho busca el Orden, la Seguridad Jurídica y la Justicia, y si bien implícitamente persigue la eficiencia de las normas jurídicas, ése no constituye ni su objetivo ni su finalidad esencial.

Por otra parte, estudiar y condicionar el Derecho única y exclusivamente en razón de la disminución de los costos de transacción de hacer más eficientes las relaciones económicas conlleva un gravísimo error que, precisamente, conduce a la destrucción de esta teoría.

Y es que todo análisis económico, como especulación humana que es, puede ser acertado o falso, habida cuenta de que puede ser correcto o incorrecto.

No olvidemos que sobre un mismo fenómeno económico de la sociedad será prácticamente imposible que exista unanimidad de criterio por parte del gremio de los economistas.

Lo más probable será que sobre ese mismo fenómeno existan cinco o diez opiniones, además de conclusiones numéricamente distintas.

Entonces, como comprenderá fácilmente el lector, si tenemos diez opiniones diferentes en torno a un mismo fenómeno económico, ¿acaso podríamos tomar una de esas diez opiniones como verdad absoluta y, con base en ella, construir el ordenamiento jurídico de una sociedad, es decir, el Derecho positivo?

¿Y si la teoría escogida es, precisamente, una de las nueve equivocadas?

¿Y si, por último, ninguna de las diez teorías estaba en lo cierto?

¿Acaso el Derecho y su estructura normativa pueden depender de un criterio meramente económico que, para colmo, de repente es erróneo?

Pues, evidentemente, no.

Y este razonamiento debería extenderse, inclusive, al supuesto en el cual no existieran diez posiciones distintas sobre un mismo fenómeno económico, sino sólo una posición.

Decimos esto pues el ordenamiento jurídico de una sociedad no puede estar subordinado o, mejor dicho, condicionado por una teoría económica.

Esto es así porque si el Derecho estuviese subordinado a la economía para legislar, solamente interesaría preguntar a los economistas qué es lo que ellos consideran o estiman como más eficiente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De acuerdo con este criterio, los abogados y los legisladores deberían limitar su labor a traducir, a volcar en preceptos normativos, las indicaciones y las pautas brindadas por los economistas.

Esto significaría, pues, la total subordinación del Derecho a la economía, es decir, la pérdida de autonomía del Derecho y su relegación a la categoría de ciencia social de segundo orden, a la categoría de ciencia social accesoria.

Pero, además, esto significaría que el Derecho abdique de sus objetivos naturales, de sus objetivos intrínsecos, que son el Orden, la Seguridad Jurídica y la Justicia.

Ahora bien, el problema relativo a las pretensiones absolutistas del análisis económico del Derecho se agudiza en la medida en que muchas veces sus razonamientos económicos ni siquiera están basados en argumentos que sean resultado de un análisis numérico o matemático, sino simplemente de meras especulaciones.

Sí, meras especulaciones que podrían haber sido hechas por cualquiera de nosotros, empleando para tal efecto nuestro sentido común.

Y eso se pone de manifiesto innumerables veces en las cuales el análisis económico del Derecho ha inspirado determinadas posiciones que han sido consagradas legislativamente y asumidas también por aquéllos que se deslumbran por sus fuegos artificiales.

Y lo peor ocurre después, cuando al entrar en vigencia la norma se constata la penosa realidad de que los costos de transacción no disminuyeron, sino que —por el contrario— aumentaron.

¡Ups!, dirá el análisis económico del Derecho... ¡Me equivoqué!

Pero más equivocados estuvieron los legisladores que, haciendo caso a la pirita del Derecho (es decir, al oro falso, al oro de los tontos), legislaron como si se tratase de una deidad a cuyo culto no podían rehuir.

Y entonces será la sociedad toda, en su conjunto, la que pagará las consecuencias de una norma mal hecha en lo económico, pues no disminuye, sino aumenta los cosos de transacción; y mal hecha también en lo jurídico, pues lo más probable es que prescinda de buscar el Orden, la Seguridad Jurídica y la Justicia, por la sencilla razón de que nunca siquiera los buscó.

Es decir, la sociedad pagará las consecuencias de una norma pésimamente concebida por quienes saben muy poco de Economía y seguramente nada de Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ejemplos, decenas.

Son numerosos los casos en que el análisis económico del Derecho se equivocó de cabo a rabo, como demostramos Ricardo Vásquez Kunze y el suscrito en el año 2004, cuando publicamos la primera edición de *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil.*

Pero, lamentablemente, el «análisis» muchas veces persiste en el error y se sigue y se seguirá, sin duda, equivocando.

El ejemplo más reciente lo tenemos con la Ley de la Garantía Mobiliaria, promovida por los propulsores del «análisis» y que encarece notablemente los costos de transacción, tanto que constituir una garantía sobre un bien mueble ahora tiene, necesariamente, que pasar por pagar las tasas registrales, cuando antes sólo pasaba por la entrega del bien para constituir la prenda (con desplazamiento). Pero no sólo eso, sino por el hecho de que ahora, como los bienes no registrables también son inscritos en el Registro Mobiliario de Contratos como objeto de garantía mobiliaria, cada vez que queramos contratar sobre un bien mueble no registrado, incluido el dinero, por supuesto, tendremos que recurrir al Registro y pagar nuestras tasas registrales para estar seguros de que el bien con que nos están pagando no está afectado en garantía mobiliaria.

¡Qué bonito!

¿Acaso el sustento de esta ley no era económico?

¿Acaso algunos no se compraron este argumento y legislaron con base en estos supuestos criterios de eficiencia?

Sí, en efecto, lo hicieron, pero se equivocaron, pues partieron, como siempre, de una improvisación, que llevó a que las cosas les salieran pésimo.

¿Y quién paga las consecuencias?

Pues la sociedad en su conjunto.

Ese aumento de los costos de transacción ilustra que, en la mayoría de casos, el análisis económico del Derecho en el Perú solamente ve lo que tiene delante de sus narices, pero no es capaz de darse cuenta de aquello que tiene algunos centímetros más allá.

Y es precisamente por esto que el análisis económico del Derecho, con esa miopía que lo caracteriza, se tropieza constantemente, y con él quienes lo siguen sin medir sus consecuencias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, vamos a imaginar un caso en el cual el razonamiento económico sea dispar al razonamiento jurídico. Nos referimos a los supuestos en los cuales el análisis económico del Derecho opine en favor de una determinada figura y el Derecho en contra.

Supongamos, además, que el análisis económico del Derecho tenga razón y la regulación de esa hipotética figura disminuya los costos de transacción.

En un caso como ése, ¿sería lícito para el Derecho desechar el razonamiento económico y optar por no regular la figura en el sentido propuesto por el análisis económico?

En otras palabras, ¿estaría bien que el Derecho asuma una regulación con costos de transacción notablemente más altos que la que propone el análisis económico del Derecho?

La respuesta afirmativa se impone.

¡Por supuesto que sí!

Esto porque el Derecho persigue el Orden, la Seguridad Jurídica la Justicia; y porque no siempre será jurídicamente seguro lo menos costoso y no siempre será más justo lo más barato.

Así, el Derecho, con su importancia, con su prestigio y con sus miles de años de historia y de conocimientos acumulados le dirá al análisis económico, por citar un ejemplo recurrente: ¡Qué me importa si tu formulario o tu hoja de papel periódico son más baratos que mi escritura pública, si esta última me da seguridad jurídica y tu hoja, y tu formulario no!

El Derecho también podría decirle al análisis económico que no le importará disminuir los costos de transacción si es que el resultado de esa disminución es la injusticia, o si ese resultado es la inseguridad.

Y podrá decirle esto porque el Derecho no tiene por finalidad la disminución de los costos de transacción.

Pero ¿acaso esto significa que el Derecho debe estar ajeno o divorciado de un análisis económico?

Claro que no.

Lo que ocurre es que el Derecho podrá considerar —si lo estima conveniente— los argumentos económicos en torno a una decisión que deba tener que tomar el propio Derecho. Desde su posición de preeminencia podrá considerar si es conveniente o no tomar en cuenta los argumentos del análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

económico, ello en razón a si tales argumentos serán o no útiles a los fines propios del Derecho y no, precisamente, a los fines propios de la economía.

Con ello queremos decir que, teniendo en consideración sus propios objetivos de Orden, de Seguridad Jurídica y de Justicia, el Derecho podrá estimar por conveniente no adoptar criterios que fueren en realidad económicamente eficientes.

Debemos subrayar también que no siempre lo económicamente eficiente o lo económicamente más barato será aquello que convenga más al Orden, la Seguridad Jurídica o a la Justicia.

Dentro de tal orden de ideas, corresponde ahora preguntarnos, ¿cuál es la verdadera importancia del análisis económico en el Derecho?

Pues, muy poca si entendemos por análisis económico del Derecho aquella visión totalizante de las cosas que pretende imponerse por sobre el Derecho y hacer que este último se encuentre condicionado por determinados razonamientos en materia económica.

Ante esas pretensiones, el Derecho no se inmuta. Si quiere, las toma y si quiere, las deja. Total, son absolutamente prescindibles.

Si el Derecho es justo, lo es por él mismo; si el Derecho es seguro, lo será también por él mismo; si el Derecho impone un orden, lo impondría por sí mismo.

Ahora bien, si el Derecho estima que, junto con el Orden, la Justicia y la Seguridad Jurídica puede lograr que los preceptos legales sean más eficientes, pues lo podrá lograr. Y si así fuera, qué bueno que lo sea.

Esto significa que lo «económicamente correcto» ocupa, indudablemente, un cuarto y subsidiario lugar en el orden de prioridades que el Derecho concede, primero al Orden, a la Seguridad Jurídica y a la Justicia.

Esto significa que el Derecho mirará al análisis económico en tanto y en cuanto ya haya satisfecho (todavía sin el análisis económico) los requisitos de Orden, de Seguridad Jurídica y de Justicia.

Ahora bien, esto tampoco significa que luego de satisfacer sus objetivos de Orden, de Seguridad Jurídica y de Justicia, el Derecho, necesariamente, tenga que volcar una mirada a lo económicamente eficiente.

Pero no cabe duda de que será bueno que lo haga. Ello en la medida en que las normas podrían, aparte de fomentar el Orden, la Seguridad Jurídica y la Justicia, promover aún más el progreso y el bienestar económico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, debemos mencionar que muchas veces el Orden, la Seguridad Jurídica y la Justicia llevan implícito un razonamiento económico.

Con esto queremos decir que en infinidad de casos, al recurrir al subsidiario análisis económico, confirmaremos que el Derecho ya habrá hecho lo suyo a través del Orden, a través de la Seguridad Jurídica y a través de la Justicia, estableciendo preceptos eficientes.

Por otra parte, resulta importante considerar que en infinidad de casos sería en extremo difícil de aplicar criterios económicos para medir el orden y la Seguridad Jurídica.

Puede decirse que el Orden y la Seguridad Jurídica llevan implícito un análisis económico del Derecho en la medida en que cuando en una sociedad reina la paz social, entonces, la vida económica será más armoniosa, menos conflictiva y, por tanto, las relaciones personales, comerciales y contractuales serán más eficientes.

Lo que ocurre es que el Orden y la Seguridad Jurídica implican conceptos económicos no mensurables en un determinado momento, no mensurables en el momento de la celebración de un determinado contrato o acto jurídico.

El Orden y la Seguridad Jurídica buscan la eficiencia económica de manera estática, permanente, no sólo a corto, sino también y —fundamentalmente— a mediano y largo plazo.

Ocurre a menudo que el análisis económico del Derecho sólo mira los costos inmediatos de las transacciones, llegando, por ello, a conclusiones totalmente erróneas con base en la prisa con la que son tomadas y, naturalmente, sin verdadero cálculo económico alguno.

Por otra parte, generalmente, los razonamientos del análisis económico del Derecho, al ser fruto de la improvisación, tienden a fomentar la consagración en el ordenamiento jurídico, de normas que son extremas y totalmente atentatorias contra la paz social y, por ende, atentatorias contra el Orden y contra la Seguridad Jurídica.

No hay nada más pernicioso que una norma económicamente deficiente y que, a la par, sea apreciada como injusta por la mayoría de la población.

Esa norma generará malestar entre los integrantes de la sociedad y será germen permanente para quebrantar la paz social, camino que han seguido y siguen numerosas normas promovidas por el análisis económico del Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estas normas son susceptibles de generar intranquilidad social, y cuando existen normas de este tipo, los pueblos tienden a fomentar la modificación de su ordenamiento legal lo más pronto posible.

Y como todos sabemos, el cambiar las leyes a cada rato es la mejor garantía de inestabilidad jurídica y, por ende, de inestabilidad económica.

No me cabe duda de que las leyes que responden a los genuinos intereses de la población son aquellas normas que garantizan, de la mejor manera, el Orden, la Seguridad Jurídica, la Justicia y el crecimiento económico, ello a pesar de que en lo inmediato pudieran parecer como poco eficientes.

Lo demás es sólo parte de ese espejismo que muchas veces intenta convertir en realidad —sin éxito, naturalmente— el análisis económico del Derecho.

Y ahora, finalmente, nos ocuparemos de la Justicia y del análisis económico del Derecho.

¿Acaso lo justo es intrínsecamente ajeno a lo eficiente? Pues, creemos que no. Ello en la medida en que la Justicia, al igual que el Orden y la Seguridad Jurídica, garantiza la convivencia civilizada en una sociedad y, precisamente, esa convivencia civilizada será garantía de estabilidad jurídica y también de estabilidad económica.

La estabilidad económica garantiza progreso y, por tanto, cuando hay justicia se logra el bienestar de los pueblos y de los seres humanos que los conforman.

Como podemos apreciar, el Derecho cuando consigue sus objetivos de Orden, de Seguridad Jurídica y de Justicia obtiene, implícitamente, la eficiencia económica.

Si ello es así, resulta evidente, entonces, que el análisis económico no nació con la escuela teórica que lleva su nombre.

Esta escuela, en realidad, implica concebir al Derecho desde una visión condicionada y totalizante.

En este estado de nuestro análisis podemos decir, pues, que el Derecho no necesita de factores exógenos como el análisis económico para lograr sus objetivos de Orden, de Seguridad Jurídica y de Justicia.

Los puede lograr solo, como siempre los buscó y alcanzó a lo largo de su riquísima historia, desde mucho antes que desde la economía se nos quisiera decir a los abogados que debíamos convertir nuestra ciencia, a nuestro Derecho, en un accesorio de aquélla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo II

Cinco *tips* de Mario Castillo Freyre para ser un buen abogado civilista (entrevista)[1]

Por Redacción Laley.pe

El abogado civilista Mario Castillo Freyre fue entrevistado por Laley.pe en el 2015. En esa conversación, brindó cinco *tips* para ser un buen abogado civilista y nombró a sus mentores en el Derecho.

1. Aprenda a aplicar sus conocimientos en un caso concreto.
2. La paciencia y la perseverancia deben ser sus signos distintivos.
3. Sea su crítico más severo. No descartemos estar insatisfecho de uno mismo.
4. La constante capacitación y actualización es predominante.
5. Contribuya con sus colegas y con la sociedad.

Mario Castillo Freyre también le contó a Laley.pe sobre el camino que recorrió para convertirse en uno de los mejores civilistas del país.

Mario Castillo Freyre: «Civil es la columna vertebral del Derecho»

Entrevistadora: Karen Burbano

«No siempre quise ser abogado». Esa es la primera reflexión que comparte con nosotros Mario Castillo Freyre, reconocido abogado especializado en Derecho Civil y Derecho Arbitral con más de veinte años dedicado a la profesión. A pesar de ser nieto del renombrado tributarista Juan Lino Castillo Vargas, e hijo del exmagistrado Juan Cancio Castillo Vásquez, dudó —en un inicio— dedicar sus días al Derecho. Sin embargo, hoy, ya asentado en el Estudio que porta su nombre, rememora episodios de su trayectoria que, sin duda alguna,

1 Entrevista realizada a Mario Castillo Freyre y publicada en el diario digital *Laley.pe*. Lima, 2015. https://laley.pe/2023/10/12/5-tips-mario-castillo-freyre-abogado-civilista/

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sirven como plantilla para los jóvenes abogados que pretenden abocarse al Civil. Castillo Freyre anhelaba ser un piloto comercial o arquitecto aeronáutico; no obstante, por una estrecha relación con su familia decidió descartar esas opciones, debido a que estudiar ambas carreras significaba mudarse al extranjero y desarraigarse del país.

Ya al finalizar la etapa escolar sintió que Derecho sería una buena opción, y se encaminó a ella, ingresando así a la Pontificia Universidad Católica del Perú, en donde destacó sobremanera. Esa actitud hizo que desde el tercer ciclo de Derecho realice sus prácticas preprofesionales en el prestigioso Estudio Olaechea. Al entrar ahí, el civilista tuvo un segundo dilema sobre su camino profesional. Y es que Manuel Pablo Olaechea, cabeza del estudio, fijó su mirada en él, pero para que se forjara como un tributarista. El recuerdo de su abuelo Juan Lino lo perseguía, y como único nieto abogado debía seguir sus pasos.

La tradición profesional pesaba sobre él. «El primer día de prácticas, Manuel Pablo Olaechea me dijo que si yo decidía ser abogado tributarista, una de las oficinas del Estudio sería mía. Obviamente, hice todo lo que estuvo a mi alcance para ser tributarista. Me saqué la nota más alta de la clase con Armando Zolezzi Möller, en Tributario I - Principios Generales, pero a pesar del extraordinario dictado de Humberto Medrano Cornejo en el curso de Tributario II - Impuesto a la Renta, me convencí de que el Derecho Tributario no era lo mío».

Castillo Freyre decidió sumergirse en el Derecho Civil por dos razones que, sin duda alguna, relatarlas sirven como recomendación para los jóvenes abogados que ahora se encuentran en la misma disyuntiva de definir la especialidad que perseguirán.

Armas certeras: lectura e investigación

A través de la lectura y la exploración, Castillo Freyre descubrió su vocación. «Cuando ingresé a practicar al Estudio Olaechea, el local de la sala de practicantes estaba ocupado, de tal manera que, al menos durante mi primer año de prácticas ocupé la biblioteca del Estudio. Se trataba de la biblioteca de Derecho más importante del país, con varios miles de libros de las más diversas especialidades, pero con un acento muy arraigado en obras de Derecho Civil». Es evidente que si no tienes noción de cada especialidad que el Derecho posee, ¿cómo se podrá definir por cuál optar?

El joven estudiante no desaprovechó la oportunidad de consultar obras selectas de Derecho Civil y descubrir, además, con el transcurrir de los cursos universitarios, la riqueza de esta área. Castillo Freyre llegó a la determinación de que Civil es como «la columna vertebral del Derecho.» Por tanto, no dudó en dedicarse a desarrollarla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

«Era imposible, trabajando en esa biblioteca, no enamorarse del Derecho Civil, teniendo tan cerca y leyendo obras tales como los tratados de Baudry-Lacantinerie, Laurent, los Mazeaud, Huc y otros clásicos del Derecho, cuya lectura marcó, de manera indeleble, mi formación doctrinaria», narra Castillo.

Absorbe conocimientos

Un segundo detalle, no menos importante, es que Castillo Freyre tuvo el privilegio de contar con un excelente grupo de profesores que lo inspiró para ser un destacado civilista. Además, en esos tiempos, mientras cursaba los primeros ciclos de la universidad, se promulgó el Código Civil de 1984. «Prácticamente, todos quienes habían elaborado el Código Civil, eran nuestros profesores en la facultad. Era una época de descubrimientos y deslumbramientos, en la que estudiábamos figuras e instituciones que, por primera vez, se habían regulado en un Código Civil en nuestro país, lo que motivaba interesantísimos debates en clase».

Castillo nombra una larga lista de mentores, más de 15 se encuentran en su registro, y los recuerda uno a uno por orden de aparición en los semestres académicos: Jorge Avendaño Valdez, Manuel de la Puente y Lavalle, Carlos Cárdenas Quirós, Héctor Cornejo Chávez, son algunos de ellos; sin embargo, no deja de hacer una especial mención a un maestro y excelente amigo suyo que fue su guía y lo acompañó por más de veintiún años: Felipe Osterling Parodi.

«Felipe había sido mi profesor de Obligaciones, y todos lo admirábamos por sus grandes condiciones como abogado en ejercicio, y por ser un político de nota. Siempre estaré muy agradecido a Dios por haberme dado la oportunidad de investigar y escribir junto a él», confiesa Castillo Freyre. Esta sucinta reseña deja en evidencia que el toparse con tan importantes figuras no debe ser una situación en vano o mera suerte, sino que debe ser aprovechada en su total dimensión.

Recibir información de primera, profundizar en las posturas o doctrinas, o investigar no deben ser actividades ajenas a un abogado, y qué mejor de la mano de mentores que secundan tu desarrollo profesional.

Tenga cuidado con la «superespecialización»

La etapa de prácticas preprofesionales, como lo mencionamos antes, significó para el destacado civilista un aprendizaje diario y de diversas materias; no obstante, existe un detalle adicional que marcó en él una importante pauta.

«Esta etapa fue interesante, dado que los practicantes no estábamos asignados a un abogado en específico, sino apoyábamos a los doce abogados del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estudio», recuerda puntualmente. Es así que Castillo Freyre rescata que es infalible que desde temprano se vean temas de todas las materias.

Es un plus importante tener una buena formación en los aspectos centrales de la profesión: Derecho Civil, Procesal y Constitucional. Al lograr ello podrán recorrer, sin problema alguno, cualquier área del Derecho, e incluso resalta sobremanera alguna que todavía no exista y se forje en el futuro. «Hay casos en los cuales los jóvenes abogados terminan siendo algo así como una especie de superespecialistas de una subespecialidad en la cual su desempeño es óptimo; sin embargo, todos debemos saber que no siempre la vida nos va a mantener en la misma posición y tampoco, necesariamente, viendo los mismos temas», acota finalmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo III

La importancia del Derecho Civil en el ejercicio contemporáneo de la abogacía[1]

1. Palabras liminares

El Derecho Civil constituye el tronco común de innumerables especialidades modernas.

Y esta importancia no se explica, evidentemente, por la pirámide de Kelsen, ya que la norma jerárquicamente más importante es la Constitución Política del Estado.

Sin perjuicio de ello, no hay que olvidar que desde hace algunas décadas existen ciertas doctrinas que han venido minando —deliberadamente— la imagen del Derecho Civil so pretexto de que se trata de visiones tradicionales del Derecho que ya han sido superadas por la economía y por el mundo moderno. Es el caso del análisis económico del Derecho.

Además, son numerosas las materias que han merecido regulación particular fuera del Código Civil.

Sin embargo, a decir de Ramos Núñez: «Si la centralidad y el protagonismo de los códigos han cedido ante la acelerada producción normativa de carácter especial, éste parece ser un dato más bien registrado por el jurista con sensibilidad sociológica, *antes que por los finos cultores de la dogmática y su numeroso séquito de abogados, jueces y estudiantes*»[2] (el resaltado es nuestro).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Este acápite se basa en la ponencia del mismo nombre escrita y pronunciada por Mario Castillo Freyre en la ciudad de Oviedo, Asturias, España, el 15 de febrero de 2012, en el acto solemne de incorporación del autor como Académico Correspondiente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - CARC PUCP, 2016, vol. 35, pp. 31-51. También en *Derecho Civil*. Arequipa: Cromeo, 2019, pp. 13-29.

2 Ramos Núñez, Carlos. *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima: Ara Editores, 1996, p. 72.

La cita no hace sino reafirmar la importancia del contenido dogmático de las instituciones del Derecho, en especial del Derecho Civil,[3] en comparación con la mera función práctica de las circunstancias propias del momento. Es decir, si bien hoy en día algunas especialidades del Derecho pueden estar en su apogeo, ello es sólo parte del presente, pero no necesariamente del futuro, pues los cambios de la sociedad como producto de la interacción o relación social seguirán produciéndose constantemente.

No sucede lo mismo con el Derecho Civil en estricto, que brinda las herramientas necesarias para moldear las relaciones de los sujetos, que darán lugar a las especialidades del Derecho del futuro.

Entonces, debemos preguntamos qué clase de profesionales en Derecho buscan formar las universidades: unos abogados útiles sólo para el presente, o abogados útiles para el presente y para el futuro.

Tenemos la firme convicción de que el abogado no sólo debe ser un buen operador práctico de las normas, sino un buen crítico, intérprete y constructor de éstas.

2. El Derecho Civil como concepto

El maestro peruano José León Barandiarán señalaba que el concepto de Derecho Civil debe partir de la definición del concepto de Derecho, definiendo a este último como la «normación jurídica»[4] y definiendo al Derecho Civil como una de las ramas del Derecho que tiene que ver con «todo lo que se refiere a la persona (individual o colectiva), en lo atinente a sus situaciones y sus relaciones jurídicas dentro del campo del Derecho privado y, por ende, aquél concierne al *status* mismo del ente humano en cuanto a todos los ámbitos que le son propios».

La definición de León Barandiarán es acertada, pues pone en evidencia cómo el Derecho Civil es un derecho que acompaña al ser humano incluso desde antes de su nacimiento —desde su calidad de concebido— hasta después

3 Debemos anotar que el autor señala que el análisis de su libro está basado principalmente en el Código Civil.

4 León Barandiarán, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*, p. 13. El referido autor, en la página 8 de su obra, se refiere a las notas tipificantes de las normas, señalando: «Toda norma tiene índole social, a virtud de que rige la vida en relación intersubjetiva de los hombres. Toda norma respecta a una relación de sujeto a sujeto, aun la norma moral [...] pese a cierta característica intimista de ella. Toda norma indica cómo debe proceder dentro de una determinada situación existencial. Por lo tanto, la norma sólo puede concernir al ente humano. Únicamente éste es libre y consciente para resultar regido por lo que es una determinada normación y, por ende, sólo él es un sujeto responsable al respecto».

de la muerte —a través del Derecho de sucesiones—, demostrando que es un tronco completo del Derecho en general.

Sin embargo, discrepamos del citado profesor cuando anota que el Derecho Civil no regulará los contratos que caigan dentro de algún derecho especial. Ello no es del todo cierto, pues, como veremos más adelante, muchos de los contratos propios de las ramas especiales del Derecho no sólo terminan por remitir expresamente como norma supletoria al Código Civil, sino que aun cuando las normas especiales no remitan sus contratos a las normas civiles, el Título Preliminar del Código Civil de mi país y el artículo 1353 de este cuerpo normativo terminan por imponerse a las mismas como legislación supletoria, evidenciando que constituye el tronco común de muchas de las especialidades.

2.1. La división del Derecho público y el Derecho privado

La historia del Derecho nos cuenta que el nombre de «Derecho Civil» proviene de *ius civilis*[5] y que en Roma era posible encontrar al interior del *Ius Civile* instituciones privadas como la familia, la propiedad, la herencia, entre otras; pero también instituciones sobre materia penal o administrativa,[6] es decir, era un derecho tanto privado como público, era —en otras palabras— un derecho general.

Luego, con la evolución del *Ius Civile*, comenta Vidal Ramírez[7] —citando a Puig Brutau— fue concebido por los prácticos como el derecho privado procedente de cualquier fuente, ello en oposición a la parte del sistema jurídico referente a los intereses del Estado, distintos de los del individuo.

Cuando se inicia la era de la codificación, el Derecho romano queda referido al Derecho Civil, identificando éste con el Derecho privado, como propio de los intereses de los particulares y trazando una distinción con el Derecho público o del Estado.

Sin embargo, nos preguntamos, hasta qué punto es viable que esta división entre el Derecho público —entendido como aquellas reglas relativas a la organización del Estado, a su funcionamiento, a sus servicios públicos, y a

5 León Barandiarán, José. *Op. cit.*, p. 22.

6 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 2002, vol. I, pp. 33-34. Citados por Landa Arroyo, César. «Constitución y Derecho Civil: una lectura constitucional del Título Preliminar del Código Civil». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 216.

7 Vidal Ramírez, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 1992, p. 15.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

aquéllas que se refieren a las actividades en las que participa el Estado—[8] y el Derecho privado —aquél que regula las relaciones de los particulares entre sí, colocados en un nivel de igualdad jurídica, al abrigo de toda injerencia de una autoridad pública— se mantenga.

La respuesta no parece ser tan clara, más aún si se tiene en consideración que hoy en día ambas ramas del Derecho se necesitan y complementan. Así, sin ir muy lejos, hoy en día el Estado (principal sujeto del Derecho público) celebra contratos privados con los particulares, actuando en la misma condición de éstos, haciendo del Código Civil parte de sus normas regulatorias. Así también, el Derecho Tributario, rama propia del Derecho público, necesita del Derecho de personas para identificar las categorías de sus rentas, sólo por citar dos ejemplos.

Más adelante trataremos con mayor detalle las relaciones del Derecho privado con el Derecho público.

2.2. El Derecho privado y el Derecho Civil

Cuando se habla de Derecho privado se piensa en el Derecho Civil, y es que el Derecho Civil —como indica Du Pasquier—[9] no sólo es la «rama principal»[10] de éste, sino que es el Derecho que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana, la situación jurídica del ser humano respecto de sus semejantes y respecto de las cosas.

De hecho, como bien lo reconoce Fernando Vidal,[11] la opinión dominante identifica al Derecho Civil con el Derecho privado, ello como consecuencia —según sostiene— de la absorción del Derecho Mercantil por el Derecho Civil, y porque el Código de Comercio (en el caso de mi país, el Perú), que contenía las figuras propias del Derecho Mercantil, ha venido siendo derogado en varios de sus títulos, ello además del desuso y la proliferación de normas especiales que regulan lo que antes éste contenía.

A esto debemos agregar que la identificación del Derecho Civil con el Derecho privado radica principalmente en la autonomía de la voluntad del individuo, la misma que constituye fuente de todas las relaciones jurídicas

8 Du Pasquier, Claude. *Introducción al Derecho*. Traducido por Julio Ayasta González. Lima: Editora y Distribuidora Edinaf, 1990, 4.ª ed., pp. 15-16.

9 Así describe Du Pasquier, Claude. *Op. cit.*, p. 20, el concepto del Derecho Civil.

10 Optamos por poner la frase *rama principal* entre comillas porque somos de la idea de que el Derecho Civil no es una rama del Derecho privado, sino que es el Derecho privado, tronco de otras áreas especializadas del Derecho.

11 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 39.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que el individuo quiera entablar, concepto que tiene su más amplia regulación y fuente en el Código Civil.

En efecto, no se puede negar que el contrato de seguro (que fuera regulado durante mucho tiempo en el Código de Comercio),[12] el contrato social para constituir una empresa (regulado en la Ley General de Sociedades), el contrato de transporte y otros contratos hoy regulados por leyes especiales lleven implícito el concepto de autonomía de la voluntad del individuo, el mismo que regulará sus intereses de acuerdo con un plan programático. Por tal razón es que las normas del Derecho Civil se hacen supletorias de aquellas relaciones reguladas por leyes especiales.

2.3. La supletoriedad del Código Civil

La supletoriedad del Código Civil peruano es reconocida expresamente por el artículo IX de su Título Preliminar, cuyo tenor establece que «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

La supletoriedad supone no sólo buscar una solución al vacío legislativo a través de otras normas de carácter más general, como las contenidas en el Código Civil, sino que además implica afirmar que el Derecho Civil es una legislación básica, común como norma tipo.

Reafirmando el contenido del artículo IX del Título Preliminar, el artículo 1353 del Código Civil peruano otorga carácter vinculante y supletorio al Libro de Fuentes de las Obligaciones y a todos los contratos de Derecho privado (entiéndase no sólo los típicos y nominados del Código Civil, sino también aquellos atípicos y aquellos innominados).

Lo que busca el artículo 1353 del Código Civil es que los preceptos de la parte general de Contratos sean aplicables a la mayor cantidad posible de relaciones contractuales con el propósito de que dichos preceptos puedan normar —sea con carácter imperativo o dispositivo— de la mejor manera posible dichas relaciones jurídicas, lo cual reafirma —una vez más— el carácter troncal del Derecho Civil.

Dentro de esta perspectiva, la lectura del artículo 1353 permite aseverar que el mismo constituye una disposición aplicable al contrato como categoría general y abstracta.

12 A partir del año 2012, el contrato de seguro pasó a estar regulado en una ley especial, la Ley n.° 29946.

Sobre ello, Messineo[13] enseña que «existen principios comunes a todos los contratos en cuanto cada figura particular de contrato participa, no obstante, de una común naturaleza y estructura con todas las demás figuras particulares del contrato». Es lo que el profesor italiano llama «paradigma abstracto y general», o sea, la existencia de elementos formales constantes en todos los contratos.

Y es que, justamente, la constancia de estos elementos comunes es a razón de que las ramas especiales del Derecho privado, que regulan contratos especiales, tienen su origen en el Derecho Civil.

Asimismo, sostiene que existen normas particulares de cada contrato particular que rigen para éste y no para los demás.

En efecto, si nos ponemos a pensar, todo abogado que ejerza la profesión en Derecho privado, y aun aquél que ejerza en Derecho público, necesitará tener claros los conceptos básicos del Derecho Civil para poder asesorar a sus clientes en la celebración de contratos.

Por ello —manifiesta De la Puente y Lavalle—,[14] «cuando se trata de cada contrato en particular habrá que tomar en consideración, en primer lugar, los principios comunes, como son su obligatoriedad y su efecto entre las partes que lo celebran [...]», porque, como bien señala, son principios comunes a todos los contratos, aun los regulados en normas especiales.

Por último, debemos subrayar que si bien queda claro que las normas de la parte general de Contratos se aplicarán a los contratos típicos y atípicos, también resultarán aplicables las disposiciones generales de Acto jurídico, Derechos reales y Derecho de obligaciones, constituyendo —todas ellas— un necesario e indispensable conjunto normativo que hará que las normas especiales regulen con mayor fluidez los contratos de los derechos especiales, pues las mismas proporcionan herramientas conceptuales básicas aplicables a otras áreas del Derecho.

Por esta razón se afirma que la supletoriedad no sólo reconoce la existencia de un derecho especializado, sino que termina por reafirmar al Derecho Civil como base de las subespecialidades, reconociendo así que los principios esenciales en los cuales se basa se originaron en el Derecho Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

13 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, p. 1 y ss.

14 De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, tomo I, pp. 42 y 43.

En esa misma línea de pensamiento, Pietro Rescigno[15] sostiene que el Derecho Civil es fuente primaria del Derecho privado común, de modo tal que el mismo no es meramente supletorio de un sistema de leyes especiales, sino que termina siendo la fuente primaria y jerárquicamente superior de las otras, pues finalmente las relaciones privadas surgidas en el marco de las normas especiales terminan por subordinarse a las normas imperativas del Derecho Civil.

2.4. El Derecho Civil contiene las pautas que organizan la vida en comunidad

Siendo la persona humana el centro del Derecho Civil no sólo han de interesar a éste las relaciones comerciales que entable con otros, pues ha de tratarlo como individuo en sus distintas facetas.

Por ejemplo, en su faceta de origen como concebido, en el matrimonio, en el testamento, entre otros, que terminan por vislumbrar que el Derecho Civil no ha de ser una mera rama que se ocupa de las relaciones patrimoniales de los individuos —como algunos erróneamente creen—, sino que, además, contiene principios que se extienden al ordenamiento jurídico en su integridad.

Si bien las especialidades del Derecho nacen conforme a las necesidades sociales del individuo, y si esa necesidad logra establecer un objetivo, un método y un sistema propio —que no implica que sea autónomo, sino sólo más especializado— que se encuentre regulado por normas, dando surgimiento a una rama del Derecho, ello no implica que esta nueva especialidad sea ajena a los principios fundantes del ordenamiento jurídico ni a las instituciones que le dieron origen, como lo es el Derecho Civil, pues todas ellas buscan regular las nuevas relaciones de los individuos que ejercen en uso de su autonomía —concepto propio del Derecho Civil— en campos que no alcanzan a ser regulados por el Derecho Civil, pero que generan obligaciones y responsabilidades entre éstos —conceptos también propios del Derecho Civil—, generalmente a través de contratos, este último concepto también propio del Derecho Civil.

Efectivamente, la materia contractual es, sin duda alguna, de vital relevancia para el orden social y económico. Está compuesta por un conjunto de instituciones que el Derecho no ha inventado, sino que ha recogido de la realidad y que han surgido como respuesta a las distintas necesidades que tienen los hombres de regular sus intereses. El eje que sostiene esta compleja temática es la autonomía privada que se manifiesta en la libertad de contratar que tienen los sujetos, así como en la libertad contractual o de configuración

15 Pietro Rescigno es citado por Pérez Gallardo, Leonardo. «Introducción al Derecho Civil». En AA. VV. *Compendio de Derecho Civil*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004, pp. 121-122.

ESTUDIO CARLO CASTILLO FREYRE

interna, conceptos que un abogado no podría comprender sin haber estudiado Derecho Civil.

3. La relación del Derecho Civil con las áreas especializadas del Derecho

Como hemos mencionado, el Derecho Civil no sólo regula las relaciones patrimoniales de los sujetos, sino también se ocupa del desarrollo del individuo como persona, lo que no implica —necesariamente— que tales ámbitos del individuo carezcan de contenido patrimonial.

Así, por ejemplo, a veces se entiende de manera equivocada que el Derecho Civil extrapatrimonial está conformado por las áreas de Personas naturales, Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

Sin embargo, el Derecho de sucesiones establece reglas para la transmisión del patrimonio de una persona por causa de muerte. Por tanto, si éste es su objeto, su carácter patrimonial resulta innegable.

El objeto fundamental del Derecho de sucesiones es determinar las consecuencias que produce el hecho de la muerte de una persona natural respecto de las relaciones jurídicas que ésta tenía, determinando la identidad de las personas sobrevivientes que van a continuar con esas relaciones jurídicas que son principalmente de naturaleza patrimonial y, excepcionalmente, de naturaleza extrapatrimonial.[16]

En el ordenamiento legal peruano, el testamento y la ley, vía declaración de herederos, constituyen las dos únicas fuentes del Derecho sucesorio, las mismas que resultan en extremo importantes, porque de ellas provienen los títulos sin los cuales el heredero no podría ejercitar sus derechos sucesorios adquiridos a la muerte del causante.

Así, pues, nos preguntamos de qué forma un abogado de Derecho societario podría absolver la consulta de un cliente que quisiera saber qué ocurrirá con las acciones que tenía uno de los accionistas que ha fallecido si es que el mismo no sabe identificar a los herederos forzosos, a los indignos, si no conoce los requisitos propios de un testamento o qué hacer en caso de que éste no exista, entre otros conceptos propios del Derecho de sucesiones.

Con respecto al Derecho de familia, si bien es cierto que una parte se refiere a las relaciones familiares, fruto o no del matrimonio, buena parte de la

16 Fernández Arce, César. *Código Civil: Derecho de sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, tomo I, p. 60.

regulación del Derecho de familia tiene que ver con el patrimonio formado a raíz del matrimonio o del concubinato, aspecto de claro contenido patrimonial.

Por otro lado, ni siquiera podrían ser calificadas como materias de Derecho Civil extrapatrimonial las de personas jurídicas y de personas naturales.

En el caso de las personas jurídicas, ello es así dado que la mecánica del tema gira en torno a la distinción entre el patrimonio de la persona jurídica y el de los socios o asociados que la conforman. Mientras que, en el caso de las personas naturales, el aspecto patrimonial no puede hacerse a un lado, en la medida en que el derecho a la propiedad y a la herencia están constitucionalmente regulados como derechos de las personas, además de otros derechos de innegable contenido patrimonial como el de contratar.

Ahora bien, hasta qué punto las nuevas especialidades del Derecho privado, fruto de una progresiva y creciente economía, son totalmente independientes y ajenas al Derecho Civil y a sus instituciones.

Como hemos afirmado, la regulación que brinde el Derecho Civil a los principios generales de los contratos, a su aplicación y a las obligaciones que generan esos contratos, así como a las responsabilidades que conllevan, son materias esenciales y comunes a todas las ramas del Derecho.

Nos preguntamos, por ejemplo, si acaso el especialista en Derecho societario de nuestro ejemplo anterior podría prescindir, al momento de constituir una sociedad, de los conceptos básicos que brindan las normas de Acto jurídico, de Fuentes de las obligaciones, de Obligaciones, de las nociones básicas de los Registros Públicos, de la responsabilidad civil de la empresa y de la de sus socios o directivos, es decir, nos cuestionamos si es acaso posible que ese especialista en Derecho societario pueda obviar conceptos fundamentales del Derecho Civil para ser precisamente un especialista. Es obvio que la respuesta negativa se impone.

Así, también, se podría negar que los derechos especiales siempre terminan por otorgar derechos, deberes u obligaciones a los sujetos. Sin duda, el concepto general de «obligación» —propio del Derecho Civil— se encuentra inmerso en todas y cada una de las ramas del Derecho.

Lo mismo sucede con el concepto de acto jurídico que no agota su razón de ser en el Derecho Civil, pues opera en muchos otros ámbitos, dando origen a diversas situaciones jurídicas entre los sujetos.

Así, por ejemplo, a través del libro «Acto Jurídico» del Código Civil el abogado tendrá las herramientas adecuadas para analizar los comportamientos

ESTUDIO MARIO CASTRO STUART

legalmente relevantes para el Derecho privado en su integridad, lo cual abarca los derechos especiales.

Ahora bien, con respecto a los Derechos reales, la adquisición de estos conocimientos permitirá al abogado encontrarse en capacidad de analizar las relaciones jurídicas que surjan entre las personas a propósito de los bienes. Permitirá asignar derechos sobre bienes, analizar hasta dónde se extienden esos derechos, cuáles son sus límites, cómo se explota y utiliza tales bienes. Así, pues, la regulación de los Derechos reales tiene vinculación directa con las operaciones económicas, desde las más simples y domésticas hasta las más complejas y significativas. Tiene que ver con la creación de la riqueza, el mercado financiero y, en general, con las relaciones patrimoniales del ser humano.[17]

Así, por ejemplo, Messineo[18] se refiere al Derecho agrario y señala que muchos de sus conceptos se han tomado de la materia tradicional del Derecho Civil (régimen de las aguas, pertenencias, contratos agrarios, etc.), que entre otras partes (como las relaciones de vecindad y las servidumbres) no pueden ser exclusivas de la materia agraria, porque entran, en la misma medida, en el Derecho Civil. Lo mismo podría decirse del Derecho minero y de muchas otras áreas del Derecho.

De otro lado, cuando se refiere al Derecho del trabajo, Messineo señala que si bien éste, hoy en día, tiene una autonomía propia, lo cierto es que en su parte máxima es Derecho contractual. Así, por ejemplo, se tiene al propio contrato de trabajo, los convenios colectivos, entre otros acuerdos que no son sino contratos entre el empleador y sus trabajadores.

Es más, lo que hoy es el principio de primacía de la realidad, principio base y rector del Derecho del trabajo, encuentra su origen en uno de los principios del Derecho Civil que señala que no importa el nombre que las partes otorguen al contrato, sino el contenido y la esencia que el mismo regula. Este principio de primacía de la realidad puede encontrarse en el texto del artículo 1531 del Código Civil de mi país.

En esa misma línea, el Derecho de propiedad intelectual tiene reglas relativas a la apropiación del derecho, lo que —en estricto— corresponde al Derecho privado, sin perjuicio de que las reglas que organizan las entidades oficiales que brindan protección correspondan al Derecho Administrativo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

17 Avendaño Valdez, Jorge; Francisco Avendaño Arana y Martín Mejorada Chauca. *Sílabo del curso de Derecho Civil 3: Reales. 2008-2.* Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

18 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, p. 62.

Es evidente, entonces, que el Derecho Civil no representa sólo un área de especialización del Derecho. El Derecho Civil es, en buena cuenta, la base de innumerables especialidades modernas del Derecho, que encuentran sustento en el propio Derecho Civil patrimonial.

Imaginar la existencia de un especialista en Derecho financiero o corporativo que no sepa Derecho Civil patrimonial sería algo absurdo. Así como también sería inconcebible imaginar que un abogado experto en Derecho comercial no sea también un entendido en Derecho de obligaciones y contratos, o que un experto en Derecho laboral, tributario o financiero sea un ignorante con respecto a las nociones de acto o negocio jurídico.

Resulta evidente, entonces, que el Derecho Civil es —como hemos señalado— la sangre que corre por las venas de todas estas áreas del Derecho, a las que nutre y brinda sustento.

Hace bien Carlos Ramos en afirmar que «contra lo que pudiera pensarse, en una era de apogeo de los microsistemas y de predominio de la tecnología, las ediciones (de libros de Derecho Civil) se agotan y los auditorios se repletan, lo que, por añadidura, no podrá hacer nunca cualquiera de las ramas que se independizaron de los códigos o que se formaron al margen de éstos».[19]

Por otra parte, es innegable también que el Derecho de garantías se aplica a diversas ramas del Derecho Civil como, por ejemplo, el Derecho concursal o el Derecho internacional privado.

Así, pues, el conocimiento del Derecho de garantías resulta siendo indispensable y obligatorio para cualquier operador jurídico del Derecho privado, pues a través de ellas «será capaz de satisfacer las exigencias del mercado con sencillez y eficacia a un bajo costo».[20]

Finalmente, pero no por ello son menos importantes, tenemos los conceptos propios de la responsabilidad civil. No queda duda de que los elementos configurativos de la responsabilidad civil son comunes a todas y cada una de las áreas del Derecho. Si bien el tratamiento en cada área del Derecho es distinto, los elementos son comunes y propios del Derecho Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

19 Ramos Núñez, Carlos. *Op. cit.*, p. 72.

20 Mejorada Chauca, Martín. *Guía de matrícula 2007-1.* Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 80.

De esta manera, como enseña Juan Espinoza, «[...] el operador jurídico al aplicar la normatividad frente a un supuesto de hecho real, no sólo tendrá que valerse del Código Civil, sino de la (no poca) legislación especial».[21]

Es evidente, entonces, que el Derecho Civil, como tronco de muchas de las subespecialidades es —y seguirá siendo— la base común aplicable a todos los derechos, incluso a las ramas propias —según la doctrina— del Derecho público.

4. La relación del Derecho Civil con el Derecho público

Sabemos que usualmente se clasifica el Derecho penal dentro del Derecho público; sin embargo, ¿qué tan alejado del Derecho Civil se encuentra el Derecho Penal?

La necesaria presencia del Derecho Civil es incuestionable en esta materia. Así, por ejemplo, si el Derecho Penal se aplica para castigar al culpable del hecho punible, es, sin embargo, el Derecho Civil el que se encarga de la reparación que reclama la parte civil.

Asimismo, en ciertos delitos existen también atenuantes o agravantes referidos al grado de parentesco (materia civil por excelencia) que tenga la víctima con el agraviante. Por ejemplo, el inciso 6 del artículo 152 del Código Penal constituye un agravante para la imposición de la pena basado en la relación filial y de parentesco.

De otro lado, usualmente nos referimos al Derecho Procesal como parte del Derecho público. Sin embargo, Josserand[22] comenta que el Derecho Procesal fue la primera desmembración del Derecho privado. Señala que esta rama del Derecho determina las reglas que se han de seguir para hacer valer los derechos en justicia. Esto, sostiene, no es sino el Derecho privado en acción.

Por tal motivo es que los romanos no veían en el procedimiento más que un capítulo del Derecho privado. Pese a que hoy en día el Derecho Procesal Civil es autónomo, resulta innegable que los Códigos Civiles comprenden reglas propias referentes al procedimiento como, por ejemplo, en el caso de la separación de cuerpos, la sucesión, entre otros. Asimismo, contienen términos que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

21 Espinoza Espinoza, Juan. *La responsabilidad civil* [9.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2020]. "Introducción", p. 2.

22 Josserand, Louis. «Derecho Civil». Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. En *Teorías Generales del Derecho y de los derechos de las personas*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, vol. I, tomo I, pp. 17-18.

han sido tomados y desarrollados procesalmente como, por ejemplo, la prescripción, la caducidad, el interdicto, entre otros de origen civil.

Como afirma Du Pasquier,[23] si bien el Derecho Procesal Civil enuncia reglas que pertenecen al Derecho público, pues determina las condiciones a las cuales el Estado subordina la protección acordada a los intereses jurídicos; resulta innegable que se relaciona con el Derecho Civil, pues no es sino el mismo Derecho Civil en acción, velando así por los intereses que el propio Derecho Civil asegura.

Asimismo, el Derecho Administrativo, rama propia del Derecho público, también encuentra en el Derecho privado un apoyo fundamental para su desarrollo.

Vivo ejemplo de ello es el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado peruano, que regula las responsabilidades de los funcionarios, estableciendo no sólo una responsabilidad administrativa, sino una responsabilidad civil. Además, el referido reglamento emplea —como no podría ser de otra manera— conceptos propios del Derecho Civil tales como indemnización, contrato de obra, entre otros.

Y, por si fuera poco, varios de los artículos del referido reglamento, imponen como norma supletoria para los contratos que celebren las entidades públicas, al Código Civil, confirmando —una vez más— la importancia del buen conocimiento que debe tener todo abogado acerca del Derecho Civil, pues esa importancia trasciende las fronteras de los particulares, pasando a regir también al propio Estado.

De otro lado, también resulta innegable que el Derecho tributario requiere de sólidos conocimientos de Derecho Civil; así, por ejemplo, para determinar qué tratamiento tributario ha de recibir un contrato, es necesario identificar ante qué tipo de acto nos encontramos, pues no será lo mismo el tratamiento tributario que se le dé al contrato de arrendamiento que el que se dé al contrato de *leasing*.

Pese a que ambas figuras podrían ser susceptibles de confundirse es necesario que el abogado sea consciente de las características particulares de cada contrato; para lo cual —sin duda alguna— necesitará de conocimientos estrictamente civiles. Lo propio sucederá a la inversa, por ejemplo, cuando tenga ante sí la posibilidad de diseñar diversos contratos de naturaleza jurídica diferente, pero con similares objetivos, casos en los cuales los tratamientos tributarios

23 Du Pasquier, Claude. *Op. cit.*, pp. 22-23.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podrían diferir; y si el tributarista no estuviese bien capacitado en Derecho Civil hará mal su función como «especialista» en Derecho tributario.

Finalmente, pero sin llegar a agotar la relación que el Derecho Civil tiene con todas las demás áreas del Derecho, analizaremos la relación que guarda con el Derecho Constitucional.

Es cierto que el Derecho Civil no puede desarrollarse al margen de la Constitución, pues ésta es la norma fundante e imperante en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Ahora bien, surge la pregunta relativa a si la Constitución se vale por sí sola para la protección eficaz de los derechos constitucionales, que contiene de manera enunciativa, o si necesita de instituciones propias del Derecho Civil.

Al respecto, el profesor Leonardo Pérez Gallardo[24] es muy claro cuando señala lo siguiente:

> [...] la Carta Magna no ofrece una regulación pormenorizada de (los) derechos, si bien en buena técnica tampoco le compete, dado que su campo de acción es el de los derechos fundamentales [...] el cuerpo de leyes fundamentales de organización del Estado nos va a suministrar una Constitución puramente formal. Pero, *la verdadera Constitución hay que buscarla en el resto de los Códigos del Derecho sustantivo, primordialmente en el Código Civil, ya que en ellos se detenta el proyecto de vida común enunciado constitucionalmente, los valores sociales con vigencia efectiva y la concreta redistribución de las fuerzas sociales*. (El resaltado es nuestro)

5. Conclusiones

El Derecho Civil conserva una posición fundante y privilegiada, pues sigue siendo la fuente común a la cual es necesario recurrir siempre ante la omisión, vacíos o confusiones de otras normas especializadas. El Derecho Civil es, como recuerda el propio Ramos Núñez, «en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto, brújula entre mil nortes».[25] Creemos que el Derecho Civil sigue siendo no sólo el principal exponente del Derecho privado, sino el paradigma sobre el cual se erigen las relaciones jurídicas.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

24 Pérez Gallardo, Leonardo. «Introducción al Derecho Civil». En *Compendio de Derecho Civil. AA.VV.* La Habana: Editorial Félix Varela, 2004, p. 105.

25 Ramos Núñez, Carlos. *Op. cit.*, pp. 84-85.

En palabras de Josserand, «no obstante los cercenamientos sucesivamente sufridos (el Derecho Civil), conserva su aptitud original para regir todas las relaciones de orden privado; virtualmente, ha conservado su amplitud primitiva, ha seguido siendo el derecho privado común».[26]

Y es que, en definitiva, las especializaciones de las diversas ramas del Derecho no se contraponen a la existencia y vitalidad de las instituciones del Derecho Civil; por el contrario, lo fortalecen y vigorizan, pues no hacen sino confirmar la necesidad de una dirección general que se constituya como guía de interpretación y de aplicación para otras áreas especiales del Derecho.[27]

Así, pues, el Derecho Civil no es —como a veces, interesadamente se le quiere presentar— una rama más del Derecho. Es la base, pauta y guía de todas las otras áreas del Derecho, es la matriz propia de las diversas instituciones del Derecho aplicables a todas las ramas del Derecho.

Asimismo, resulta innegable que cada área del Derecho se vale no sólo de las instituciones civiles, sino que además muchas veces son éstas y no otras las que terminan por resolver sus conflictos, de modo tal que todas, tarde o temprano, convergen a la fuente del Derecho, es decir, al Derecho Civil.

No pretendemos restar importancia ni desconocer que cada día los microsistemas del Derecho siguen creciendo, pero ello no significa que el Derecho Civil haya quedado atrás, como un subordinado de las especializaciones. Por el contrario, su supletoriedad no hace sino confirmar el estatus de base y matriz del Derecho privado que siempre ha tenido y cuyo desconocimiento (o conocimiento incompleto, que es lo mismo) sería nefasto para los futuros abogados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

26 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, p. 22.

27 Luego de leer *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima: Ara Editores, 1996, de Carlos Ramos Núñez, no tenemos duda alguna de que él concluiría de la misma forma; más aún si se toma en cuenta que la reflexión general de su libro se basa en el Código Civil, tal y como lo expresa en el epílogo de la obra.

Capítulo IV

Los retos de la profesión y la formación de los abogados[1]

Señor doctor Eloy Zamalloa Campero,
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa,
Señor doctor Germán Chávez Contreras,
Rector de la Universidad Católica San Pablo,
Señor doctor Rafael Santa María D'Angelo,
Director de la Escuela Profesional de Derecho e incansable promotor de este Encuentro,
Señores decanos de las Facultades de Derecho de Arequipa,
Distinguidas autoridades,
Señores Jueces,
Señores Profesores,
Estimados alumnos,

Es para mí un honor, en mi condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, el poder dirigirles estas palabras en el acto inaugural del «Segundo Encuentro de Estudiantes de Derecho» de esta ciudad, cuna de grandes hombres de Derecho y personas muy ilustres.

Hoy y mañana conversaremos sobre temas de gran relevancia en el aspecto ético de la formación de los alumnos de Derecho, es decir, de quienes serán los futuros abogados de nuestro país.

No pretendo por ello, en esta disertación, abarcar todos los aspectos de la rica temática que ustedes abordarán estos días. Sólo quiero expresar de manera orgánica, cómo es que entiendo la formación de los estudiantes de Derecho y

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Discurso pronunciado por Mario Castillo Freyre como Decano de la Facultad de Derecho, el 8 de junio de 2017 en el auditorio principal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en la sesión inaugural del «Segundo Encuentro de Estudiantes de Derecho», organizado por la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el arbitraje: segunda parte*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - CARC PUCP - Universidad Católica San Pablo, 2017, vol. 50, pp. 275-286.

cómo es que esa formación repercute —de manera ineludible— en su futuro y en la sociedad en su conjunto.

1. Qué debe ofrecer una facultad de Derecho

En primer lugar —qué duda cabe— las facultades de Derecho tienen que brindar a los estudiantes una sólida formación jurídica.

Siempre he creído que la currícula de Derecho debe ser algo así como un «orden de prioridades» en la formación de los estudiantes y, en este caso, tampoco puede soslayarse la importancia que intrínsecamente tienen las materias formativas fundamentales como son los cursos de Derecho Civil y —hoy en día— de Derecho Constitucional, en los que se asientan la generalidad de derechos de los ciudadanos en cada uno de los planos mencionados, los mismos que son ineludiblemente complementarios y no excluyentes.

Además, toda currícula debe seguir un orden lógico, enmarcado por criterios pedagógicos rigurosos, a efectos de que el aprendizaje de la especialidad tenga la mayor coherencia.

Pero tan importante como una buena currícula es la plana docente que tendrá a su cargo esa transmisión de conocimientos.

De nada sirve un curso bien diseñado en el papel si es que no se tiene al frente un catedrático que conecte con sus alumnos.

No obstante, ese binomio curso-profesor encuentra su indispensable complemento en los estudiantes, destinatarios de toda la estructura universitaria y en cuyo beneficio los profesores hacemos siempre nuestros mejores esfuerzos.

¿Pero eso es todo?

¿Acaso las universidades deben limitarse a brindar una formación académicamente correcta?

Claro que no.

Si esa formación carece de valores, será una formación mediocre, incompleta. Hasta cierto punto se podría decir que estaremos frente a una facultad de Derecho con cuerpo, pero sin alma.

La educación universitaria tiene que estar dirigida a enriquecer al alumno tanto en contenidos, como en esos valores, tan indispensables siempre y, en especial, en el mundo moderno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para estos efectos, las casas de estudios deben tener siempre presente que sus profesores no sólo deben ser buenos profesionales, buenos académicos, sino también buenas personas, que estén comprometidas con esa labor docente y conscientes de la importancia de que la asignatura que cada uno dicta se convierta en un foro que ilumine a los alumnos de la experiencia vivida por el maestro y los guíe por la senda de un correcto ejercicio preprofesional.

Esta labor de formación, obviamente, será compartida por quien o por quienes sean los maestros de práctica del estudiante.

Los aspectos éticos en la formación profesional, entonces, no deben limitarse al contenido del curso Deontología Forense o alguno afín. Ellos deben ser transversales, deben atravesar cuanta materia se imparta en una facultad de Derecho.

Y digo esto pues muchas veces la ética forense es percibida como un compartimento estanco por los planes de estudio de Derecho, de manera tal que pareciera interesar solamente allí, enmarcada dentro de las dos o tres horas semanales del curso.

La ética en el ejercicio de la profesión debe estar en cada tema que se dicte en cualquier curso de Derecho sustantivo o de Derecho Procesal. No olvidemos que, junto a las materias impartidas, los profesores siempre contamos anécdotas de nuestra vida y ponemos casos a título de ejemplo.

En ellos debemos hacer énfasis en la manera correcta de actuar en la vida, en lo honesto, en lo leal, lo que no implica —de manera alguna— que no vamos a enseñar a nuestros alumnos a usar todas las armas que brinda nuestra profesión.

Pero una cosa es aprender a disparar un arma de fuego y otra, muy distinta, que la licencia que se obtenga para su uso autorice a matar inocentes.

De esta forma, cuando los estudiantes obtengan el título profesional, sabrán por dónde ir y por dónde no deben transitar, protegiendo —con apego al Derecho y a la ética profesional— los intereses de sus clientes.

2. La transparencia y la honestidad en el ejercicio de la profesión

Los valores profesionales vienen en alza en el mundo moderno.

En nuestros días, el secreto profesional que se mantiene vigente en el Código de Ética de los colegios de abogados en el Perú y en el mundo se ha visto horadado por una serie de deberes de transparencia y revelación, que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tienen por objeto resguardar intereses propios y ajenos a la par que evitar conflictos de interés que puedan dañar a las partes en conflicto o a los agentes con intereses en juego.

Hoy, por ejemplo, viene siendo inimaginable ejercer la profesión sin el auxilio de una base de datos informatizada que nos permita advertir rápida y fácilmente eventuales conflictos de interés, recordando datos de clientes y casos del pasado, o de empresas vinculadas y otros asuntos de esta naturaleza.

Prácticas de este tipo son comunes hoy en el arbitraje, materia a la que me dedico en la profesión, tanto a efectos de aceptar o no el patrocinio de una causa, como para aceptar o no el cargo de árbitro y cumplir, de acuerdo a ley, con el deber de declaración.

Este proceder deviene en mucho más complejo en los estudios de abogados que tienen un número importante de letrados y de clientes, caso en el cual habrá que cruzar esa información con una base de datos seguramente enorme y compleja.

Y esta labor de búsqueda de información se agudiza aún más en aquellos casos en que nos encontramos con firmas de abogados que forman parte de asociaciones transnacionales.

Hoy en día viene siendo moneda corriente el que muchos estudios son prácticamente globales y con oficinas en buena parte del mundo.

He tenido oportunidad de leer algunos de los códigos de conducta de estas organizaciones, los que establecen deberes estandarizados e incluso mucho más rigurosos que los códigos de ética de los diversos países en los que desarrollan sus actividades.

El factor ético en el ejercicio de la profesión, hoy en día, está mucho más expuesto y vigente que antes; y, como podemos intuir, sus trasgresiones se conocen más fácil *erga omnes*.

Me queda claro que una inconducta cometida en el año 2017 puede sepultar a un abogado no sólo en el medio local, sino en el mundo entero. No sería la primera vez que se presente una situación de estas características.

Por lo demás, e independientemente de estas asociaciones de abogados, el hombre de leyes, aunque hubiese optado por ejercer la profesión en solitario, tiene una mayor relación con profesionales de otras localidades del propio país y del extranjero.

El ejercicio localista de la abogacía es hoy un bonito recuerdo del pasado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Los medios de comunicación contemporáneos nos sitúan por igual aquí, en Arequipa; en Lima; en Nueva York; o en Tokio.

Así como intentamos comunicarnos en idiomas comunes para ser comprendidos por gente de otras latitudes, también tenemos que compartir códigos de conducta, los mismos que se van volviendo también universales.

Y no me refiero a códigos escritos. Aludo a las buenas prácticas de conducta o derecho no escrito que en materia de deontología forense se van haciendo universales.

Es una especie de *soft law*, de costumbres no escritas en materia de conducta forense y de valores que, al estandarizarse las prácticas, nos integran notablemente en el ejercicio de la profesión.

Vistas así las cosas, en el ejercicio profesional moderno y de las organizaciones respetables en el Derecho global, no hay lugar para inconductas forenses que permitan a los abogados quedar indemnes de cara al mundo del Derecho.

Fijémonos, pues, cómo este mundo moderno apunta a estas buenas prácticas, las mismas que van integrando —para bien— la profesión.

Hoy se puede decir que uno no sólo es colega de los abogados de sus localidades, sino de todos los abogados del mundo.

Así las cosas, resulta inconcebible que se pueda menospreciar la impartición de los valores en la formación de los futuros abogados, pues se les estaría condenando no sólo a una opacidad moral, sino también a una notoria medianía en el ejercicio de la profesión.

Estas buenas prácticas tienen también directa relación con las colaboraciones *pro bono*, que prestan los abogados.

Dicha práctica consiste en asumir la asesoría o defensa de algunos casos o asuntos de manera gratuita, es decir, sin contraprestación u honorario profesional alguno cuando se trate de personas cuya situación económica no les permita solventar los costos de una defensa legal.

Esta práctica —muy antigua, por cierto— ha sido asumida de manera institucional y formal por numerosos estudios de abogados en el mundo, e incluso existen asociaciones de firmas de abogados que la promueven.

Sin duda, se trata de una importante labor de proyección social de los abogados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero no se piense que la responsabilidad social se limita a estos menesteres. En nuestros tiempos, muchos estudios de abogados también contribuyen decisivamente con el respeto y protección del medio ambiente y otras prácticas que redundan en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Del mismo modo, los estudios suelen auspiciar eventos jurídicos y revistas de estudiantes, además de libros y otras publicaciones jurídicas.

En ese sentido, hay que destacar la gran iniciativa que tienen los estudiantes de muchas facultades de Derecho para constituir asociaciones que publican revistas. Ese entusiasmo forma parte de los primeros elementos que hacen competitivo a un estudiante.

He sido y soy testigo de cómo muchos de quienes participan en estas iniciativas estudiantiles no sólo son de los mejores alumnos, sino que terminan siendo abogados reconocidos. El reto de llevar adelante una publicación colectiva es forjador de temple y si a eso le sumamos el intentar escribir artículos de Derecho cuando se es estudiante, pues el reto será mayor y el logro inmenso.

Sin duda, el artículo de un estudiante de Derecho constituye su mejor carta de presentación en el ámbito preprofesional. Si así se empieza, ya vemos cómo será el futuro desempeño en la vida como abogado.

Pero todos estos esfuerzos y todo este compromiso con la profesión deben trascender a ella misma.

Ese compromiso del estudiante de Derecho y luego del abogado debe ser con el Perú.

No se puede desligar una cosa de otra. La profesión no es una isla, es parte de la vida social del país.

En ese sentido, el compromiso ético del profesional del Derecho debe estar profundamente arraigado con la patria, a efectos de proteger el sistema de administración de justicia, de enaltecerlo y no de envilecerlo, de respetar y proteger el sistema democrático de gobierno y las instituciones que establece el marco constitucional.

De más está decir que todo ello significa que la práctica profesional del Derecho debe estar enmarcada absolutamente por el respeto al ordenamiento jurídico y alejada de cualquier acción que implique caer en la ilegalidad o incluso en la comisión de actos delictivos.

Los abogados siempre debemos tener presente que somos instrumentos para lograr la justicia, no para violar la ley ni para corromper autoridades, ni

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

—mucho menos— para convertirnos en sujetos activos o cómplices de prácticas gansteriles.

Para eso no se estudia Derecho. Cuando un abogado traspasa esa línea, nada lo separa ni distingue del vulgar hampón o de un miembro de una banda de asaltantes de bancos.

Es verdad que la formación ética y en valores no debe comenzar en la universidad, sino en el hogar y en el colegio, y es verdad también que poco podrá hacer una facultad de Derecho cuando estemos frente a un joven altamente influenciado por un entorno pernicioso; pero no deja de ser cierto que las facultades de Derecho deben hacer todo aquello que esté a su alcance para que esa formación que brinden a sus alumnos cale lo suficiente como para que ella constituya un sello distintivo y hasta pueda determinar el cambio de rumbo en la vida de muchos jóvenes.

Todo lo que vengo exponiendo no se contrapone con la legítima aspiración de los estudiantes de lograr los beneficios económicos que les permitan progresar y desarrollarse a plenitud como personas, tanto en el plano familiar como en el social.

Debe desterrarse la idea de que la profesión está llena de atajos morales que permiten acortar distancias en el plano económico.

Esos atajos, más allá de envilecer el ejercicio profesional y la moral del abogado, no son eternos. No se puede vivir siempre recorriendo atajos.

El ejercicio profesional no es una carrera de cien metros, sino una carrera de fondo, de resistencia, la misma que —sin duda— traerá los frutos deseados y trabajados a lo largo de los años.

Este discurso estaría claramente incompleto si es que no me detuviera a hablar de las mujeres y sus retos en el Derecho.

Cuando estudiaba en la universidad sólo el treinta por ciento de los integrantes de mi promoción eran mujeres.

Hoy, treinta años después, los porcentajes se han invertido. En las facultades de Derecho, ente el sesenta y el setenta por ciento de alumnos son mujeres.

¿Qué ha pasado?

¿Qué ha hecho cambiar el panorama de la profesión de abogado en el Perú?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

¿Qué factores determinan que en un futuro próximo tanto los tribunales de justicia como los bufetes de abogados estén integrados por una abrumadora mayoría femenina?

El Derecho se ha convertido, en treinta años, en una carrera donde sólo uno de cada tres estudiantes es hombre.

No estoy seguro de las razones que han producido este fenómeno, pero sin duda mucho tiene que ver la gran dedicación y pulcritud para el trabajo que tiene la mujer. Esa abnegación, además del apego por la justicia y por el estudio, son lo que las hace altamente competitivas.

Es verdad que la mejora en las oportunidades de estudio de la mujer tiene mucho que ver en todo esto, pero de ninguna manera podría explicar porcentajes que superen la igualdad.

Y esto es bueno, porque quiénes mejor que las mujeres para ejercer el Derecho, para administrar justicia y para hacernos recordar que esa aspiración de orden y legalidad tal vez esté mejor conducida en manos de damas que de caballeros.

Una reflexión final y anecdótica.

No olviden, queridos alumnos, que esta profesión es sacrificada y difícil, que probablemente la seguirán ejerciendo hasta el final de sus días.

Tampoco olviden que el ejercicio de la abogacía y su aprendizaje no es necesariamente como nos lo muestran las series de televisión sobre abogados, que las hay ahora y siempre las hubo.

Probablemente muchos de mis compañeros de estudio postularon a la universidad queriendo estudiar Derecho luego de impresionarse con la serie *Alma Mater*, que tenía como personajes protagónicos a un duro e implacable profesor de Harvard, el señor Kingsfield, y al más brillante de sus alumnos, el señor Hart.

Todos queríamos ser Hart y admirábamos la sapiencia de su veterano y sabio profesor.

Hoy el Derecho y su ejercicio están representados con más *glamour* en las pantallas. *Suits* es la serie estrella sobre abogados.

Y puede que ustedes se vean representados en algunos de sus personajes o en sus estilos de vida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tal vez en el brillante Mike Rose o en el sagaz Harvey Specter o en Jessica Pearson, la jefa del Estudio, pero lo importante es que sepan que la profesión dista mucho de la ficción, que el Perú no es Manhattan, que aquí todo es más difícil y nos cuesta mucho más trabajo, pero nunca olviden que han escogido el Derecho como profesión y como parte importante de sus vidas, y como siempre me decía uno de mis maestros de práctica: «El abogado, más que una suma de conocimientos, es una manera de ser».

Muchas gracias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo V

El ejercicio de la abogacía y el arbitraje después de diversos escándalos de corrupción[1]

1. Consideraciones generales

Son por todos conocidos los escándalos de corrupción suscitados desde el año 2015, los mismos que vienen teniendo tremendas repercusiones en nuestro país.

Estos escándalos han comprometido a una serie de políticos y funcionarios de actuales y pasados gobiernos de diversos países latinoamericanos, entre ellos el Perú, en donde están comprendidos en las investigaciones nada menos que tres expresidentes de la República y funcionarios de sus administraciones.

No ha habido, a nivel de corrupción en la contratación pública, escándalos más grandes que éstos.

Podríamos decir, incluso, que la historia de la corrupción en el Perú tiene en estos casos sus hitos más importantes.

En paralelo con los descubrimientos de pago de sobornos a políticos y funcionarios, algunos medios de comunicación han tratado de vincular al medio forense con las actividades ilícitas de estas empresas.

Concretamente, ha habido apariciones, tanto a nivel de prensa en redes sociales como en algunos medios escritos, de los estudios de abogados que han asesorado o asesoran a determinados grupos empresariales, así como de quienes han ejercido el cargo de árbitros en procesos en los que se ha discutido controversias relativas a estas empresas.

Todas estas publicaciones, si bien se han limitado a señalar datos objetivos, han deslizado la idea de que la participación de abogados y árbitros podría estar marcada por la corrupción que se aprecia en otras actividades de tales compañías.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Castillo Freyre, Mario. Trabajo escrito en abril del 2017 y publicado en *Entre el Derecho Civil y el arbitraje: tercera parte*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - CARC PUCP - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2018, vol. 61, pp. 101-119.

En general, creo que la respuesta del medio forense no ha sido la más adecuada, pero, en todo caso, el mismo ha guardado un prudente silencio.

No obstante, considero que hay determinados puntos que resulta indispensable aclarar.

2. En lo que respecta al ejercicio profesional

Conforme a lo establecido por la Constitución Política del Perú,[2] nadie está obligado a hacer algo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Esta garantía fundamental, y prácticamente universal, marca también la pauta de los códigos de ética profesionales y, especialmente, el del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.[3]

Usualmente, se toma como ejemplo en materia de deontología forense el caso de los procesos penales en donde se señala que toda persona tiene derecho a ser asistida por un abogado, por más culpable que aparezca el imputado ante los ojos de la justicia que recién va a conocer su caso.

En materia civil y comercial, el tema no es tan dramático, pues la asesoría profesional tiene diversas facetas, tales como la absolución de consultas puntuales, el asesorar a las empresas en trámites administrativos o tributarios, el patrocinio en litigios judiciales o arbitrales de las mismas, etc.

Dentro de tal orden de ideas, el abogado y los estudios de abogados tienen la más absoluta libertad constitucional, legal y deontológica, para brindar sus servicios profesionales a cualquier persona natural o jurídica. Obviamente, claro está, dentro del marco de la ley y sin infringir normas de carácter imperativo.

En otras palabras, todos los abogados gozamos de la más absoluta libertad de asesorar a quien solicite nuestros servicios, en estricto apego a la ley y a la Constitución.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2 Constitución Política del Perú
Derechos fundamentales de la persona
«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
[...]
24. 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».

3 «Artículo 18.- Libertad de patrocinio El abogado tiene el derecho de aceptar o rechazar un patrocinio, sin tener que justificar su decisión. El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable».

De igual forma, los abogados no debemos tener temor alguno en lo que respecta al futuro devenir de nuestros clientes.

Así, si un cliente nuestro, al que le vemos los temas de sus empresas, se convierte en un feroz asesino serial de prostitutas callejeras, eso no convertirá también en asesino al abogado que lo asesoró en temas comerciales.

Y, obviamente, tampoco convertirá en asesino ni en depravado al abogado penalista que defienda a esta persona en juicio, por más que, finalmente, sea condenado a cadena perpetua.

Aquí se aplica esa vieja frase que reza «si el cliente es condenado, él estará detrás de las rejas; el abogado se queda afuera».

La prensa y la opinión pública suelen, de la manera más injusta, efectuar una identificación entre la calidad moral del cliente y la de su abogado.

Así, se suele decir, despectivamente, cuando un abogado defiende a acusados de narcotráfico, que ese letrado *es un abogado de narcos*, sin importar conocer si sus clientes han sido absueltos o condenados.

¿Acaso la sociedad procede de igual manera con el médico que atiende al acusado de narcotráfico, con el panadero que le vende pan a su familia, o con las tiendas en donde la esposa del acusado suele comprar alimentos o ropa?

Es claro que nada se dice de estas personas y de estas empresas, que brindan bienes o servicios a quienes pueden tener un problema de orden legal; pero la identificación peyorativa sí se hace con respecto al abogado.

Considero que los profesionales en Derecho debemos ser muy claros y directos, señalando que lo que nosotros ofrecemos en el mercado son servicios, y esos servicios pasan por la asesoría profesional a empresas o personas naturales en los más diversos ámbitos de la profesión; pero que tal relación de orden profesional no nos mimetiza con nuestros clientes. Así, no nos convertimos en alemanes por asesorar a una firma automotriz alemana, ni en chinos por asesorar a una constructora de este país, ni en madre gestante por asesorar a una señora en tal condición. Tampoco en meretriz por asesorar a una señora que pueda brindar estos servicios.

Ahora bien, podrá ocurrir que los abogados tengamos algunos reparos personales en asumir determinadas defensas, como podría ser el caso de un letrado que considera que los actos criminales de quien lo quiere contratar son tan abominables que no desea defenderlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

También podría ocurrir que un abogado rechace ser contratado por una empresa cuyos directivos, alguna vez, fueron condenados por contrabando.

Pero que quede claro que los abogados no tienen por qué rechazar el patrocinio legal ni en un caso ni en el otro.

Los abogados tenemos plena libertad para asesorar o defender tanto a uno como a otro cliente, dentro de las normas constitucionales, legales y en estricto apego al Código de Ética profesional.

Entonces, si los abogados están desarrollando una labor apegada a ley, cualquier cuestionamiento del orden del que venimos tratando resulta injusto, a la par que agraviante, de modo tal que los abogados podrían tomar contra quienes los agravien las acciones legales correspondientes.

3. Sorpresa, sorpresa

Pero más injusto aún es que se juzgue moralmente al abogado por su vinculación con un cliente, por información que recién se conozca con posterioridad a haber brindado sus servicios profesionales y, sobre todo, que tales consideraciones morales se apliquen con carácter retroactivo. Es decir que el abogado brindó sus servicios a una persona natural o jurídica, que esos servicios estuvieron apegados a ley, que esos servicios concluyeron satisfactoriamente tanto para el abogado como para el cliente, y que meses o años después de haber brindado los servicios profesionales se descubra que el cliente era un delincuente; pero cuyos actos delictivos no guardan relación alguna con la labor desplegada por el abogado, sino con otras materias.

No cabe duda de que, con los patrones y criterios equivocados e injustos que se manejan en la actualidad, algunos señalarán a ese abogado como abogado de delincuentes.

Es más, podríamos encontrarnos frente a un abogado o a un estudio de abogados que haya asesorado directamente a una empresa durante un proceso de licitación de una obra pública, habiéndole brindado sus servicios por una cantidad importante de horas y con la participación de un número notorio de sus profesionales.

Resulta que la empresa en cuestión gana la licitación pública, pero se descubre años más tarde que directivos de esta empresa habían sobornado a funcionarios del gobierno de turno para el otorgamiento de la buena pro.

Ahí se dirá que ese estudio de abogados colaboró con la empresa en ganar una licitación que se obtuvo por medios ilegales, pero, naturalmente, habrá que distinguir cuáles fueron las labores del estudio de abogados y dónde terminaron

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

éstas, las mismas que si se circunscribieron al ámbito netamente profesional, a la par que lícito, deberán ser respetadas por las autoridades y por la sociedad, pues se trata de un trabajo realizado en el marco del ordenamiento constitucional y deontológico que rige en el Perú.

4. En lo que respecta al arbitraje

Desde el año 1998, es decir, hace casi dos décadas, las leyes de contrataciones del Estado en el Perú establecen la obligatoriedad de la resolución de controversias entre el Estado y cualquiera de las entidades que le pertenecen y sus proveedores de bienes, servicios u obras en la jurisdicción arbitral.

Esto significa que la inmensa mayoría de los contratos que celebran el Gobierno central, sus ministerios y demás dependencias, los gobiernos regionales, los gobiernos provinciales, los gobiernos distritales y las empresas públicas deben contener necesariamente un convenio arbitral, de modo tal que cualquier controversia que surja entre estas entidades y las empresas que contraten con ellas no será resuelto en el Poder Judicial, sino en la vía arbitral.

No existe unanimidad estadística con respecto a qué porcentaje de las pretensiones ventiladas en tales controversias termina siendo favorable al Estado o a los contratistas.

Sobre el particular, se han realizado dos estudios, ambos elaborados en el año 2013, uno por la Contraloría General de la República[4] y otro por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.[5]

Las cifras de estos documentos son dispares. Según la Contraloría, los contratistas tienen éxito en el 80 % de los montos controvertidos; en tanto que según la Universidad Católica tal cifra se sitúa en alrededor del 50 %.

A pesar de lo riguroso de ambas investigaciones, resulta imposible saber cuál de estas cifras es la correcta; pero sólo para fines de este trabajo, vamos a asumir que el porcentaje verdadero se encuentra en la media de las dos, es decir, en el 65 %.

ESTUDIO MARIO CASTRO LEYRE

4 El arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013. En http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-On-line.pdf Consultado el 2 de noviembre de 2018.

5 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César y Rigoberto Zúñiga Maraví. «Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP. "Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales"». En *Arbitraje PUCP*, 2014, año IV, n.º 4, pp. 83-102.

Esto significa que, prácticamente, los contratistas triunfan en dos tercios de aquello que reclaman, lo que equivale a decir que los tribunales arbitrales les otorgan sesenta y cinco de cada cien soles reclamados o, dicho de modo más simple, casi dos de cada tres soles pretendidos.

Sin duda, se trata de una cifra bastante alta, la misma que no hace sino reflejar la serie de problemas que presenta el Estado para su adecuada defensa, que pasa por una serie de factores como es el caso de un manejo deficiente de la ejecución del contrato; una falta de especialización en la defensa arbitral; una sobrecarga procesal de los procuradores, lo que se opone a defensas, generalmente, mucho más calificadas por parte de los contratistas, quienes suelen invertir y disponer de muchos más recursos para estos efectos.

Pero, a decir verdad, en muchos casos poco es lo que pueden hacer los procuradores públicos debido a que la entidad a la que representan no ha realizado un manejo eficiente en la etapa de la ejecución contractual, y cuando llega el caso a manos de la Procuraduría muchas veces sólo les queda «cargar con el muerto».

Todas las empresas cuyas actividades comerciales vienen siendo cuestionadas centraron sus actividades en la contratación estatal.

Estas compañías, prácticamente, no celebraron contratos de construcción con empresas privadas, salvo para establecer consorcios en los que otras constructoras peruanas participaban de determinadas obras.

Dentro de tal orden de ideas es evidente que todas las controversias que han tenido y tienen estas empresas con el Estado y sus dependencias se han ventilado y ventilan en arbitraje, y es claro también que si nos atenemos a los porcentajes publicados por la Contraloría y por la PUCP, tales empresas han vencido al Estado en la inmensa mayoría de procesos arbitrales y, también, en la mayor parte de montos reclamados en el marco de tales procesos.

Así, será evidente que tendremos una serie de árbitros que habrán laudado a favor de tales empresas, situación de absoluta normalidad, ya que tal proceder también se presenta con respecto a otras compañías que hoy no están cuestionadas públicamente.

Lamentablemente, una vez más se reconstruye la historia a través de parámetros que no eran conocidos en aquellos momentos y se parte de la idea de que tales árbitros que fallaron a favor de dichas empresas conocían que se trataba de empresas corruptas; llegándose aún más lejos y asociando temerariamente el sentido del laudo con la calidad moral del árbitro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, se llega al siguiente argumento simplista: si el árbitro laudó a favor de alguna de esas empresas, es un árbitro corrupto, en tanto que si laudó en contra, es un árbitro honesto.

Este argumento es inaceptable, carente de toda lógica y totalmente arbitrario.

No olvidemos que en un proceso arbitral lo que está en discusión es aquello que constituye materia controvertida, de modo tal que aquello que se debe analizar en el proceso es quién tiene la razón y se la debería dar al que la tenga, independientemente de cualquier otra consideración.

Por lo demás, en todos los procesos arbitrales que concluyeron antes de que se haga público el escándalo de corrupción en el Perú, los árbitros desconocían tal situación, y aun la hubiesen conocido, ella debía ser irrelevante a efectos del razonamiento lógico jurídico que tales árbitros debían recoger en sus laudos.

En otras palabras, el hecho o consideración de que uno de los litigantes es una empresa privada o gobierno regional o local acusado de corrupción no debe influir absolutamente en nada en relación con el resultado del proceso arbitral.

Lo contrario sería condicionar el sentido del laudo arbitral a consideraciones extraprocesales, lo que haría que los árbitros laudaran en función de tales consideraciones y no de las pruebas actuadas en el proceso.

Otro punto referido a materia arbitral es el relativo al origen en la designación del árbitro y a la frecuencia en su nombramiento.

Algunos de los principales cuestionamientos que hemos podido apreciar en los medios de comunicación que se han ocupado del tema es el relativo a la frecuencia en el nombramiento como árbitro por parte de cada una de las empresas cuestionadas.

Así, se señala que hay casos de árbitros que han sido nombrados numerosas veces por alguna de estas compañías.

En primer lugar, habrá que ver si las designaciones han sido hechas por la misma empresa, pues cada grupo económico realiza su actividad empresarial a través de diferentes compañías.

Por otra parte, habrá que analizar si el nombramiento ha sido hecho únicamente por esas empresas o por consorcios que estaban integrados, entre otras, por algunas de esas empresas; o por alguna tercera empresa que haya tenido, dentro de sus accionistas, a alguna empresa de los grupos cuestionados.

ESTUDIO MARIO CASTRO FRAVRE

Estas distinciones son importantes, pues, como sabemos, en Derecho, tales cuestiones pueden determinar, y de hecho determinan, que no nos encontremos frente a la misma empresa que realiza la designación; es decir, que no haya identidad entre aquéllos que nombraron al mismo árbitro en distintos procesos.

En relación con lo expuesto, si tales árbitros cumplieron con declarar sus anteriores nombramientos y los mismos no fueron objetados por sus contrapartes vía recusación, se entiende que tales nombramientos quedaron firmes con todas las de la ley y, por tanto, esas personas estaban plenamente autorizadas para ejercer el cargo de árbitro.

Por lo demás, no debemos olvidar que en años pasados los centros de arbitraje en el Perú no habían introducido como política la posibilidad de solicitar expresamente a las partes la ratificación o confirmación del árbitro, así como tampoco la posibilidad de rechazar un proceso arbitral sobre el que hubiere alguna sospecha de corrupción.

Pero los centros de arbitraje siempre estuvieron facultados para rechazar un arbitraje, lo que se acredita con la existencia de otros procesos de compañías ajenas a las actuales investigaciones en donde no aceptaron la administración de determinados casos por diversas consideraciones.

Dentro de tal orden de ideas, si un centro de arbitraje administró un proceso entre alguna de estas empresas cuestionadas y una entidad estatal, en la actualidad no podría adoptar sanciones contra sus propios árbitros. Sancionarlos por ese solo hecho sería una injusticia. Ello con la natural salvedad de si se hallasen evidencias de actos ilícitos de tales árbitros y respetando sus derechos constitucionales.

Por otra parte, con respecto a los árbitros que fueron designados por las entidades del Estado y que laudaron a favor de alguna de las empresas hoy cuestionadas poco hay que decir, pues son las entidades las responsables de haberlos designado como árbitros, y el hecho de haberlos designado como tales no garantiza que estos profesionales les den la razón.

Los árbitros darán la razón al que la tenga, no necesariamente a quien los hubiere designado.

Más alejados de cualquier sospecha se encuentran los presidentes de tribunales arbitrales, pues estos son terceros que han sido escogidos, de común acuerdo, por el árbitro de la entidad estatal y el árbitro de alguna empresa hoy cuestionada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mayor lejanía incluso existirá si el presidente del tribunal arbitral hubiese sido designado por la institución administradora de arbitraje o por el OSCE (o el antiguo Consucode), si fuese el caso, a falta de acuerdo de los árbitros de parte.

No olvidemos que cuando se designa un árbitro en esta o en cualquier otra condición se le encomienda la difícil tarea de administrar justicia, lo que equivale a que se la termine dando a cualquiera de las partes (en buena cuenta, a quien la tenga).

5. Las causas en curso

Dado el estado de crispación existente en torno a los escándalos que motivan el presente trabajo, resulta necesario preguntarnos en qué medida el mismo afecta el desarrollo de las causas que actualmente se siguen ante los tribunales de justicia.

Lamentamos decir que el impacto será negativo.

Esto en razón de que para el desarrollo adecuado de un proceso, sea éste de la naturaleza que fuere, los magistrados deben tener la suficiente tranquilidad de espíritu que los lleve a ser objetivos, de manera tal que puedan resolver en estricto apego al contenido del expediente, es decir, de modo objetivo y no con apreciaciones sesgadas por otras circunstancias.

Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la justicia ordinaria es el relativo a la presión de la prensa y de la opinión pública.

No dudamos de que los casos en que los jueces tendrán mayor comodidad para resolver sean aquéllos en los cuales el desarrollo del proceso se encuentre completamente ajeno a los reflectores de la prensa y el público en general.

Decimos esto en razón a que tales procesos seguirán un curso natural y los magistrados no se verán expuestos a un eventual maltrato, tanto en los medios de comunicación como en la cotidianeidad de la población.

El ejemplo más claro lo tenemos en las causas penales de casos famosos, en los cuales existe ya formado, en el común de la prensa y de la opinión pública, un concepto de culpabilidad del procesado.

Para la prensa y la opinión pública será ineludible que los jueces declaren culpable al acusado dado que en el imaginario público lo es.

De esa forma no habrá manera de evitar que tanto los medios de prensa como la opinión pública piensen que el juez ha cometido un terrible caso de

ESTUDIO MARCOS CASTILLO FREYRE

injusticia o, peor aún, que ha vendido su conciencia si es que falla a favor de la absolución del acusado.

Lo que ocurre en estos casos, en buena cuenta, no es otra cosa que la existencia de dos juicios: uno, de orden formal, en el que se juzga al acusado; otro, de carácter informal, en el que se juzga tanto al acusado como al juez a cargo del proceso.

Situaciones de esta naturaleza son muy comunes en las causas penales dado lo mediáticas que son, pero resultan usualmente ajenas a los procesos civiles tanto de naturaleza judicial como arbitral, salvo, naturalmente, casos de excepción.

Y nos encontramos ante un caso en el cual, dado el escándalo producido, resulta evidente que todas las causas pendientes de resolución en los tribunales de justicia, sean éstos arbitrales o judiciales, en las que tenga participación directa o indirecta alguna de las empresas cuestionadas, serán objeto de riguroso escrutinio por parte de la prensa y de la opinión pública.

Dentro de tal orden de ideas, los jueces y árbitros, ante todo, deberían actuar con la más absoluta y rigurosa imparcialidad, tanto como si no existiera el problema del que venimos tratando.

Digo esto habida cuenta de que no se podrá mezclar una carga moral negativa contra una de las partes en conflicto, pues si así fuere, los jueces y árbitros dejarían de ser imparciales y no resolverían en estricto apego a los medios probatorios que obren en los respectivos expedientes.

En síntesis, los jueces y árbitros deben actuar con independencia de consideraciones relativas a eventuales cuestionamientos que se refieran al origen de los contratos cuyas controversias se están conociendo.

Puede que tiempo después se descubra que la celebración del contrato sobre el que versa la causa estuvo viciada por un acto de corrupción, pero los jueces y árbitros que conozcan una controversia relativa a este contrato no podrán resolver guiados por la sospecha, sino por lo actuado en el proceso.

Ahora bien, distinto sería el caso en el cual en pleno conocimiento del proceso arbitral o judicial de anulación de laudo se abriera una causa penal en la que se investigara la existencia de actos de corrupción que hubieren dado lugar a la celebración del contrato.

Aquí cabría formularse la pregunta en el sentido de cómo deberían proceder los tribunales arbitrales o las salas comerciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que tanto unos como otros, deberían continuar con el conocimiento y resolución de las causas. Estimamos que los procesos penales relativos a la eventual corrupción en la celebración de los contratos no deberían enervar el curso de los procesos arbitrales, ni de los procesos de anulación de laudos.

En cambio, sí creemos que, si fuese el caso que alguna empresa cuestionada ganara un arbitraje en curso, o venciera en una anulación de laudo promovida por una entidad estatal, el laudo no debería ser ejecutado. Esto, no por arte de magia, sino que los jueces penales deberían dictar las medidas cautelares correspondientes a efectos de evitar perjuicios irreparables al Estado.

Un caso como éste podría dar lugar a la mala tentación de pensar en la creación de procesos o trámites especiales, pero los mismos serían abiertamente inconstitucionales, dado que ninguna persona natural o jurídica puede ser apartada de la jurisdicción ordinaria, ni juzgada por tribunales *ad hoc* formados para determinados efectos.

En ese sentido, creemos que el camino descrito y propuesto constituiría la vía más natural para la resolución de las controversias en curso y la protección de los intereses del Estado.

6. Los procesos ya fenecidos

En materia arbitral, cabe la posibilidad de que se descubra la existencia de actos de corrupción con respecto a árbitros o jueces que han conocido, respectivamente, los procesos arbitrales o los recursos de anulación de los respectivos laudos.

Es evidente que si ése fuese el caso y una de las empresas cuestionadas hubiera logrado tener un laudo firme favorable mediando corrupción, debería tratar de evitarse que tal laudo se ejecute, fundamentalmente, a través de una medida cautelar emitida por el juez penal que conozca la causa.

Mientras ello sea así se evitará causar perjuicio al Estado.

Pero es posible que tales casos sean cuantitativamente pocos y que en la mayoría de veces nos encontremos ante supuestos de laudos ya ejecutados por las entidades estatales.

Si éste fuese el caso, los laudos estarían firmes y no podrían ser declarados nulos, pues no existiría una vía procedimental adecuada para tal efecto.

Sin embargo, el Estado sí podría demandar a las empresas en cuestión por daños y perjuicios a efectos de que devuelvan al Estado todos los montos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que cobraron a través de instrumentos jurídicos logrados con el empleo de malas artes.

Decimos que la pretensión debería ser la de daños y perjuicios en la medida en que será necesario un resarcimiento por el monto de lo ejecutado más los respectivos intereses legales.

Nótese que este proceso indemnizatorio no se deberá seguir ante tribunal arbitral alguno, ya que tales daños y perjuicios no tienen como base la ejecución del contrato celebrado entre la empresa cuestionada y la entidad estatal, sino los actos de corrupción en los que participó dicha empresa para obtener una resolución arbitral o judicial firme.

Tal indemnización será reclamada por responsabilidad extracontractual con base en lo dispuesto por el artículo 1969 del Código Civil, precepto que establece: «Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

Por otra parte, debemos subrayar que tal pretensión tiene un plazo prescriptorio de dos años, conforme lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.

Usualmente, el plazo prescriptorio a que hemos hecho referencia se computa desde el momento de la producción del daño.

En el caso que venimos comentando, el momento de la producción del daño no estará configurado ni por la notificación del laudo arbitral o de sus resoluciones aclaratorias y afines, así como tampoco por la notificación de la resolución judicial que decida no anularlo. Al fin y al cabo, se trata de resoluciones arbitrales o judiciales que, por sí mismas, no implican un perjuicio patrimonial para el Estado. Será, sin duda, la ejecución de tales resoluciones la que haya causado el daño al Estado peruano.

Entonces, si bien es cierto que el conocimiento del hecho dañoso puede derivar en el inicio del cómputo del plazo, tal situación, de por sí, no constituye un hito cronológico ineludible, dado que la erogación patrimonial que el Estado haga a alguna de estas empresas se basará en una resolución arbitral o judicial firme y no cuestionada, es decir que reviste plenos visos de legalidad.

Dentro de tal orden de ideas, el plazo del inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil debería computarse recién a partir del momento en que exista sentencia firme y condenatoria por algún caso de corrupción de algún árbitro o de algún magistrado del Poder Judicial que haya estado involucrado en el caso concreto.

EDICIONES LEGALES

7. Reflexiones finales

Los problemas derivados de escándalos de corrupción son múltiples y sus aristas tan numerosas que han alcanzado a gran cantidad de actividades propias de la industria, del comercio y de la sociedad peruana en su conjunto.

Una situación de esta naturaleza era absolutamente imprevisible y, menos aún, desde la actividad del arbitraje como medio obligatorio para la solución de conflictos en el Derecho peruano.

Sin embargo, en lo que al arbitraje se refiere, el tema debe ser analizado de manera muy cuidadosa, de modo tal que se evite incurrir en generalizaciones maliciosas, extendiendo sospechas a cuanto proceso arbitral hayan seguido o sigan las empresas investigadas.

Como hemos podido apreciar en este trabajo, todas las situaciones susceptibles de presentarse tienen alguna solución posible dada por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, de haber existido algún ilícito penal en algún proceso arbitral o en la respectiva anulación de laudo, el problema deberá encapsularse, de modo tal que no perjudique el funcionamiento de la institución arbitral en su conjunto, ni tampoco el trámite regular de los procesos de anulación de laudo que se sigan en el Poder Judicial.

No me cabe duda de que el camino que propongo implica un actuar cuidadoso por parte de las autoridades del Poder Judicial, además de las procuradurías públicas, las cuales no pueden arriesgar juicios de valor peyorativos en contra de abogados en ejercicio o de árbitros que hayan participado —sin ilicitud alguna de por medio— en alguno de los procesos arbitrales en donde haya sido parte alguna de las empresas investigadas.

Se trata, sin duda, de una dura lección para el país y, en particular, para el medio jurídico, la misma que obligará a abogados y árbitros a meditar mucho más acerca de los antecedentes de nuestros clientes, en el caso de los abogados, y de las partes que litiguen en un arbitraje en el que seamos árbitros.

Esta última reflexión, implicará que los profesionales del Derecho debamos averiguar más allá de las formalidades, algo así como aprender a ver debajo de las piedras, como una labor de protección y supervivencia, no limitándonos a conocer si las empresas en cuestión tienen o no antecedentes formales de corrupción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estas consideraciones hasta hace poco tiempo estaban, fundamentalmente, centradas en las causas penales, para los abogados defensores de procesos de esta naturaleza. Como vemos, ellas, hoy en día, se han extendido —por fuerza de estas penosas circunstancias— a todos los ámbitos del ejercicio profesional.

Lima, abril del 2017.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo VI

Discurso de inauguración del III Encuentro de Estudiantes de Derecho Universidad Católica San Pablo[1]

Señor doctor Germán Chávez Contreras,
Rector de la Universidad Católica San Pablo;
Señor doctor Rafael Santa María D'Angelo,
Director de la Escuela Profesional de Derecho Civil;
Señores decanos de las Facultades de Derecho de Arequipa;
Distinguidas autoridades;
Señores jueces;
Señores profesores;
Estimados alumnos,

Es para mí un honor, en mi condición de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, poder dirigirles estas palabras en el acto inaugural de este encuentro de estudiantes de Derecho.

En los últimos días he pensado mucho en relación con el tema que quisiera abordar en esta breve intervención.

El Perú y el mundo en general están pasando por momentos difíciles que nos afectan a todos de manera directa, y eso los incluye a ustedes, futuros profesionales que tendrán la dura labor de llevar adelante este país.

En ese escenario, existe un tema que constituye, sin duda alguna, la base sobre la cual toda sociedad moderna (y que aspire a tener una verdadera democracia representativa) tiene que respetar. Me refiero a los derechos humanos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Palabras pronunciadas por Mario Castillo Freyre el jueves 7 de junio de 2018 en el auditorio del Instituto del Sur, de Arequipa, como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el arbitraje: tercera parte*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - CARC PUCP - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2018, vol. 61, pp. 261-266.

En el año 2018, coincidentemente, se celebran los setenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual constituye un documento de vital importancia adoptado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n.° 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948, en París.

Este valioso instrumento internacional recoge, en sus treinta artículos, los así denominados derechos humanos básicos y elementales a partir de la Carta de San Francisco suscrita el 26 de junio de 1945.

De una lectura de la Carta, y considerando el escenario en el que se encuentra nuestro país, puedo rescatar algunos principios que no debemos perder de vista:

Así, en el «Preámbulo» se hace referencia a tres aspectos que constituyen la base misma de la convivencia social que tanto ustedes, estudiantes, como la sociedad en su conjunto, debemos tener en cuenta. Tales aspectos son:

(i) Que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

(ii) Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

(iii) Que los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Como se aprecia, una de las grandes conquistas históricas que permiten que tengamos una sociedad mejor ha sido el reconocimiento de estos derechos y la convicción (o, al menos, aspiración) irrestricta de su defensa y respeto en todo el planeta.

Ustedes, como estudiantes, nunca deben olvidar estas premisas, pues sea el campo o rama del Derecho en el que se encuentren y ejerzan, tengan siempre en cuenta que no es posible lograr justicia desconociendo o restando importancia a los derechos del hombre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, resulta importante mencionar que, como Facultad, la Universidad Católica San Pablo posee un plan de estudios que tiene en cuenta este principio rector.

En ella existen prioridades en la formación de los estudiantes, pero debo poner énfasis en que en los distintos cursos ustedes siempre podrán apreciar que este instrumento internacional ilumina una serie de instituciones y conceptos que tienen que ser aprehendidos e interiorizados, lo que —estoy seguro— también ocurre en las demás facultades de Derecho de la ciudad.

Piénsese, por ejemplo, en la protección que tiene el concebido, tanto en la Constitución como en el Código Civil. O la defensa y regulación que nuestra legislación tiene acerca de la familia como núcleo e institución fundante de la sociedad misma.

Las libertades de contratación también se encuentran debidamente reguladas en la ley; y la propiedad, como herramienta de producción de riqueza, es también legislada a la luz de esta Declaración Universal. Caso contrario, no se podría entender el verdadero alcance del artículo 923 del Código Civil, que establece con absoluta claridad: «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

El ámbito penal tampoco es ajeno a estos principios, pues es claro que existe una tendencia a la protección y otorgamiento de mayores garantías a los derechos humanos de los reos y de las personas que han cometido delitos.

Asimismo, tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Laboral, han sido materias que en los últimos años han alcanzado una especialización importante, a tal punto que existen maestrías y cursos de posgrado que las tienen como único objeto de estudio. Si un estudiante se pregunta qué tienen que ver los derechos humanos con estas áreas del Derecho, debería recordar que la primera tiene como objeto que los ciudadanos puedan materializar una serie de derechos frente a las diversas entidades del Estado, y la segunda, esto es, el Derecho Laboral, ha tenido importantes avances en materia de protección de los derechos de los trabajadores, a tal punto que existe la muy prestigiosa Organización Mundial del Trabajo (OIT) que vela por el cuidado de los mismos.

En fin, sería muy extenso hacer notar la importancia y vigencia de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se encuentran vinculados directamente con todos los cursos y materias que se imparten en las universidades.

FONDO EDITORIAL

Sin embargo, sirva esta precisión para que podamos tomar verdadera conciencia de la importancia de este instrumento internacional que cumple setenta años y que constituye, sin lugar a dudas, una directriz convergente e indesligable de todas las ramas del Derecho.

Ahora bien, y como no puede ser de otra manera, creo firmemente que la educación universitaria tiene que estar dirigida a enriquecer al alumno, tanto en contenidos como en valores, indispensables siempre y, en especial, en el mundo en el que vivimos.

De ahí que, siempre lo reitero, las casas de estudios deban tener presente que sus profesores no sólo deben ser buenos profesionales, buenos académicos, sino también buenas personas, que estén comprometidas con esa labor docente y conscientes de la importancia de que la asignatura que cada uno dicta se convierta en un foro que ilumine a los alumnos con la experiencia vivida por el maestro y los guíe por la senda de un correcto ejercicio preprofesional.

Pero ello no sería óptimo si es que en todos los cursos que se enseña no se tiene en cuenta el aspecto ético, pilar fundamental para un adecuado ejercicio de la profesión. Por ello es que siempre creí que los aspectos éticos en la formación profesional no deben limitarse al contenido del curso de deontología forense o alguno afín. La ética debe estar presente en todo y esa ética tiene como ingrediente esencial —qué duda cabe— el respeto al ser humano.

Como pueden apreciar, los derechos humanos constituyen un punto de partida, pero también de llegada, en todo cuanto una persona puede realizar. No debería existir actividad humana alguna que no los respete.

Queridos alumnos, no deben olvidar que esta profesión es sacrificada y difícil, y que, probablemente, la seguirán ejerciendo hasta el final de sus días. Y tampoco deben olvidar que el ejercicio de la abogacía y su aprendizaje constituyen una responsabilidad para con ustedes, con sus familias y con la sociedad. El Derecho como herramienta siempre debe estar encaminado a lograr el bien; pero esta herramienta no tiene vida propia, sino que se va a materializar a través de vuestros actos. De ahí que ustedes ostenten una gran responsabilidad.

Así como Jesús, ustedes van a trabajar con las leyes día a día, y es la ley, creación humana, que siempre debe estar inspirada y aplicada respetando al prójimo, con la sólida convicción de que como creyentes debemos tener en el amor a Dios y en el respeto a los derechos de nuestros semejantes.

Muchas gracias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo VII

La promoción Centenario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú[1]

Señor doctor Alfredo Villavicencio Ríos, muy apreciado Decano de la Facultad de Derecho,
Señora doctora Elena Alvites Alvites
Directora de Estudios,
Señora doctora Gabriela Ramírez Parco, Secretaria Académica,
Señor doctor
Alfredo Bullard González, compañero en el padrinazgo de la promoción,
Estimados profesores y autoridades de la Universidad,
Queridos exalumnos,
Estimados amigos,

Hace unos diez días tomaron contacto conmigo miembros de la directiva de la promoción Centenario de la Facultad, indicándome que habían acordado proponerme ser su padrino.

Tal designación me emocionó y alegró muchísimo, pues no sólo recuerdo con mucha gratitud cuando fui profesor de quienes hoy egresan —alumnos muy destacados, por cierto—, sino también por el hecho de que resulta una feliz coincidencia el que ello se produzca —precisamente— cuando nuestra Facultad cumple cien años.

Cuando alguien me pregunta qué diferencias percibo entre los alumnos de hoy y los de mis años de estudiante respondo que en cada salón veo a quienes fueron mis compañeros, y si bien han cambiado los tiempos, no dejo de

1 Palabras pronunciadas por Mario Castillo Freyre como padrino de la promoción Centenario de Derecho PUCP en la ceremonia de graduación que tuvo lugar la noche del viernes 27 de septiembre de 2019 en el Polideportivo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el arbitraje: quinta parte.* Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - CARC PUCP - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, vol. 81, pp. 35-47.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

encontrar grandes similitudes en las características de nuestros estudiantes y de quienes pasamos por estas aulas hace más de treintaicinco años.

Cada generación guarda sus recuerdos y la mía —sin duda— contó con el privilegio de tener a los mejores profesores.

Además, la época en la que fuimos alumnos tuvo una efervescencia muy especial, pues el año en que empezábamos a estudiar Derecho (1984) fue aquél en el que se promulgó y entró en vigencia el entonces nuevo Código Civil.

Así, en la Facultad no dejaba de tratarse este tema en cuanto curso de Derecho Civil existía, de modo tal que se analizaba rigurosa y comparativamente las diferencias entre el Código de 1936 y el nuevo cuerpo normativo.

Uno de los elementos fundamentales que marcó a mi generación fueron sus profesores, y ahora que egresan las promociones del Centenario, creo que ésta constituye magnífica oportunidad para recordar, con una breve semblanza, a aquellos catedráticos que marcaron el rumbo de muchas vidas en esta Facultad y que dejaron huella en quienes fuimos sus alumnos.

Algunas de estas personas ya no nos acompañan, pero otras —felizmente— siguen dictando y los alumnos de hoy tienen la suerte que sean sus profesores.

Así, cómo no recordar las clases de Personas Jurídicas de don Javier de Belaunde López de Romaña, profesor paciente, pausado y muy dedicado a sus estudiantes, quien en aquella oportunidad dictaba con base en unos materiales de enseñanza que él había preparado y que contenían una serie de casos polémicos que servían para armar la discusión en clase y tomar posición en torno a diversos aspectos de la materia del curso.

Asimismo, en los primeros ciclos fuimos alumnos de Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien nos enseñaba Teoría General del Proceso, y más tarde fuera dos veces Decano de la Facultad y, hoy, el profesor a tiempo completo más antiguo de Derecho y uno de los más antiguos de la PUCP.

Lorenzo, ordenadísimo como siempre, preparaba sus clases con rigor y el dictado era ameno, profundo y, a la vez, bastante pedagógico, de modo tal que, culminado el curso, teníamos conceptos muy formados de las teorías fundamentales del proceso civil.

Avanzando en la carrera, nos correspondía llevar el curso de Derecho de Familia, área cuyo grupo de notables profesores encabezaba el doctor Héctor Cornejo Chávez.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cornejo no sólo era profesor, sino un muy destacado y polémico político, habiendo llegado a ser candidato a la Presidencia de la República por la Democracia Cristiana en 1962 y constituyente en 1978 por el mismo partido, luego de protagonizar un memorable debate televisivo que mi generación nunca olvidará, con el también genial Luis Bedoya Reyes, líder del Partido Popular Cristiano, formado en 1966, precisamente por una escisión de la Democracia Cristiana.

Además, Cornejo Chávez había sido nombrado por el gobierno de Velasco director del diario *El Comercio*, luego de que éste fuera confiscado a sus propietarios en 1974.

Ello determinó que cuando volvieron los aires democráticos al Perú, pocos años más tarde, Cornejo fuera señalado como colaborador de una dictadura y, por tanto, cayó sobre él un marcado ostracismo en importantes círculos periodísticos, políticos y académicos.

Incluso una universidad se negó a tomarlo como profesor, por estas razones.

Pero Cornejo no venía a la Universidad Católica a hablarnos de política. Venía a explicar, con una precisión de rigor matemático, el Derecho de Familia.

Era un extraordinario profesor, y sus alumnos disfrutábamos de un impecable razonamiento jurídico y de una vastedad de conocimientos que hacían de él todo un personaje, infalible en sus clases e implacable en sus calificaciones.

Además, no hay que olvidar que Cornejo fue autor del anteproyecto del Libro de Familia del Código de 1984, y su gran obra *Derecho familiar peruano*, constituía en ese entonces, y constituye treintaicinco años después, fuente obligada de estudio.

Cornejo fue en esos tiempos un referente indispensable en la Facultad de Derecho y se retiró de la docencia pocos años después, en 1988, en plenitud personal e intelectual.

Pero, además, existieron otros profesores que constituían referentes obligados de nuestra Facultad en los años ochenta y, sin duda, también lo fueron antes y después de mi tiempo como alumno.

El primero de ellos, don Jorge Avendaño Valdez, Decano de la Facultad en cuatro períodos, tanto en los años sesenta como en los ochenta y noventa.

Avendaño, hermano mayor del profesor Juan Luis Avendaño Valdez —autoridad en Derecho Procesal Civil— y padre del profesor Francisco Avendaño Arana —experto en Derechos Reales—, era todo un personaje y tal vez

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

haya sido, al interior de nuestra Facultad, el profesor que marcó el rumbo de ésta de una manera más contundente.

No olvidemos que Avendaño fue *pro rector* de la universidad en los años sesenta y quien dirigió la reforma de la enseñanza, implantando el método activo como una alternativa importante para el dictado de cursos en Derecho, inspirado en la metodología de la Universidad de Wisconsin, donde asistió un importante grupo de profesores de nuestra Facultad.

Pero no creo que el grueso de sus alumnos lo recuerde fundamentalmente por estos temas, sino más bien por sus propias clases.

Avendaño era el profesor que llegaba al aula y la llenaba con su sola presencia. Con una voz muy marcada y con una mirada de pocos amigos, hacía que el salón se convirtiera en un foro de permanentes intervenciones, ya que los temas planteados por él con base en los materiales de enseñanza que debíamos leer, resultaban en extremo interesantes.

Es difícil que alguien luego de llevar el curso de Reales con Avendaño no terminara queriendo la materia y la carrera misma.

Treintaicinco años después uno puede juzgar lo vivido sin apasionamiento; y, sin duda, Jorge Avendaño marcó durante más de medio siglo no sólo a la Facultad, sino a todos quienes fuimos sus alumnos.

Pero hay otros profesores que también fueron referentes de primerísima línea en nuestra Facultad. Uno de ellos fue don Felipe Osterling Parodi, quien también dictó en Derecho por más de cincuenta años, habiendo empezado a enseñar, precisamente en 1964, el año en que yo nacía.

Osterling era un personaje muy conocido, habiendo sido el egresado de nuestra Facultad que en estos cien años ocupó más cargos públicos y de la mayor importancia, pues no sólo fue Decano a principios de los años setenta, sino Ministro de Justicia, en el restablecimiento democrático de 1980, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y Presidente del Senado de la República, justo en el momento del golpe de Estado de 1992.

Las clases de Felipe eran también memorables.

Tan personaje como Avendaño, Felipe —de voz muy gruesa— fue uno de los políticos más destacados de su tiempo, siendo el Senador más votado por su partido. Presidió la Comisión que elaboró el Código en el que estudiábamos (donde preparó el anteproyecto del libro de Obligaciones) y fue cabeza de uno de los principales estudios de abogados de Lima.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tenerlo en clase era apreciar una faceta diferente de alguien que todos los días aparecía en los periódicos, en la radio y en la televisión.

Gran profesor de Derecho de Obligaciones, con quien me correspondió el honor de escribir durante más de veintiún años y cuyos libros y enseñanzas han marcado la pauta de esta materia en nuestra Facultad y en todo el país.

Resulta imposible para mí hacer una mención desapasionada de Osterling, pues siempre lo consideré como mi padre en lo académico, pero tengan la seguridad de que no he exagerado ni una coma en lo que acabo de decir.

Y si de personajes se trata, no puedo dejar de mencionar al doctor Manuel de la Puente y Lavalle, quien, si estuviera aquí presente, sería el primero en molestarse conmigo por lo que voy a decir.

La importancia de De la Puente para nuestra Facultad y el Derecho en el Perú ha sido y es inmensa por varias razones.

No era un gran orador, pero sí un notable investigador y jurista, que participó de manera decisiva en la elaboración del Código Civil en lo que atañe a Fuentes de las Obligaciones y Contratos en General.

En 1983 publicó esa magnifica obra titulada *Estudios sobre el contrato privado*, en dos tomos, donde analizaba dogmáticamente todas las instituciones de la teoría general de los contratos, y cada vez que uno avanzaba con la lectura de estos libros podía constatar que todas esas doctrinas habían sido volcadas como normas en el Código que acababa de entrar en vigencia, pues De la Puente había estudiado hasta el último resquicio de esas materias, incorporando las doctrinas más sólidas de su tiempo.

El año pasado, con ocasión de la visita al Perú de unos profesores franceses y de unas conferencias donde se analizaba la reforma del Código de ese país en materia de contratos del año 2016, se podía constatar cómo aquella reforma no había recogido varios de los planteamientos más avanzados que sí incluyó el Código de 1984, precisamente por iniciativa de De la Puente.

Como he señalado en diversas ocasiones, la obra escrita por De la Puente y Lavalle, a la que se sumaron en los años noventa, los seis tomos de *El contrato en general*, hizo que la doctrina peruana se pusiera pantalones largos.

Además, no hay que olvidar la bonhomía, sinceridad y modestia absoluta del profesor De la Puente, quien esta noche preferiría estar sentado en la última fila del auditorio a encontrarse en el estrado; y quien en los años noventa rehusó un libro en su homenaje, a pesar de que éste ya estaba impreso. Recién se pudo editar otro libro en su honor tras su fallecimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Otro personaje inolvidable es, sin duda, don Fernando de Trazegnies Granda, decano de la Facultad durante doce años consecutivos.

De Trazegnies siempre ha tenido el signo de la innovación, de la versatilidad dentro del Derecho y es un apasionado de la investigación en diversos ámbitos, siendo un académico inconforme con los valores entendidos y precursor en muy variadas e importantes materias.

Dicho sea de paso, tal vez por ello, quien siempre me hace acordar a él —y viceversa— es el profesor Alfredo Bullard.

Sus cursos de Filosofía del Derecho y Derecho Comparado siempre estuvieron a la vanguardia del conocimiento, y su fina inteligencia transmitió inquietudes variadas en los alumnos que tuvieron a un profesor de empuje académico extraordinario.

La Universidad Católica y su Facultad de Derecho nunca olvidarán la creación de la Biblioteca «Para leer el Código Civil» y las obras que De Trazegnies escribió y publicó en nuestra casa de estudios, las mismas que van desde la inagotable y cambiante responsabilidad extracontractual, pasando por la rigurosa investigación histórica de *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, hasta el estudio de la inmigración china al Perú *En el país de las colinas de arena.*

No puedo dejar de recordar también a dos magníficos catedráticos y grandes señores de esta Facultad, quienes, gracias a Dios, siguen transmitiendo sus vastísimos conocimientos.

Me refiero a don César Fernández Arce, profesor de todos nosotros en Derecho de Sucesiones, honestísimo expresidente de la Corte Suprema en dos períodos muy distintos de la historia del Perú, además de miembro del Congreso Constituyente que elaboró la actual carta política, donde tuvo aportes decisivos.

Pero Fernández Arce es también un gran investigador, habiendo publicado una extraordinaria obra de Derecho de sucesiones en la que no sólo comenta el Código de 1984, sino también analiza sus defectos, propone soluciones y se detiene en los recodos más importantes de la jurisprudencia nacional.

Fernández Arce es el profesor que siempre está a disposición de los alumnos y que cada vez que es consultado tiene el consejo prudente y la palabra sabia de un juez por formación y por vocación, que nunca en su vida se alejó de esta línea de conducta.

Y, por supuesto, que no puedo dejar de referirme a don César Delgado Barreto, autoridad peruana en Derecho Internacional Privado, una de las materias más complejas del Derecho en su conjunto, cuyo dictado resulta bastante

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

difícil y todo un reto para el profesor, a efectos de que sus alumnos puedan asimilar esta forma peculiar de entender la aplicación formal del Derecho procesal y sustantivo en el mundo.

Además, Delgado Barreto es un hombre muy comprometido con el Perú y un convencido de que la buena política es tarea pendiente para las personas honestas.

Don César fue mi profesor, precisamente cuando ocupaba el cargo de Senador de la mayoría parlamentaria en 1988 y, a la vez, era Ministro de Justicia.

Recuerdo vivamente cómo sus clases se iniciaban con una especie de catarsis, cuando nos contaba lo que iba a hacer ese mismo día en el ministerio —con lo cual uno podía discrepar—, pero más allá de ello, se veía al hombre correcto empeñado por hacer que sus alumnos entendiésemos el Perú, además —naturalmente— de la materia que le correspondía enseñar.

Don César también ha formado escuela y la empezó desde su propia casa, habiendo transmitido su vena académica a sus magníficas hijas y excelentes profesoras, María del Carmen y María Antonieta Delgado Menéndez, y a su dilecto colaborador, el profesor César Candela Sánchez.

No cabe duda de que estoy omitiendo infinidad de nombres de gran importancia, pero en estos quince minutos sólo puedo hacer referencia de aquéllos con los que siempre me he sentido más cercano.

Creo que este recuento de mis tiempos como alumno, permite —además— apreciar a las personas con la perspectiva de la distancia.

No cabe duda de que mi recuento peca de parcial, pues sólo se refiere a una época de la Facultad y no a la integridad de sus cien años, pero constituye una muestra representativa del esfuerzo de sus docentes por dar lo mejor de sí hacia sus alumnos, en favor del desarrollo del Derecho, característica que ha constituido siempre sello indeleble de nuestra querida Facultad.

Aquí, lo más importante siempre han sido los estudiantes y los profesores, cuyos logros y presencia en el mundo jurídico y en la sociedad peruana han ido acrecentándose, a pesar de haber estudiado muchos años en casetas prefabricadas o en la vieja casona que perteneció a don José de la Riva Agüero y Osma, a veces olvidado benefactor por antonomasia de la Universidad Católica.

La modestia de sus primeros años, el esfuerzo del padre Jorge Dintilhac, primer rector de la universidad, el compromiso de la Congregación de los Sagrados Corazones de permitir que las primeras clases de la Universidad

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA ECHEVARRÍA

y de Derecho se impartieran en las antiguas aulas del Colegio de la Recoleta, muchas veces no se conocen.

La universidad, materialmente, no siempre fue así, pero el empeño, esfuerzo, dedicación y conocimiento de quienes la han integrado a lo largo de estos más de cien años determinaron que ella y nuestra Facultad se convirtieran, décadas después de su fundación, en las más importantes del Perú y que continúen siéndolo, a la par que faro incansable de conocimiento, investigación, debate y respetuosa tolerancia.

Ustedes, queridos egresados, son fruto, realidad y esperanza de este esfuerzo centenario.

Muchas gracias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Segunda parte

Análisis del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO PRELIMINAR

DEROGACIÓN DE LA LEY

Artículo I.- La ley se deroga sólo por otra ley.

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

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

Resulta claro que las normas legales no tienen vocación de perpetuidad. No obstante, ellas mantendrán su vigencia en tanto y en cuanto no sean derogadas. De ahí que resulta muy importante que el Código Civil establezca, como en efecto lo hace en el artículo I del Título Preliminar, cuál es el procedimiento que determina que una ley deje de tener vigencia, vale decir que ella sea derogada.

Así, el citado artículo comienza señalando que la ley se deroga sólo por otra ley.

La norma se refiere a las leyes en el sentido amplio de normas jurídicas. Así, la norma de superior jerarquía, que es la Constitución, sólo podrá ser derogada o modificada, en lo que se desee derogar o modificar, por leyes de reforma constitucional, las mismas que deberán seguir para su aprobación el procedimiento establecido por el artículo 108 de la Constitución Política de 1993, vale decir se requiere de su aprobación en dos legislaturas ordinarias.

Las leyes del Congreso constituyen el segundo orden jerárquico dentro de nuestro ordenamiento jurídico y ellas, naturalmente, podrán ser derogadas por otras leyes del propio Congreso o por normas legales de similar jerarquía, como es el caso de los decretos legislativos, los mismos que son emitidos por el Poder Ejecutivo, previa delegación de facultades específicas del Congreso, con base en lo establecido por el artículo 104 de la Constitución, norma que establece lo siguiente:

> **Artículo 104.-** El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

También será el caso de los decretos (supremos) de urgencia que, como establece el artículo 125 de la Constitución, son aquellos con rango de ley que promulga el Poder Ejecutivo en caso se haya producido la disolución del Congreso de la República, tal como ocurrió —de manera anticonstitucional, por cierto— el 30 de septiembre de 2019, período que se extendió hasta la instalación del nuevo Congreso, con fecha 14 de enero de 2020.

El principio general contenido en el primer párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, que refiere que «La ley se deroga sólo por otra ley», refleja la importancia de la estabilidad y coherencia en el ordenamiento jurídico peruano, así como el respeto al principio de legalidad y al Estado de derecho.

Este principio también ha sido recogido por los Códigos Civiles que precedieron al de 1984, nos estamos refiriendo a los Códigos Civiles de 1852 y de 1936. Sin embargo, la redacción del principio, al menos en el Código Civil de 1852, no era idéntica a la actual.

El legislador de esa época prefirió referirse a la costumbre en el artículo VI, precisando que «Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso». La costumbre, entendida como la repetición constante y generalizada de ciertas prácticas en una comunidad, y el desuso, que implica la falta de aplicación o cumplimiento de una norma durante un período prolongado, no son razones suficientes para derogar una ley. Aunque estas situaciones pueden influir en la interpretación y aplicación de las leyes no tienen el poder de invalidarlas por sí solas.

Por su parte, el legislador de 1936 incorporó en el artículo I del Código Civil, el principio con el siguiente tenor: «Ninguna ley se deroga sino por otra ley». Esto significaba que para eliminar o modificar una norma jurídica existente era necesario que otra norma de igual o superior jerarquía lo estableciera de manera expresa. El principio subrayaba la necesidad de adherirse a un proceso legal formal para efectuar modificaciones en el sistema jurídico.

La aplicación de este principio tiene varias implicancias importantes, tales como:

- **Seguridad jurídica**: porque garantiza estabilidad y previsibilidad en el ordenamiento jurídico, ya que establece un proceso claro y formal para modificar las leyes.
- **Respeto al principio de legalidad**: porque refuerza la idea de que el ejercicio del poder debe estar sujeto a la ley y no puede ser arbitrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ninguna autoridad puede invalidar una ley por su propia voluntad; se requiere de un proceso legal establecido.

- **Separación de poderes**: porque limita el poder de los órganos ejecutivos y judiciales para modificar la legislación existente. Esto promueve el equilibrio entre los poderes del Estado y evita posibles abusos de poder.
- **Proceso legislativo**: porque destaca la importancia del proceso legislativo como la principal forma de crear y modificar leyes. Esto fortalece el papel del Poder Legislativo en la toma de decisiones políticas y normativas.[1]

Dentro de tal orden de ideas, la derogación de una ley puede producirse de diferentes maneras. Una de ellas es la *declaración expresa* (contenida en el primer párrafo del artículo I del Título Preliminar) que requiere que la nueva norma legal señale (lo que generalmente ocurre en las disposiciones modificatorias o derogatorias de las normas legales) que se está modificando o derogando tal o cual artículo o artículos de determinadas leyes.

En otros términos, este mecanismo derogatorio opera cuando otra norma de igual o superior jerarquía establece expresamente la derogación de otra norma. Una ley no puede ser dejada sin efecto por una simple disposición o decisión administrativa, dado que la consecuencia jurídica es «privar a la norma derogada de toda validez».[2]

Otra de las maneras de lograr la derogatoria de una ley es la *derogación implícita o tácita*, prevista en el segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar, que se presenta cuando dos normas se revelan incompatibles o cuando la materia de una norma ha sido regulada íntegramente por otra promulgada en forma posterior. Estos supuestos son conocidos como antinomias.[3]

En estos casos, se estará a la interpretación, sobre todo cuando el tema no resulte claro. Esta forma de derogar implicará un riesgoso análisis de la normativa por parte de los intérpretes y operadores jurídicos. Consideramos que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Cfr. Chávez Hernández, Efrén. *El Derecho parlamentario estatal mexicano. Análisis y propuesta de reforma*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2016, p. 209.

2 Brunet, Pierre. «Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. L'architecture du droit». De Béchillon, Denys ; Pierre Brunet, V. Champeil-Desplats y E. Millard (coords.). *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. Études*. París: Económica, 2006, pp. 207-221.

3 Bobbio, Norberto. «Des critères pour résoudre les antinomies». En *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., coll. «La pensée juridique moderne», 1998, p. 89 y ss.

no es una forma óptima de derogar normas, puesto que generalmente ocasiona problemas de orden interpretativo.

Este caso se presentaría, por ejemplo, cuando se promulgue un nuevo Código Procesal Civil. Es obvio que en esta ley se derogaría expresamente el Código anterior, pero si no se hiciera esto, resultaría de evidencia que el Código precedente estaría derogado en la medida en que las materias que contiene el nuevo son fundamentalmente las mismas que las del cuerpo legal precedente. Nótese cómo aquí no será necesario efectuar un análisis pormenorizado de cada artículo y su referente anterior. De eso no se trata, pues si ello se hiciera, podría haber materias no abordadas en el nuevo Código y no por esto se podría decir que tales artículos seguirán en vigencia. Estamos frente a un *análisis in totum*, es decir, global. Este Código, en síntesis, trata sobre los procesos civiles y, por tanto, no podría seguir en vigencia, a la par, disposición alguna del Código anterior, a menos, naturalmente, que eso se hubiese dispuesto expresamente en el nuevo cuerpo normativo.

La derogación por incompatibilidad es un poco más compleja, pues no toda incoherencia normativa da lugar a una derogación.[4] Para que se presente este supuesto es necesario que la autoridad emisora de normas haya generado (a través de dos actos de promulgación) una incoherencia normativa. Ésta se produce cuando la ordenación de las normas conflictivas (es decir, dar preferencia a unas sobre otras), realizada por el intérprete u operador del Derecho, se realiza aplicando el criterio de *lex posterior*.[5]

Un claro ejemplo de lo afirmado es la sentencia casatoria (Casación n.° 393-98-Ica) que considera derogado el artículo 158 literal e) de la Ley del Notariado, Ley n.° 26002 del 7 de diciembre de 1992, por el artículo 781 del Código Procesal Civil, que regulaba un nuevo proceso de adopción de mayores de edad que implicaba una contradicción con la citada Ley del Notariado. El tribunal consideró que la ley posterior había derogado la anterior.

La doctrina jurisprudencial ha planteado tres condiciones esenciales vinculadas a la incompatibilidad[6] entre una nueva norma y una preexistente: (a) que aborden la misma materia; (b) que estén dirigidas al mismo grupo de destinatarios; y, (c) que exista una contradicción e incompatibilidad entre sus

4 Aguiló Regla, Josep. «La derogación en pocas palabras». En *Anuario de Filosofía del Derecho XI*, 1994, p. 412.

5 Aguiló Regla, Josep. «Derogación, rechazo y sistema jurídico». En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1992, n.° 11, p. 279.

6 Sobre el tema, véase también García Murillo, José Guillermo. «Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones». En *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, 2007, n.° 5, pp. 1-12.

objetivos. Estos criterios fueron establecidos por varias sentencias del Tribunal Supremo en los años noventa y luego ratificados por el Tribunal Constitucional.

Este último ha afirmado que no se puede dar una derogación tácita de una ley mediante otra ley posterior cuando las materias tratadas son diferentes y las perspectivas de regulación son distintas. En otras palabras, resulta «lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra, para lo cual debe llevarse a cabo una labor interpretativa que exige una actividad hermenéutica, más o menos compleja, de esclarecimiento del significado del antiguo y del nuevo texto legal».[7] De manera similar, la doctrina ha propuesto definir la contradicción en términos del cumplimiento de la norma: dos leyes son contradictorias cuando el cumplimiento de una de ellas, por razones lógicas, excluye el cumplimiento de la otra.

Siempre en el contexto del Derecho español, de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de mayo de 2016, se debe abordar cualquier dificultad o problema en este ámbito analizando la finalidad o intención legislativa, los principios subyacentes, el eventual conflicto entre las disposiciones en cuestión y el alcance material regulatorio de la ley posterior, ya sea total o parcial, para determinar si se pretendía o no eliminar el sistema anterior o si es posible la coexistencia de las normas en conflicto sin que se excluyan mutuamente.

Sin embargo, en situaciones de conflicto respecto a la derogación de una norma, el Tribunal Supremo español ha enfatizado el criterio de interpretación basado en el contexto normativo al que pertenece (el sistema legal en su conjunto), en lugar de considerar los antecedentes históricos o legislativos. Además, conforme anota Gimeno Fernández,[8] se ha observado que, en caso de duda sobre la existencia de contradicción normativa, se debe aplicar el principio *pro libertatis*, es decir, se debe favorecer aquella interpretación que sea más favorable a la libertad de mercado.

Sin duda alguna, el poder determinar si se cumplen estos requisitos no resulta una tarea sencilla, debe llevarse a cabo analizando cada precepto individualmente y considerando múltiples factores y principios interpretativos simultáneamente. Además, este proceso no está exento de dificultades, ya que es posible que en el intento de conciliar los nuevos preceptos con los anteriores se modifique el sentido más evidente y común de la nueva norma, así como la intención pretendida en última instancia por el legislador.

7 Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Andalucía de 5 de febrero de 2010 (recurso n.° 551/2007, ECLI ES:TSJAND:2010:1700).

8 Gimeno Fernández, Claudia. «Las disposiciones derogatorias indeterminadas en el ordenamiento jurídico español». En *Indret*, 2021, n.° 1, p. 349.

De otro lado, el tercer párrafo del artículo I del Título Preliminar se ocupa de los efectos de la derogación normativa. En dicho artículo se establece que la norma derogada no recobra vigencia. Este es un principio lógico en la medida en que debe entenderse que las leyes que hubieren quedado derogadas, derogadas están y la única forma de que pudieran volver a tener vigencia es si otra norma legal, expresamente, así lo estableciera, pero nótese que en este caso la vigencia la tendría el contenido de esa ley, pero por la fuerza de la ley que la volvió a poner en vigencia, no por fuerza propia.

En cuanto a los códigos, nos podemos situar en casos bastante claros. Por ejemplo, si el Código Civil de 1984 derogó al de 1936; resultando obvio que el Código de 1852 (derogado por el de 1936) no recobró vigencia. En este caso, es evidente, pues se trataría de un nuevo Código, por lo que no podrían tener vigencia simultánea tanto el Código de 1984 como el de 1852.

Pero el problema se plantearía si el Código de 1936 hubiese sido derogado por una ley que se hubiere limitado a derogarlo, pero ella no contuviese un nuevo Código Civil. En casos como éste, podría haber la sensación de que materias tan importantes como las reguladas por el Código Civil de 1936 habrían quedado —con la derogatoria— sin regulación alguna; por tanto, ya que está derogado el Código Civil de 1936 se podría entender como que habría cobrado vigencia el Código Civil de 1852; sin embargo, ello no es así en la medida en que las leyes que derogó aquella ley que ahora se deroga no readquieren vigencia. En buena cuenta, la materia civil habría pasado a dejar de tener regulación positiva y ella pasaría a regularse por la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, también fuentes del Derecho, en este caso, ante la ausencia de una ley de la materia.

Nuestra Constitución Política de 1993 recoge también, en el tercer párrafo de su artículo 103, el principio bajo comentario cuando establece que «La ley se deroga sólo por otra ley». Seguidamente, afirma que «También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad». Esta última premisa plantea algunos cuestionamientos. El primero de ellos, si la derogación y la declaración de inconstitucionalidad serían acciones equivalentes, y si, por el contrario, estamos frente a supuestos con independencia conceptual.

En una sentencia del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires (Argentina) emitida el 4 de junio de 1999, los jueces afirmaron que «la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma». Pero, justamente, al ser la «pérdida de vigencia» un efecto de la derogación, y de la declaración de inconstitucionalidad, ambas acciones serían equivalentes, por lo que no tendría sentido llevar a cabo la segunda acción una vez que la primera ya ha ocurrido, pues sería como derogar una norma que ya ha sido derogada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, la doctrina[9] entiende que hay independencia conceptual entre la inconstitucionalidad de la norma y su derogación, por lo que sería posible declarar la inconstitucionalidad de normas derogadas. Uno de estos casos podría presentarse cuando el Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma derogada, impugnada mediante un recurso de inconstitucionalidad.

Pero esta independencia conceptual, ¿evitaría que se pueda afirmar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma trae consigo la derogación de la misma? Una vez que una norma es declarada inconstitucional por un Tribunal Constitucional se espera que sea derogada. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma puede ser de aplicación diferida para evitar crear una laguna de derecho. Como bien señala Montoya Chávez,[10] la no expulsión inmediata de la norma del sistema constitucional implica una sugerencia al Parlamento para que, en un plazo adecuado, promulgue una ley sustitutiva que se ajuste a los principios constitucionales.

El Tribunal concede al legislador un tiempo breve y razonable para emitir nuevas leyes que reemplacen a las consideradas inconstitucionales. Una vez que este plazo haya transcurrido, la declaración tendrá plenos efectos; sin embargo, la presencia de un plazo no significa que se deba esperar hasta su finalización, sino que el legislador, en virtud de sus competencias constitucionales, puede aprobar la regulación correspondiente incluso durante los primeros meses de ese período.

Volviendo al estudio de la normativa civil, debemos señalar que, en nuestro país, el Título Preliminar ha sido objeto de diversas iniciativas de modificación. Particularmente, desde 2005 se han presentado distintos anteproyectos que buscan su reforma y actualización, proponiéndose incluso una nueva sistemática para dicho libro del Código Civil.

El Anteproyecto de Reforma de 2005 planteaba desplazar el artículo I al artículo III; adicionalmente a ello, incorporaba un nuevo párrafo, tal como se muestra en el cuadro:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9 Delgado Echevarría, Jesús. «Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad». En *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2003, n.° 17, p. 201.

10 Montoya Chávez, Víctorhugo; Carlos Quispe Astoquilca y Evelyn Chilo Gutiérrez. *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2015, p. 319.

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma de 2005
Artículo I.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.	**Artículo III.- Vigencia en el tiempo de las normas legales** 1. La norma legal se deroga o modifica sólo por otra norma legal del mismo rango o de rango superior. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad. 2. La derogación o modificación se producen por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva norma legal y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. 3. Por la derogación de una norma legal no recobran vigencia las que ella hubiere derogado o modificado.

Como se puede observar, el artículo III del Título Preliminar contenido en el Anteproyecto del 2019 correspondía al artículo I del Título Preliminar del Código Civil vigente. La estructura general era la misma, pero, según afirmaba la Comisión en su Exposición de Motivos, se realizaron modificaciones tendentes a dar mayor precisión al lenguaje normativo.[11]

De esta manera, la Comisión consideraba *necesario* y *urgente* modificar el término «ley» por el de «norma legal» para evitar confusiones que, en la práctica, no se presentan, ya que la palabra «ley» era y es actualmente tomada en su acepción amplia, abarcando toda norma legal.

Pero este detalle no es el único digno de comentario, sino también el que con este proyectado artículo se establece que una norma queda sin efecto por «una sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad».

Sobre la primera parte, es evidente que una sentencia del Tribunal Constitucional puede dejar sin efecto una norma; sin embargo, entendemos que por control difuso una sentencia de los tribunales ordinarios puede dejar de aplicar una norma legal por considerarla inconstitucional; pero resulta claro que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

11 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Con la participación de Verónica Rosas Berastain, Palestra, 2005, Lima, p.32

no por ello tal norma legal quedaría sin efecto. Entonces, ¿a qué se refería la Comisión cuando aludía a una sentencia que declara la ilegalidad de una norma?

Nos extraña que la Comisión, cuya línea tenía como uno de sus principios el purismo formal, no haya especificado algo en la redacción del artículo. Un lector podría interpretar, válidamente, que este artículo está equiparando los efectos del control difuso a los del control concentrado, de modo que en ambos casos la norma se estaría derogando.

Esta confusión sólo era salvada en la Exposición de Motivos, donde se comentaba que las sentencias a que se alude se refieren a la acción de inconstitucionalidad y a la acción popular, así que la manera de evitar confusiones sería recurriendo a la interpretación auténtica, lo cual no suele ser común en la práctica y probablemente lo será menos por encontrarse en el grupo de los «otros tipos de argumentación jurídica».

Antes de concluir nuestros cometarios sobre el artículo I del Título Preliminar, debemos señalar que todo lo expresado sobre la derogación de las leyes en sentido estricto o formal también se aplica con relación a normas legales de inferior jerarquía.

Por lo demás (siempre respetando las funciones de cada órgano normativo), es claro que norma legal posterior deroga la ley anterior; que la norma legal específica complementa la norma general; y que la norma legal de superior jerarquía y de fecha posterior deroga la norma legal anterior, siempre dentro de los supuestos regulados por el artículo I del Título Preliminar, que hemos comentado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ejercicio abusivo del derecho

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

El texto original del precepto en el Código de 1984 era el siguiente:

Artículo II.- *La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda.*

Esta norma fue modificada por el artículo 5 del Decreto Ley n.º 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992, cuyo texto era el siguiente:

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

Finalmente, el precepto fue modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993; la misma que recoge las modificaciones hechas por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo n.º 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y la del artículo 5 del Decreto Ley n.º 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992, cuyo texto es el consignado al principio de este acápite.

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil proscribe el abuso del derecho, norma que se encuentra en estricta concordancia con el artículo 103 de la Constitución de 1993, cuyo último párrafo señala:

> **Artículo 103.-** [...] La constitución no ampara el abuso del derecho.

Para Fernández Sessarego, el sentido de esta norma no es «el de prohibir el "abuso" de un derecho subjetivo, considerado en sí mismo, sino impedir constitucionalmente el 'ejercicio o la omisión abusivos' del derecho subjetivo. [...] [S]e prohíbe que en su *ejercicio* se afecte el interés de un tercero».[12]

12 Fernández Sessarego, Carlos. «Abuso del derecho». En Gutiérrez, Walter (dir.). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo.* Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo II, p. 171.

ESTUDIO ALEX CASTILLO FREYRE

El abuso del derecho se produce en aquellas situaciones en que la protección otorgada por las reglas al uso o disfrute de algún derecho o capacidad excede su propia competencia, lo que se pone de manifiesto cuando analizamos la relevancia y ejemplaridad de los efectos producidos. Se trata, pues, de un abuso de permisividad en el ámbito de aplicación de un supuesto derecho, que deriva en un conflicto de los principios en liza.[13]

En cuanto a sus características, podemos afirmar que resulta aplicable ante el ejercicio u omisión de los derechos subjetivos por las personas de derecho privado —no de las atribuciones de las de derecho público, pues si no se trataría de abuso de poder o autoridad—, siempre que no esté prohibida por la legislación positiva y, sin embargo, agravie los principios del Derecho, pues se transgrede una norma de convivencia social al perjudicar el interés de un tercero. En la medida en que entendamos el «derecho» como «facultad», podremos verificar si el ejercicio de un derecho subjetivo o potestativo ha ido más allá de los límites previstos para su función social y si ha causado daño a otros.[14]

Aunque autores como Díez-Picazo[15] han señalado que el daño no es un factor esencial de la idea de abuso, sino sólo un presupuesto del efecto indemnizatorio. Sin daño efectivo, continúa el autor, «el acto puede ser abusivo y determinar la producción de otro tipo de consecuencias jurídicas». Estas consecuencias jurídicas son las previstas en el artículo II, al tratarse de actos que traspasan los límites del derecho, la ley «no los ampara». En este punto, si se generan daños como consecuencia del ejercicio abusivo, el perjudicado dispone de una acción dirigida a obtener el resarcimiento. A estas consecuencias jurídicas se suma, en opinión de Díez-Picazo,[16] el derecho del perjudicado a accionar para lograr «la terminación de la situación abusiva o vejatoria».

Así, el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho se presenta únicamente en el caso en que se produzca una injusta o indebida agresión en contra de un tercero, que si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor frente a tal agresión, carece, sin embargo, de una expresa norma del Derecho positivo que le permita fundamentar su posición.

En este caso, la persona afectada debe recurrir al principio que indica que la ley no ampara el abuso del derecho cuando se afecta antisocialmente

13 *Idem*.

14 García Mekis, Benjamín. «La teoría del abuso del derecho: *status quaestionis*». En *Actualidad Jurídica*, 2016, n.° 35, p. 276.

15 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones». En *Ius Et Veritas*, 1992, vol. 3, n.° 5, p. 7.

16 *Ibid*, p. 8.

un legítimo interés que no se encuentra protegido por norma expresa del Derecho positivo.[17]

Por otra parte, se ha señalado también que, para evitar los riesgos del intervencionismo judicial excesivo, la teoría del abuso del derecho solamente resulta invocable cuando «el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta; que por ser imposible precisar uno a uno debe necesariamente recurrirse a ideas normativas o conceptos genéricos: como la buena fe "y la costumbre"».[18]

Nos encontramos, pues, ante un principio general del Derecho admitido, con autonomía, en el Derecho contemporáneo y de común aplicación jurisprudencial.[19] Como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos: uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo y ahí sí cabría su estudio dentro de la teoría general del derecho. En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de responsabilidad civil —cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo— o bien a las reglas de la ineficacia —cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva—.[20]

En esta línea, un caso que ejemplifica el análisis de los tribunales relativo a la existencia o no de abuso del derecho, se observa en las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional. En efecto, en la sentencia de 15 de octubre de 2002 (Expediente n.º 410-2002-AA/TC) se discute la aplicación del derecho de compensación, descartándose su ejercicio abusivo por parte de la emplazada, al hacer uso de la garantía personal convenida y no de la garantía real. Los magistrados señalaron que «el ejercicio abusivo de un derecho es aquél que rebasa los mínimos criterios de razonabilidad exigibles dadas las concretas circunstancias», que este caso no presentaba, pues el avalista tiene la condición de deudor solidario y por lo tanto, «crea inmediatamente la potestad en el acreedor de dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores, sea éste avalista o avalado, sin que exista motivo alguno por el que esta verdad jurídico-civil pueda ser atacada desde una perspectiva constitucional».

El Tribunal Constitucional desestimó la demanda, dado que el inciso 11 del artículo 132 de la Ley n.º 26702, «prevé la posibilidad de que las empresas bancarias acreedoras compensen sus acreencias con los activos (léase

17 Fernández Sessarego, Carlos. «Abuso del derecho». *Op. cit.*, p. 172.

18 García Mekis, Benjamín. «La teoría del abuso del derecho: *status quaestionis*». *Op. cit.*, p. 277.

19 Fernández Sessarego, Carlos. «Abuso del derecho». *Op. cit.*, p. 172.

20 Espinoza Espinoza, Juan. «Ejercicio abusivo del derecho». En Gutiérrez, Walter (dir.). *Código Civil. comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, p. 24.

cuenta de ahorros) del deudor que mantenga en su poder; claro está, siempre que la deuda se encuentre vencida y, en el caso de pagarés, siempre que se encuentren debidamente protestados, como ocurre en el caso de autos». Ante una situación de abuso de derecho, los tribunales pueden intervenir para aplicar procedimientos de integración jurídica, limitando el derecho del particular.

En otra sentencia, esta vez del año 2007, el Tribunal Constitucional definió al abuso del derecho como la desnaturalización de las «finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas». Asimismo, ha indicado que «los derechos no pueden usarse de forma ilegítima [...], sino de manera compatible con los valores del propio ordenamiento» (Expediente n.° 00296-2007-PA/TC, fundamento 12).

Mucho más reciente aún es la Sentencia plenaria n.° 955/2020 en donde se cuestiona el uso del hábeas data para «crear casos de los que obtener honorarios». Los magistrados, por mayoría, señalaron que se trata de un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la información pública, lo que, además, genera sobrecarga procesal y pérdida de recursos públicos.

El tema relacionado con el derecho de acceso a la información pública ha ocupado la atención del Tribunal Constitucional, pues estamos frente a un derecho consagrado por la Constitución y amparado por una serie de normas especiales. De hecho, en un pronunciamiento recaído en la Sentencia n.° 083-2022 (Expediente n.° 03951-2021-PHD/TC), el tribunal conoció en recurso de agravio constitucional una denegatoria de solicitud de acceso a la información pública. En esta sentencia, el tribunal sostiene, a través de su fundamento 14, que: «Así las cosas, si dadas las características de un caso concreto, es posible determinar que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a pesar de ajustarse a la tipicidad del artículo 2 inciso 5 de la Constitución, no se ha llevado a cabo con el objetivo de contribuir a la transparencia informativa y a la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática, sino, por el contrario, con el írrito propósito de generar un beneficio indebido y/o causar un daño, entonces, lejos de ser considerado como un actuar jurídicamente válido por resultar acorde con los valores constitucionales, será, con todo motivo, considerado un abuso del derecho y, en esa medida, catalogado como una conducta constitucionalmente prohibida y sancionable».

Así las cosas, es necesario señalar que no todos los derechos son susceptibles de ser ejercitados con abuso. Existen, pues, derechos que tienen un círculo de realización más limitado, toda vez que son de la persona en sí misma, dado que son derechos de uso pleno y excluyente. Por tanto, no es posible que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FEVRE

con su ejercicio se haga daño a los demás, actual o potencialmente. Dentro de este grupo encontramos el derecho al nombre, a la imagen, a la intimidad, a las convicciones propias, etc.[21]

Finalmente, y a modo de crítica, consideramos necesario precisar que el texto del artículo II vigente constituye una norma modificada por el Código Procesal Civil de 1993. El texto original era muy simple y decía que: «la ley no ampara el abuso del derecho».

El Código Procesal Civil de 1993 reemplazó el texto por: «la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de los derechos», lo que en el fondo dice exactamente lo mismo que prescribía el artículo de 1984. Adicionalmente, se agregó lo relativo a la posibilidad de solicitar medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Dado que el artículo II del Título Preliminar ha venido y viene siendo objeto de propuestas de modificación con los diferentes proyectos de reforma del Código Civil, consideramos importante comentar dichas propuestas.

¿Iguales o diferentes? Análisis de la propuesta de reforma del Anteproyecto de Código Civil de 2005[22]

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	Artículo VII.- Abuso del derecho 1. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. 2. La pretensión prescribe a los dos años de la ocurrencia del abuso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

21 Rubio Correa, Marcial. «El Título Preliminar del Código Civil». Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, capítulo 2, p. 40.

22 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 39.

Al leer la Exposición de Motivos nos encontramos con la sorpresa de que allí se señala que el artículo VII que se proponía era transcripción del artículo II del Título Preliminar vigente, manifestando —de modo categórico— que no se ha introducido cambio alguno en él.

Lo afirmado en la Exposición de Motivos resultaba incoherente, habida cuenta de que, como se observa con facilidad al contrastar ambos textos, en el artículo VII se proponía introducir un inciso en el que se establecía un plazo prescriptorio para los supuestos de abuso del derecho.

En primer lugar, podríamos preguntarnos por qué se colocaba dicho plazo en ese artículo. ¿Ése era el lugar adecuado? ¿Por qué no se ha respetado el lugar de los plazos prescriptorios generales, que es el artículo 2001? ¿Por qué se pretería una adecuada sistemática? No lo terminamos de entender. La única explicación que se nos venía a la mente es que se pretendiera eliminar el Libro dedicado a Prescripción y caducidad. Después de todo, la eliminación de ese Libro era desde hace mucho uno de los objetivos de las comisiones de reforma, objetivo que, por supuesto, consideramos inapropiado, pues estamos convencidos de la utilidad práctica del mismo.

Y además de no respetarse el lugar de los plazos prescriptorios, la Comisión obviaba cualquier explicación sobre el porqué de los dos años. No obstante, intentando comprender el porqué de esta propuesta de la Comisión, considerábamos necesario realizar una lectura sistemática y concordada de los artículos 924 y 2001 del Código Civil vigente. Si bien el artículo 924 no menciona específicamente la acción (pretensión) por abuso del derecho, sí señala que además de las medidas tendentes a la restitución al estado anterior y otras que correspondan para proteger a la víctima del ejercicio abusivo, esta última puede también exigir una indemnización por los daños sufridos. Entonces si nos remitimos al artículo 2001, podremos observar que el plazo prescriptorio establecido para la acción (pretensión) indemnizatoria es de dos años.

De la lectura conjunta de ambas disposiciones legales podría colegirse que la acción (pretensión) indemnizatoria derivada del ejercicio abusivo de un derecho se encontraría sujeta al plazo prescriptorio bienal previsto para las indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual. Esta interpretación sistemática es quizás la que adoptó el Anteproyecto de Reforma del Código civil de 2005.

No obstante, ocurre que los plazos prescriptorios no pueden interpretarse ni por extensión ni por analogía, razón por la cual el plazo para demandar una indemnización por responsabilidad extracontractual, no necesariamente va a coincidir con el relativo al de una pretensión por abuso de derecho; ello, habida cuenta de que el abuso del derecho también puede producirse en el marco de una

GACETA JURÍDICA CASTILLO FREYRE

relación contractual. Por lo demás, dentro de las tesis que hemos hecho nuestras en materia de prescripción, es claro que si no existe un plazo prescriptorio establecido expresamente por ley, regirá el plazo de diez años, correspondiente a la acción (pretensión) personal (artículo 2001, inciso 1 del Código Civil).

De otro lado, siempre con un espíritu comparativo, es importante señalar que el texto del anteproyecto publicado en marzo del año 2005, que hemos comentado, difería en mucho de la entrega realizada por la Comisión en abril de 2006, en donde se podía apreciar que ya no se sugería una modificación total del Título Preliminar.

En efecto, las modificaciones que se formularon en dicho Anteproyecto de 2006 se restringieron a una sola de las normas vigentes, aunque, en sí mismas, fueron cuatro las propuestas. La Comisión planteó que en lugar del artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que se ocupa del abuso del derecho, se regulara cuatro temas vinculados, pero, en disposiciones legales distintas: la buena fe (artículo II), el abuso del derecho (artículo II-A), los actos propios (artículo II-B) y el fraude a la ley (artículo II-C).

Resulta necesario —en nuestra opinión y dado que el anteproyecto planteaba, como acabamos de indicar, un Título Preliminar totalmente nuevo—, resaltar primero aquello que no se proponía modificar con relación al Código Civil de 1984.

De este modo, debemos señalar que se mantenían todos los artículos, a excepción del II. Esto significaba, entre otras cosas, que la doctrina sigue siendo fuente del Derecho, y que ya no se proponía la derogación de los artículos VII, VIII *y* X, como antes pretendía la Comisión.

Código Civil de 1984	Proyecto de reformas urgentes del 2006
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	**Artículo II-A**.- Abuso del derecho 1. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. 2. La pretensión prescribe a los dos años.

A diferencia de lo que ocurrió en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en la cual se señalaba, a pesar de la introducción del plazo prescriptorio,

que el artículo no era más que una transcripción del artículo II del Título Preliminar vigente, manifestando —además y de modo categórico— que no se había introducido cambio alguno en él, vemos que esta vez la Comisión sí se ha percatado del cambio que ella misma introdujo.

Podemos observar, claramente, que el texto propuesto relacionado al abuso del derecho reproduce íntegramente y de forma, casi idéntica, el texto del artículo VII del Anteproyecto de 2005. La única diferencia que observamos es la exclusión de la frase «de la ocurrencia del abuso», quedando el inciso 2 únicamente con el texto: «la pretensión prescribe a los dos años».

Respecto del plazo prescriptorio, la Comisión de 2006 a diferencia de la anterior, se dio la tarea de explicar, al menos en línea y media, el porqué de ese cambio, argumentando que el mismo tenía la finalidad de brindar seguridad jurídica y evitar incertidumbres respecto del plazo para interponer la acción pertinente. Ese argumento, sin embargo, no termina de explicar por qué se colocó el plazo de dos años en ese artículo sin considerar, además, que no respeta el lugar de los plazos prescriptorios.

Más adelante, en 2019 encontramos otro anteproyecto de Reforma del Código Civil, con una propuesta sobre el abuso del derecho recogida en el artículo II-A, el mismo que subdividía, en dos incisos, los temas abordados por el actual artículo II.

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil del 2019
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	**Artículo II-A**.- Abuso del derecho 1. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de derechos. 2. Frente a la amenaza o materialización de un acto abusivo, el afectado podrá reclamar la indemnización del daño ocasionado, la inhibición, o cese de la conducta, la remoción o la invalidez del acto. Es posible ejercer simultáneamente los remedios previstos en este numeral, según corresponda.

El texto concerniente al abuso del derecho, según la propuesta, estaría contenido en el artículo II-A, como se observa en el cuadro anterior.

> Como podemos observar, en el primer inciso propuesto se establece que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de derechos;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y, en el segundo se precisa los derechos indemnizatorios, de inhibición, cese o remoción de la conducta, además de la nulidad o ineficacia del acto.

En verdad, con la ya ampliada redacción del actual artículo II, creemos que resultaba suficiente, pero así no lo consideró el grupo de trabajo, pues estimó necesario puntualizar una serie de derechos que corresponden al afectado, quien gozaría de ellos, no sólo por el inciso 2 del propuesto artículo II-A, sino por la normativa general, tanto civil (donde se regula la indemnización, la nulidad y la ineficacia) como procesal (donde se regula las pretensiones relativas al cese o remoción de la conducta ilícita).

Por último, es evidente también en el último extremo propuesto del inciso 2 del artículo II-A, que los remedios ahí señalados pueden ejercerse de manera simultánea. No había necesidad de decirlo.[23]

La buena fe

Analizaremos ahora el rol de la buena fe y su vinculación con el abuso del derecho, pues como hemos señalado en los párrafos anteriores, las propuestas de modificación del vigente artículo II del Título Preliminar abordaron, entre otros aspectos, este principio. Comenzaremos comentando la propuesta del Anteproyecto de Reforma de 2005. Veamos.

El principio de buena fe está consagrado en el artículo 1362 del Código Civil, el cual establece: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Aunque este principio se menciona en el contexto de los contratos, la doctrina y jurisprudencia lo han extendido como un principio general del Derecho que debe observarse en toda relación jurídica obligatoria.

Actuar de buena fe implica observar una conducta leal, honesta y fiel a los fines que inspiraron el vínculo obligacional respectivo. Por el contrario, el ejercicio abusivo de un derecho contraviene abiertamente dicho principio. Al ejercer abusivamente un derecho, la persona se aparta de la finalidad para la cual ese derecho fue conferido y actúa desleal o desviadamente, quebrantando

23 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones Académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano,* Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2020, pp. 40-41.

la buena fe que debe imperar. Por lo tanto, podemos considerar que el ejercicio abusivo de cualquier derecho subjetivo constituye una clara vulneración al principio de buena fe al desvirtuar la conducta honesta y leal que debe observarse en todas las relaciones jurídicas entre particulares.

No obstante, para la doctrina las diferencias entre abuso del derecho y ejercicio contrario a la buena fe no son claras. Al respecto, Miquel[24] comenta que la distinción se basa en la «idea de que la doctrina del abuso del derecho ha nacido vinculada a problemas de responsabilidad extracontractual mientras que la buena fe objetiva aparece con un relieve especial [...] para integrar el contenido contractual [...]»; sin embargo, el propio autor señala que esta caracterización es restrictiva, pues en la práctica se presentan problemas de abuso de derecho que no necesariamente se resuelven bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual. La propia jurisprudencia española tampoco ha logrado delimitar con claridad ambos conceptos, tales son los casos de las STS de 13 de junio de 1987, de 26 de noviembre de 1987 y de 17 de junio de 1988 en donde se usaron ambas ideas para fundamentar los casos.

Para Miquel,[25] el ejercicio contrario a la buena fe «ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos, la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal». Se presenta en el marco de una relación entre partes, de la que se espera una mutua consideración y lealtad. En el abuso del derecho «hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma». Para el autor, las situaciones en las que se puede presentar un ejercicio abusivo del derecho no requieren de la existencia de una relación previa entre partes, pues lo importante es determinar si el acto o actos pueden ser considerados como «antijurídicos y desencadenar responsabilidad extracontractual o una acción negatoria». El abuso del derecho como institución se habría originado, pues, del «conflicto entre derechos absolutos definidos de modo individualista y criterios finalistas moralizadores y socializadores». Mientras que el principio de buena fe resuelve conflictos entre valores como la honestidad, la fidelidad y la confianza legítima. Esto lleva al autor a afirmar que «la inadmisibilidad del abuso del derecho es una de las consecuencias del principio general de la buena fe».

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

24 Miquel, José María «La buena fe (II): el principio de buena fe y los principales grupos de casos». En *Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en: https://almacendederecho.org/la-buena-fe-ii-principio-buena-fe-los-principales-grupos-casos

25 *Loc. cit.*

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
	Artículo V.- Buena fe Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.

Dada la vinculación ineludible entre el abuso del derecho y el principio de buena fe, los proyectos de reforma del Código Civil han ocupado su atención en proponer su inclusión en el Título Preliminar.[26]

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Comisión que elaboró el Anteproyecto del 2005, su proyectado artículo V contenía una nueva disposición que consagraba la buena fe objetiva,[27] según se decía, en atención a que se trata de un principio consustancial a nuestro derecho y a nuestra tradición jurídica.

En esta línea, el Anteproyecto de Reforma de 2005, con su propuesta de artículo V, buscaba que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del derecho. El efecto hermenéutico de este artículo consistía, según la Comisión, en introducir la buena fe en toda norma que contenga un derecho o un deber. Quien es el titular de ellos, siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir «derecho», también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable.

Aunque sin cuestionar la buena intención de la Comisión al querer incorporar el principio de la buena fe en el Título Preliminar, no podemos dejar de preguntarnos si realmente era *necesario* y *urgente* hacerlo. ¿Cuándo el principio de la buena fe no ha sido invocado? ¿Qué, acaso toda la estructura del Derecho no se construye sobre la buena fe? ¿Acaso la protección de los derechos no se sustenta en este principio? ¿Acaso alguien alguna vez cuestionó aquello?

La buena fe, en tanto principio general, cumple determinadas funciones. En tal sentido, Ferreira Rubio[28] ha señalado lo siguiente:

26 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984. Op. cit.*, pp. 35-36.

27 León Hilario, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». En *Themis*, 2004, n.º 49, p. 149.

28 Ferreira Rubio, Delia. *El principio general de la buena fe en el Derecho Civil moderno*. Tesis Doctoral inédita, Universidad Complutense, 1982, p. 35.

- **Función informadora del ordenamiento jurídico**: el «informar» se puede relacionar con «influir» en la configuración de los perfiles axiológicos en el diseño de normas jurídicas.

- **Función limitativa de la conducta jurídica admisible**: está vinculada con la función normativa de los principios. Según la autora, impone una «dirección al comportamiento»;[29] [...] «los principios generales cumplen esta función aun cuando el ordenamiento no se la atribuya expresamente». Sin duda, esta función está conectada con la figura del abuso del derecho.

- **Función interpretativa**: la buena fe contribuye a comprender el sentido de las normas jurídicas y a entender, además, cuál es el significado que debe otorgarse conforme a este principio.

- **Función integradora**: la interpretación a la luz de la buena fe permite suplir las lagunas legales o vacíos.

La buena fe es una **fotografía** que se toma en determinados momentos que el derecho considera importantes. Así, como ejemplo tomemos a la buena fe registral. Yo puedo comprar un inmueble con buena fe y luego de esa adquisición de buena fe enterarme de que el vendedor no sólo me lo vendió a mí, sino que también vendió el bien a otros sujetos antes que a mí. Para proteger mi derecho lo inscribo en Registros Públicos, lo cual es válido a pesar de que en el momento de la inscripción ya no contaba con buena fe. Así, como se observa, la existencia de buena fe en un caso como el planteado es importante en el momento de la adquisición, pero no es necesario que se mantenga para ser válida la operación, en la inscripción ulterior.

A entender nuestro, la norma contenida en el artículo V que proponía la Comisión del 2005 nada quitaba ni nada agregaba, tan sólo dejaba abierta la posibilidad de realizar una peligrosa interpretación, distinta y alejada de la intención del legislador.

Junto con lo afirmado, y considerando que existen otros principios generales, podríamos preguntarnos acerca de la conveniencia de plasmarlos también en el Título Preliminar. ¿Cuál fue la lógica de la Comisión de 2005 para privilegiar este principio y descartar los otros?

Continuando con nuestro análisis y comentarios acerca de los proyectos de reforma del Código Civil, nos encontramos con otro que data del año 2011. Nos referimos al Proyecto de «Reformas Urgentes», que tampoco llegó a ver la luz.

29 *Loc. cit.*, p. 40.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Como podemos observar del cuadro adjunto, en este proyecto, el artículo II del Título Preliminar recogía, al igual que el precedente proyecto del 2005, el principio de la buena fe. Nuestras críticas eran las mismas que las esbozadas sobre el proyecto del 2005.

Veamos el texto que proponía la Comisión:

Código Civil de 1984	Proyecto de reformas urgentes del 2006
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	**Artículo II.-** Buena fe Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.

Mucho más actual aún es el Anteproyecto de Reforma del Código civil publicado el 2019, el cual, al igual que sus predecesores planteaba la inclusión del principio de la buena fe en el Título Preliminar, como se puede observar seguidamente:

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del Código Civil del 2019
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	**Artículo II.-** Buena fe Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.

Esta propuesta sustituía el actual artículo II del Título Preliminar por otro referido exclusivamente a la buena fe, en tanto que lo relativo al abuso del derecho pasaba a constituir el artículo II-A.

El texto del artículo II del Anteproyecto señalaba que: «Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe», propuesta que era

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

seguida de una Exposición de Motivos en la que se señalaba que el grupo de trabajo pretendía con esta norma el que se interprete que la invocación de la buena fe por los ciudadanos a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho tenga un respaldo normativo expreso.

Esta propuesta no era nueva, pues, como hemos podido apreciar, ya se había planteado en ocasiones anteriores el regular la buena fe en el Título Preliminar. Esta iniciativa podía cuestionarse por parecer redundante o, incluso, insulsa, pues no cabe entender que la mala fe pueda guiar, bajo el amparo del Derecho, las conductas de las personas. En otros términos, resulta obvio que la buena fe influye en todas las relaciones humanas, por lo tanto, incluir este principio como una norma en el Título Preliminar podría ser redundante o una tentación académica inútil.

De la revisión de los principales Códigos Civiles europeos resulta que el Código Civil francés no incluye al principio de buena fe en su Título Preliminar. Tampoco lo hacen los Códigos Civiles italiano ni alemán (este último no tiene Título Preliminar; sin embargo, el artículo 242 del BGB lo consagra como principio general del Derecho). Solamente el Código Civil español sí ha incluido el principio en su respectivo Título Preliminar, específicamente, en su capítulo III, artículo 7, n.° 1, cuyo texto establece: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». Entendemos que la decisión del legislador de incluir este principio en el Título Preliminar fue la de reforzar la presencia e influencia del principio en el ordenamiento jurídico español y permitir al juez interpretar la ley de manera coherente con los valores derivados de la buena fe: honestidad, lealtad y confianza mutua.

La peligrosa teoría de los actos propios

Otro de los aspectos relacionados con la doctrina del abuso del derecho es la denominada *teoría de los actos propios*. Esta teoría enfatiza la coherencia y la confianza en las acciones pasadas de una parte, impidiendo que contradiga sus actos previos si ellos han generado confianza en otra parte. Estos conceptos convergen en la promoción de la equidad, la justicia y la integridad en las relaciones legales, al tiempo que previenen el aprovechamiento injusto de las posiciones o derechos de las partes involucradas. En el siguiente acápite analizaremos los diferentes Anteproyectos de reforma sobre la materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Anteproyecto del 2005[30]

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
	Artículo VI.- Actos propios No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho.

La *teoría de los actos propios* se funda en el antiguo refrán jurídico que en una de sus formulaciones más conocidas se expresa de la siguiente manera: *venire contra factum proprium non valet.* En el Derecho continental europeo se hace referencia frecuente al concepto de *venire* como ejemplo práctico de una institución derivada de la jurisprudencia alemana, conocida como *verwirkung.* Esta institución se fundamenta en la noción de que, en ciertas circunstancias, la demora en ejercer determinadas reclamaciones puede considerarse una violación de la buena fe, lo que conlleva a que dichas reclamaciones pierdan su validez jurídica. Se argumenta que esta idea se basa en la doctrina del *venire*, ya que la actitud pasiva previa es incompatible con una posterior actitud diligente en la protección de los derechos.

En nuestra opinión, la *teoría de los actos propios* puede definirse «como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza»;[31] sin embargo, la doctrina no es unánime respecto de la naturaleza jurídica esta teoría. Para algunos estudiosos se trata de un principio de derecho, mientras que para otros es una regla de derecho derivada del principio de buena fe.[32]

Si nos remitimos al Derecho extranjero, encontramos que, en el Derecho anglosajón, se hace referencia a menudo a la teoría del e*stoppel*, cuyo origen puede hallarse en expresiones como «detener» o «tapar la boca». Esta teoría tiene diversas aplicaciones que, en esencia, impiden legalmente que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho específico debido a que previamente

30 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984. Op. cit.*, pp. 37-38.

31 Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia.* Lima: Instituto Pacífico, Segunda Edición, 2017, p. 70.

32 Para mayor abundamiento, revisar la obra de Castillo Freyre, Mario y Rita, Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia. Op. cit.*, pp. 72-78.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ha realizado un acto, hecho una declaración o afirmación, o formulado una negativa en un sentido completamente opuesto. Esto crea una apariencia que podría perjudicar a terceros que, al encontrarse con esta situación, basan su conducta en dicha apariencia, la cual puede haber sido creada con dolo o negligencia por parte del agente.[33]

La *doctrina* o *teoría de los actos propios* ha sido entendida en relación con lo que sería la protección, como bien jurídico, de la confianza entre las partes de una relación jurídica. En tal sentido, Alejandro Borda[34] la define como: «una regla de Derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto a todo comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto». Para otros autores, en esta doctrina subyace una sanción a un dolo o mala fe ostensible del agente, que aparece de la contradicción evidente y manifiesta con una conducta previa vinculante suya.[35] Incluso otros autores han calificado a esta doctrina como un principio general del Derecho.[36]

Esta teoría ha sido recogida por los tribunales de justicia de varios países, entre ellos, Chile, donde los tribunales, según señala Padilla Parot,[37] la han tipificado como una de las hipótesis que circunscribe al principio de buena fe dentro del Derecho, «demostrándose que los problemas que surgen y son planteados —como contrariar conductas propias pasadas— desde la buena fe obtienen una solución dentro de ella, siendo, de esta manera, la doctrina de los actos propios una concreción más del principio de la buena fe objetiva». Según el mismo autor, la *teoría de los actos propios* ha ingresado al tráfico jurídico sin que sean necesarias reformas legislativas, pues en la práctica la aplicación de esta doctrina ha creado un «nuevo estándar de deber: el comportamiento coherente, en perspectiva del resguardo a la confianza suscitada en otros».[38]

33 Lyon Puelma, Alberto. «Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?». En Corral Talciani, Hernán (ed.). *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Cuadernos de Extensión Jurídica 18. Lima: Universidad de los Andes, 2010, p. 57.

34 Borda, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2000, p. 53. De la misma idea es Bernal Fandiño, Mariana. «La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato». En *Espaço Jurídico,* 2011, vol. 12, n.º 2, p. 54.

35 Lyon Puelma, Alberto. «Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?». *Op. cit.*, p. 59.

36 López Mesa, Marcelo. «La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación». En *Universitas,* 2008, n.º 119, p. 192.

37 Padilla Parot, Ricardo Andrés. «Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios». En *Revista Chilena de Derecho,* 2013, n.º 20, p. 141.

38 *Ibid.*, p. 143.

En Colombia, por ejemplo, los tribunales han calificado a la *teoría de los actos propios* como un principio. Así ha quedado demostrado en una sentencia de la Corte Constitucional que establece que «es preciso señalar que la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso de la demandante al desconocer los principios de buena fe, confianza legítima y respeto del acto propio».[39] Esta calificación no goza de aceptación unánime entre la doctrina, pues hay quienes consideran que la aplicación de esta doctrina no es un principio, sino una regla de Derecho y su aplicación es residual.[40]

Autorizada doctrina se ha encargado, por su parte, de ir delimitando los requisitos que deben cumplirse para una correcta aplicación de la *teoría de los actos propios*. Así, para Díez-Picazo[41] es necesaria: una conducta jurídicamente relevante y eficaz; la pretensión de ejercer un derecho subjetivo o facultad que cree una situación litigiosa; la incompatibilidad o contradicción entre ambas; y, la identidad de sujetos. De la misma opinión son Borda[42] y Puig Brutau,[43] entre otros.

No obstante lo señalado, es importante acotar que esta teoría ha ido acumulando fuertes críticas en la doctrina. Así, García de Enterría[44] afirmaba que es imprecisa y confundible con los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad. Esta sería una de las razones por las cuales no se le considera una regla absoluta, sino más bien de aplicación restrictiva sujetándose a los requisitos ya indicados para evitar injusticias. De hecho, la normativa civil recoge varias situaciones en las que se admite volver sobre las conductas, cambiar de actitud, tales son los casos de la retractación de la oferta, la revocabilidad del mandato, renuncia a la herencia, entre otros.

Estas razones nos llevaron a cuestionar la propuesta de reforma del Código Civil peruano formulada el año 2005, la misma que planteaba incorporar esta teoría al Título Preliminar, a pesar de que su aplicación plantea muchos cuestionamientos.

Comenzaremos revisando la Exposición de Motivos del referido Anteproyecto, la misma que indicaba lo siguiente: «El artículo VI contiene una norma

39 Bernal Fandiño, Mariana. «La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato». *Op. cit.*, 2011, p. 55.

40 *Ibid.*, p. 56; Borda, Alejandro. *La teoría de los actos propios. Op. cit.*, p. 56.

41 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona: Bosch, 1963, pp. 192-193.

42 Borda, Alejandro. *Op. cit.*, p. 67.

43 Puig Brutau, José. *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona: Ariel, 1951, p. 103.

44 García de Enterría, Eduardo. «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad». En *Revista de Administración Pública*, 1956, n.º 20, p. 72.

nueva en nuestros Títulos Preliminares, introduciendo el principio de los actos propios, constitutivo del derecho contemporáneo y que, *si bien no necesitaba formalización escrita* para ser aplicado, es bueno que conste en un Código actualizado» (el resaltado es nuestro).

Más allá de que esta teoría no requiere de una formalización por escrito para ser aplicada, consideramos que la decisión de incorporarla era incorrecta. La *teoría de los actos propios* ha sido y es una doctrina utilizada de manera recurrente en procesos judiciales y arbitrales en el Perú en las últimas tres décadas. No obstante, es una doctrina que hay que tomar con mucho cuidado, ya que difícilmente podrá ser calificada como un principio del Derecho.

La labor del juez es, sin duda, muy importante, pues tiene la responsabilidad de establecer límites en las posibilidades de contradicción de las partes con la finalidad de encontrar un equilibrio entre la libertad, la seguridad y la coherencia en las conductas. Este es un tema controvertido, existen diferentes posturas en la doctrina. Por un lado, algunos sostienen que es necesario imponer a los contratantes el deber de no contradecirse en detrimento de otros, lo cual es fundamental para mantener la estabilidad y la confianza en la vida social, donde la coherencia en los comportamientos individuales es esencial para el orden jurídico y moral. Por otro lado, hay quienes consideran que no sería adecuado establecer una normativa restrictiva que limite la libertad individual y que actúe en función de intereses personales, que a veces pueden ser cambiantes. Además, algunos críticos señalan que el uso de la *teoría de los actos propios* puede ser una herramienta peligrosa que genere incertidumbre para las partes implicadas.[45]

Como veremos más adelante, a nuestro entender, uno de los puntos clave que merece una reflexión es si resulta viable su aplicación para los casos de nulidad, anulabilidad y, en general, para los supuestos de ineficacia contemplados en la ley.

Pese a que la Comisión del 2005 señalaba en la Exposición de Motivos que había decidido introducir la *teoría de los actos propios* sólo para los casos en los que alguien hace valer un derecho para sí y no en otros supuestos de hecho, esta lectura no se desprendía de la norma. Además, debido a su inserción en el Título Preliminar, su aplicación no sólo se circunscribiría al Derecho Civil, sino que supletoriamente se aplicaría a cualquier ámbito del Derecho.

45 Bernal Fandiño, Mariana. «La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato». *Op. cit.*, p. 53.

Pero eso no es todo, sino que, además, la norma en sí misma no era clara. Quien la leía sólo la podía identificar a ciencia cierta como *doctrina de los actos propios,* debido a la sumilla que la titulaba de esa manera.

La intención de incorporar la *doctrina de los actos propios* en el Título Preliminar del Código Civil también fue respaldada por el denominado Proyecto de Reformas Urgentes del Código Civil. Esta vez, se le incorporaba en el artículo II-B, tal como se aprecia seguidamente:

Código Civil de 1984	Proyecto de reformas urgentes del 2006
	Artículo II-B.- Actos propios No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho.

Se señalaba en la Exposición de Motivos que el artículo II-B contiene «una norma nueva en nuestros Títulos Preliminares, introduciendo el principio de los actos propios, constitutivo del Derecho contemporáneo *y* que, si *bien no necesitaba formalización escrita* para ser aplicado, es bueno que conste en un Código actualizado» (el resaltado es nuestro).

Coincidíamos en que dicha teoría no necesitaba formalización escrita para ser aplicada, pero juzgábamos errada la decisión de incorporarla. Nos remitimos a nuestra argumentación detallada en las páginas anteriores acerca del porqué de nuestra oposición a la incorporación en el Título Preliminar del Código Civil de la *doctrina de los actos propios.*

En su oportunidad[46] nos pronunciamos sobre este proyectado artículo, y afirmamos enfáticamente que esta norma pretendía que la aplicación de la *doctrina de los actos propios* sea *erga omnes,* es decir, que sea de aplicación para todos los actos que conlleven realizar un comportamiento que pueda generar confianza en la contraparte; sin embargo, toda conducta contraria a esa confianza generada, consciente o inconscientemente podría intentar ser atacada

46 Castillo Freyre, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil.* Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores, Garrigues Cátedra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, pp. 204-205.

invocando la *doctrina de los actos propios*, con lo que los sujetos perderían su libertad de actuación.

Esto nos llevó a afirmar que la doctrina de los actos propios debe tomarse con pinzas, es un recurso para ser usado en determinadas circunstancias, pero no de manera general como la que se quería implementar en el Título Preliminar. Sin duda, su aplicación requiere del cumplimiento de requisitos esenciales que vienen siendo delimitados paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia. Tal como se encontraba redactada en el denominado Proyecto de Reformas Urgentes, dejaba la puerta abierta para que se utilice incluso en supuestos de nulidad, anulabilidad e ineficacia. Si ya resultaba grave su introducción, más grave hubiese resultado su extensión.[47]

Finalmente, esta teoría no tuvo cabida en la propuesta presentada por la Comisión que redactó el más reciente Anteproyecto de Reforma del Código Civil, publicado el 2019.

Nuestra posición orgánica sobre la teoría de los actos propios[48]

1. Introducción

La definición que la doctrina nos brinda en torno a la naturaleza de la *teoría de los actos propios* no es unánime. Para algunos se trata de un principio de Derecho, para otros es una regla de Derecho derivada del principio de la buena fe.[49] Muchas veces se suelen utilizar distintos términos en forma indiscriminada sin reparar en las distintas acepciones que éstos pueden tener. Así, quienes han recurrido a la *teoría de los actos propios* para su aplicación o no, la han denominado doctrina, principio de Derecho, regla, teoría, brocardo, máxima, aforismo, etc.

47 *Loc. cit.*

48 Texto basado en: Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «La teoría de los actos propios y la nulidad ¿Regla o principio de Derecho?». En *Revista Jurídica del Perú*, diciembre de 2008, n.° 94, pp. 359-371; y también en *Persona, Derecho y libertad: Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: Motivensa, 2009, pp. 771-786.

49 En relación con las diversas posiciones sobre la naturaleza de la *teoría de los actos propios* recomendamos Puig Brutau, José. «La doctrina de los actos propios». En *Estudio de Derecho comparado*. Barcelona: Ariel, 1951; Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *La doctrina de los actos propios*. *Op. cit.*; Ekdahl Escobar, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989; Borda, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, para nosotros resulta claro que la *teoría de los actos propios* es una regla de Derecho y no puede ser considerada como un principio general de Derecho en la medida en que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones. Esta precisión es importante en razón a que suele suceder que en los tribunales de justicia, las partes hacen un uso indiscriminado de la teoría de los actos propios sin siquiera conocer el contenido y los alcances de dicha teoría.

Coincidimos con López Mesa y Rogel Vide,[50] quienes señalan que la falta de abordaje suficiente de esta figura ha contribuido al desaprovechamiento de la herramienta en algunos aspectos, y a su empleo abusivo, en otros.

La *teoría de los actos propios* requiere —aparte de los presupuestos de conducta vinculante, pretensión contradictoria e identidad de sujetos— que no exista una causa de justificación, es decir que la ley no legitime el comportamiento contradictorio.

En efecto, dicha teoría no puede ser aplicada automáticamente, siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio en el comportamiento de nuestra contraparte no convenga a nuestros intereses.

Si se partiera de la idea de que nunca una persona puede tener una conducta contradictoria con alguna conducta suya anterior o afirmar determinadas cosas que antes negó o negar determinadas cosas que antes afirmó, tendríamos como resultado una sociedad en donde los tribunales de justicia estarían pintados en la pared.

Decimos esto, pues, salvo aquellas pretensiones derivadas de supuestos de responsabilidad civil extracontractual, o aquellas pretensiones derivadas del incumplimiento de obligaciones cambiarias, o aquellas pretensiones derivadas de algunos conflictos propios del Derecho de familia, en su aspecto no patrimonial, nunca alguien podría demandar a otro, pues, de seguro, en algún momento estuvieron de acuerdo y pensaron lo mismo.

2. La teoría de los actos propios y la nulidad

No cabe duda de que el primer gran tema en donde se cuestiona de una manera radical la posibilidad de aplicar esta teoría es aquél en el cual nos encontramos en presencia de un acto jurídico nulo, en cuya validez creyeron, al momento de su celebración, ambos contratantes. En ese sentido, es posible que luego de celebrado el acto, una de las partes sostenga o invoque tal nulidad, lo que

50 López Mesa, Marcelo y Carlos Rogel Vide. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia.* Montevideo-Buenos Aires: Reus y B de f, 2005, p. 97.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

podría ser interpretado como una conducta contradictoria de esta parte. Sin embargo, dicha teoría resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes.

A tal efecto, vamos a analizar los supuestos de nulidad contemplados por el Código Civil peruano, a fin de ver su relación con la *teoría de los actos propios*.

2.1. El acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres

Como sabemos, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Según Vidal Ramírez,[51] el artículo V es una norma que constituye un principio general de Derecho que subordina la autonomía de la voluntad o autonomía privada al orden público —que comprende a las buenas costumbres—, en cuanto declara la nulidad del acto o, si se quiere, del negocio jurídico, que pretende producir efectos que le sean contrarios y advierte que el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia de la autonomía de la voluntad, a la que le permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas sólo si está enmarcada dentro del orden público.

Así, las normas de orden público se caracterizan por su prevalencia sobre las originadas en la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, la contravención a las normas de orden público genera la nulidad absoluta del acto jurídico. Esta nulidad es la denominada nulidad virtual en cuanto deriva de la violación del orden público y no de una causal específica o textual. Y, precisamente, por ser una nulidad que se fundamenta en el orden público puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Asimismo, puede ser declarada de oficio por el juez y no puede subsanarse por la confirmación.[52]

Dentro de tal orden de ideas, imaginemos que dos personas celebran un contrato que es manifiestamente contrario a normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

51 Vidal Ramírez, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I: Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 237.

52 *Ibid.*, p. 251.

Ambos contratantes, al momento de su celebración, están absolutamente convencidos de que los actos que constituyen objeto de sus obligaciones no son contrarios ni al orden público ni a las buenas costumbres.

Tanto es así que ejecutan buena parte de las obligaciones nacidas de ese contrato, intercambiando diversas prestaciones (pago de dinero, transferencia de propiedad de otros bienes, etc.).

Podríamos preguntarnos qué pasaría si es que en algún momento de la ejecución de ese contrato o incluso cuando hubiese finalizado dicha ejecución, una de las partes descubriera —y se convenciera de ello— que en realidad el contrato celebrado sí era contrario a normas expresas de orden público o a las buenas costumbres.

E imaginemos también qué pasaría si esa parte decide recurrir a los tribunales de justicia demandando la nulidad del contrato por la mencionada causal.

No nos cabe la menor duda de que en este caso sería irrelevante que la contraparte haya invocado la *teoría de los actos propios* en la medida en que aquello que está en juego es un asunto de carácter imperativo y de orden público, es decir, un asunto que el Derecho hace suyo independientemente de cuál sea la interpretación, criterio o voluntad de las partes que desean celebrar actos que contravengan dichas normas.

De lo contrario, tendríamos que afirmar que en virtud de la supuesta —y negada por nosotros— aplicación de la *teoría de los actos propios*, el juez tendría obligatoriamente que declarar infundada la demanda, en razón de que quien la interpuso alguna vez sostuvo lo contrario de lo que sostiene ahora, a pesar de que el acto o contrato cuya nulidad se invoca sea manifiestamente contrario al orden público o a las buenas costumbres, configurando el supuesto de nulidad establecido por el citado artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Siguiendo la misma línea expuesta, López Mesa y Rogel Vide[53] señalan que es inaplicable la *teoría de los actos propios* en aquellos casos en que el primer acto versase sobre una cuestión de orden público, indisponible para las partes.

Como vemos, ésta es una primera y notable excepción a la aplicación de la teoría de los actos propios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

53 López Mesa, Marcelo y Carlos Rogel Vide. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, p. 174.

2.2. El acto jurídico en donde falte la manifestación de voluntad del agente

Como se recuerda, el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

La manifestación de voluntad constituye un requisito de validez y ella misma es la conclusión del proceso formativo de lo que Vidal Ramírez denomina voluntad jurídica, que es el resultado de la voluntad interna y de la voluntad exteriorizada o manifestada.[54]

Escobar Rozas[55] nos dice que, en general, la ausencia de manifestación de voluntad supone la imposibilidad de referir o imputar eficazmente dicha manifestación a su pretendido autor. Por tanto, se tiene falta de manifestación de voluntad en los siguientes casos:

(a) Cuando el sujeto al que se le imputa la declaración (en virtud de la cual se «celebra» el negocio) carece de existencia jurídica.

(b) Cuando la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se atribuye la misma. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma del sujeto al que se le atribuye la manifestación (escrita) ha sido falsificada.

(c) Cuando la manifestación de voluntad materialmente efectuada carece de relevancia negocial. Esto sucede en tres supuestos genéricos, a saber:

- En caso de que la manifestación no sea negocial, esto es, en caso de que la misma no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses.

- En caso de que la manifestación no sea «seria», esto es, en caso de que la misma no demuestre la existencia de la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado. Evidentemente, tal intención debe ser objetiva y razonablemente perceptible por terceros. La falta de seriedad se presenta, por ejemplo, cuando el sujeto actúa con fines didácticos o lúdicos.

- En caso de que la manifestación dirigida a concluir un contrato no «concuerde» con la de la otra parte (disenso).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

54 Vidal Ramírez, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». *Op. cit.*, tomo III, vol. II, pp. 779-780.

55 Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En Gutiérrez, Walter (dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, pp. 916-917.

(d) Cuando la manifestación de voluntad ha sido «arrancada» por la presión física ejercida sobre el sujeto.

Sin embargo, debemos precisar que no en todos los supuestos en los que falte manifestación de voluntad estaremos ante un acto nulo. Existen otros supuestos en los cuales la sanción es la anulabilidad del acto, los mismos que serán analizados más adelante.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos imaginar un supuesto en el cual una persona crea o tenga entendido equivocadamente que su padre ya —fallecido— celebró un determinado contrato y que tal persona, en su condición de heredero universal de su padre, debe cumplir con las obligaciones emanadas de dicho contrato.

Imaginemos también que el mencionado heredero ha venido cumpliendo con buena parte o casi todas las obligaciones supuestamente contraídas por su padre en el citado contrato, hasta que descubre que en realidad la firma que aparece en el documento que contiene tal contrato, no es la firma de su padre, pues la misma ha sido burdamente falsificada.

Acaso sería posible sostener que por el hecho de haber ejecutado buena parte de las obligaciones emanadas de ese contrato, y por el hecho de haber sostenido —de palabra y por los hechos—, que el referido acto jurídico era válido y eficaz, el mencionado heredero se encuentre impedido de demandar la nulidad de dicho acto jurídico, luego de que descubra que su padre nunca lo celebró, es decir, luego de que descubra que faltaba la manifestación de voluntad del agente, requisito indispensable para la validez de todo acto jurídico.

Y es evidente que nada le impediría proceder de esta manera, al igual que resulta evidente que los jueces deberían declarar fundada su demanda, a pesar de que aquel que sí celebró ese acto, invocara que el heredero estaría actuando contra la *teoría de los actos propios*, al sostener hoy que dicho contrato era nulo, cuando antes sostuvo lo contrario.

Como puede apreciarse, ésta constituye una segunda excepción a la aplicación de la teoría de los actos propios.

2.3. El acto jurídico nulo por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable

Como se recuerda, en virtud de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Vidal Ramírez[56] nos dice que la imposibilidad física supone, pues, la imposibilidad material de la existencia de la relación jurídica, su no factibilidad de realización. La imposibilidad jurídica, que la relación jurídica esté fuera del marco legal y jurídico. La indeterminabilidad del objeto está referida a la imposibilidad de identificar los bienes o intereses inmersos en la relación jurídica.

Osti y Betti[57] señalan que el objeto del negocio es físicamente imposible, en general, cuando en el plano de la realidad física, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas. Ahora bien, se distingue, por un lado, entre una imposibilidad física «absoluta» y una imposibilidad física «relativa»; y, por el otro, entre una imposibilidad «objetiva» y una imposibilidad física «subjetiva».

La imposibilidad física «absoluta» constituiría un impedimento que no puede ser vencido por la fuerza humana, en tanto que la imposibilidad física «relativa» constituiría un impedimento que sólo puede ser vencido empleando un esfuerzo superior al ordinario.

Por su parte, la imposibilidad física «objetiva» constituiría un impedimento que determina que nadie pueda ejecutar la regla negocial, mientras que la imposibilidad física «subjetiva» constituiría un impedimento que determina que el deudor no pueda ejecutar la regla negocial.

En torno a la imposibilidad jurídica, Escobar Rozas[58] afirma que estaremos ante una imposibilidad jurídica, cuando en el plano de la realidad jurídica, las reglas negociales no pueden ser ejecutadas, sea porque se dirigen a la consecución de un resultado (jurídico) no previsto por el ordenamiento (piénsese en la constitución de una hipoteca sobre un bien mueble o en la enajenación de un bien que se encuentra fuera del comercio) o porque no toman en consideración algún presupuesto exigido por este último para la obtención del efecto deseado (piénsese en la necesidad de no tener deudas cuyo pago pueda verse perjudicado con el patrimonio familiar que se desea constituir).

En relación con el objeto, Raúl Ferrero Costa[59] sostiene que debe ser determinado o al menos determinable, ya que en caso contrario queda incierto, vago, el quid sobre el que recae la declaración de voluntad. A falta de determinación, al momento mismo de la conclusión del negocio es preciso por lo menos la posibilidad de determinabilidad, la que presupone que se haya establecido un medio objetivo de determinación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

56 Vidal Ramírez, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». *Op. cit.*, p. 785.
57 Citados por Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». *Op. cit.*, p. 918.
58 *Ibid.*, p. 920.
59 Ferrero Costa, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Rocarme. 1974, p. 147.

En consecuencia, entendemos que el objeto al momento de la celebración del acto jurídico no debe estar necesariamente determinado o individualizado. Basta que las partes hayan acordado los criterios idóneos para —en un momento posterior— determinar el objeto que en un principio era determinable.[60] En tal sentido, si las partes no acordaron esas especificaciones mínimas para determinar el objeto, nos encontraríamos ante un caso de indeterminabilidad del objeto, que el Código Civil sanciona con nulidad.

Dentro de tal orden de ideas, un ejemplo de acto jurídico con objeto físicamente imposible es el de un contrato en el cual una parte se obliga a entregar a otra —de inmediato— un dinosaurio vivo.

Y es un objeto físicamente imposible en la medida en que, como todos sabemos, no existe ningún dinosaurio vivo.

¿Acaso sería posible que el acreedor de dicho dinosaurio invocara la teoría de los actos propios en contra del deudor que plantee judicialmente la nulidad del acto, debido a que en determinado momento de la relación contractual sostuvo que el mismo tenía un objeto físicamente posible?

Evidentemente que no, pues más allá de lo que haya pensado dicho deudor, e independientemente de que el mismo, por las razones que fuere, hubiese cambiado de opinión en torno a la validez o nulidad de dicho acto jurídico, ante la existencia de una causal expresamente contenida en la ley, los jueces deberían declarar fundada dicha nulidad, habida cuenta de que nos encontramos ante una excepción a la *teoría de los actos propios* y ante una norma de orden público.

Lo propio ocurriría en los otros dos supuestos contemplados por el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil, es decir, cuando nos encontráramos frente a un acto de objeto jurídicamente imposible o indeterminable.

Como sabemos, la posibilidad jurídica de un acto se relaciona directamente con la capacidad de que el acto celebrado por las partes cumpla con la finalidad jurídica deseada por ellas.

En tal sentido, de existir un contrato de objeto jurídicamente imposible, mal podríamos sostener que por más de que las partes hubiesen pensado en un principio que dicho objeto era posible jurídicamente y sólo una de ellas hubiese cambiado de opinión, alegando ahora su nulidad, por el hecho de esa

60 Así, el artículo 1142 del Código Civil peruano establece que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contradicción en la conducta de esa parte, resultara aplicable al caso la *teoría de los actos propios*.

Lo mismo podríamos argumentar en caso nos encontráramos frente a un contrato de objeto indeterminable, como sería aquél en el cual resultara imposible conocer en qué consisten las obligaciones contraídas por los contratantes.

Como sabemos, el Derecho de obligaciones y contratos parte de la idea de que debe conocerse con claridad a qué se obligan el deudor (para que sepa qué es lo que tiene que cumplir) y el acreedor (para que sepa qué es lo que puede exigir), de tal manera que resultará imposible la sola existencia de una obligación que carezca de objeto susceptible de determinación.

En ese sentido, si cuando celebraron un contrato ambas partes consideraban que una de las obligaciones tenía objeto determinable, pero en realidad no lo tenía y una de esas partes, convencida de esta última situación, demandara la nulidad del contrato por objeto indeterminable, entonces, resultaría evidente que los tribunales de justicia deberían amparar dicha nulidad declarándola fundada, debiendo rechazar cualquier invocación de la *teoría de los actos propios*.

2.4. El acto jurídico nulo por fin ilícito

De conformidad a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito.

En primer lugar, debemos señalar que el término fin —en materia de actos jurídicos y contratos— está relacionado al concepto de causa.[61] La causa es un elemento del acto jurídico que implica necesariamente un doble aspecto: un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo.

En relación con el aspecto objetivo, Lizardo Taboada[62] señala que la causa es entendida como la finalidad típica del acto jurídico, o en su función jurídica, o en su función económica y social, o en la razón económica y jurídica de la misma, etc. En este sentido, la causa del contrato es definida como la función económica y social que el Derecho reconoce relevante para sus fines y que únicamente justifica la tutela de la autonomía privada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

61 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 336.

62 *Ibid.*, p. 338.

Según Rómulo Morales,[63] la causa —desde la perspectiva objetiva— debe ser conforme no sólo a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también debe estar de acuerdo con la necesidad de que el fin intrínseco del acto jurídico sea socialmente apreciable y digno de protección.

En relación con el aspecto subjetivo, los Mazeaud[64] señalan que la causa es entendida como la razón que ha determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato.

Para Lizardo Taboada,[65] la causa —desde su aspecto subjetivo— permite la incorporación de los motivos concretos y determinantes de los sujetos, cuando los mismos se conviertan en la base o razón exclusiva y determinante de la celebración del negocio jurídico. Esto significa que la noción de causa da cabida al concepto del propósito práctico como razón determinante de la celebración del acto jurídico.

Dentro de tal orden de ideas, la causa se configura tomando en cuenta tanto su aspecto objetivo como su aspecto subjetivo, por lo que su licitud se producirá siempre que los dos aspectos de la causa resulten de conformidad con el ordenamiento jurídico.

La causa ilícita se configura cuando la causa en su aspecto subjetivo ha incorporado motivos ilícitos, que determinan la nulidad del acto jurídico. Es así que en todo acto jurídico deberíamos encontrar un fin o un motivo que sea el que haya impulsado a las partes (o a una de ellas) a celebrarlo, de tal manera que ese fin de carácter subjetivo, representa una valoración interna del sujeto antes de expresar su voluntad.

De esta manera, se establece que en la causa o fin se produce la conjunción, tanto del aspecto subjetivo como del aspecto objetivo de la causa; por tanto, cuando este primer aspecto no se condice con el ordenamiento jurídico y lo vulnera se habrá configurado una causa o fin ilícito que determinará que el acto jurídico resulte nulo.

Al respecto, Taboada[66] afirma que la doctrina moderna considera que el aspecto netamente subjetivo de la causa permite incorporar los motivos ilícitos

63 Morales Hervias, Rómulo. «La causa del contrato en la dogmática jurídica». En *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, p. 391.

64 Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Traducción de la edición francesa por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1978, segunda parte, vol. I, p. 292.

65 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Op. cit.*, p. 279.

66 *Ibid.*, p. 338.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

En torno a este punto, Vidal Ramírez[67] señala que el fin lícito consiste en la orientación que se le dé a la manifestación de voluntad, esto es que ésta se dirija directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, los cuales, obviamente, deben ser amparados por el Derecho objetivo. Pero si la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tal amparo, por cuanto la intención del o de los celebrantes que le da contenido, tiene una finalidad ilícita, es que se produce la nulidad absoluta del acto. Ello ocurriría, por ejemplo, si dos o más personas se vinculan por un acto jurídico con la finalidad de traficar con estupefacientes.

Creemos que, en este caso, la imposibilidad de aplicar la teoría de los actos propios resulta más que manifiesta en la medida en que para los tribunales de justicia debe resultar absolutamente irrelevante el hecho de que una de las partes que celebren el acto o contrato hubiese sostenido durante un tiempo su validez e incluso hubiera procedido a cumplir con las prestaciones nacidas de dicho acto.

La *teoría de los actos propios* no puede prosperar frente a disposiciones de orden público, como es el caso de las nulidades y menos aún frente a supuestos en donde esté de por medio la nulidad por el fin ilícito del acto.

Creemos que éste es el ejemplo por excelencia en donde prevalecen los preceptos de nulidad por sobre cualquier consideración relativa a la *teoría de los actos propios*.

Estimamos, incluso, que sostener la aplicación de dicha teoría en este caso no sólo devendría en improcedente, sino hasta en ridículo.

2.5. El acto jurídico nulo por adolecer de simulación absoluta

El inciso 5 del artículo 219 del Código Civil peruano establece que el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

En el Código Civil de 1936, la simulación —a sea absoluta o relativa— era considerada como causal de nulidad relativa;[68] sin embargo, ello cambió con el Código Civil de 1984.

67 Vidal Ramírez, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». *Op. cit.*, p. 785.

68 El artículo 1125, inciso 2 del Código Civil de 1936 establecía: «El acto jurídico es anulable por vicio resultante del error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude».

La simulación es un acto aparente, el mismo que no refleja la verdadera voluntad de las partes.

Palacios Martínez[69] señala que la moderna doctrina conceptúa a la simulación como el acuerdo entre dos o más partes, para realizar una actividad negocial meramente aparente, a la que no corresponde una efectiva regulación de intereses de las partes o a la que le corresponde una autorregulación de intereses diversa. La simulación implica la ostentación de un negocio jurídico aparente y el ocultamiento de la real intención de las partes de no concluir o concluir un negocio diverso de aquel aparente y, por ende, productivo de efectos distintos en sus relaciones recíprocas.

Escobar Rozas[70] señala que la simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando las partes, no teniendo intención alguna de quedar jurídicamente vinculadas, fingen celebrar un negocio. Es relativa cuando las partes, teniendo la intención de quedar jurídicamente vinculadas por determinado negocio, fingen celebrar uno distinto del que en realidad celebran.

Así, la simulación requiere la presencia de un negocio jurídico simulado y de un acuerdo simulatorio. El primero es el que está dirigido a crear la situación de apariencia. El segundo es el que recoge la real voluntad de las partes (de no quedar vinculadas por negocio alguno o de quedar vinculadas por un negocio distinto del que aparentan celebrar).

De esta manera, el artículo 190 del Código Civil establece que por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo y, por su parte, el artículo 191 establece que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

En ese sentido, consideramos que la nulidad establecida en el inciso 5 del artículo 219 del Código Civil debe prevalecer por sobre cualquier consideración relativa a la *teoría de los actos propios*.

Esto equivale a decir que por más que una de las partes hubiese sostenido, incluso en reiteradas ocasiones, la validez de un contrato que ha celebrado con otra parte en simulación absoluta, esto no significará que una vez que dicho contratante cambie de opinión y, por cualquier consideración, estime conveniente demandar la nulidad de dicho acto jurídico, tenga todo el derecho de

69 Palacios Martínez, Eric. *La nulidad del negocio jurídico.* Lima: Jurista editores, 2002, p. 145.
70 Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». *Op. cit.*, p. 922.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hacerlo, debiendo desechar los tribunales de justicia cualquier eventual aplicación de la teoría de los actos propios por sobre la nulidad.

Coincide con nosotros Vidal Ramírez[71] al señalar que pueden ejercitar la acción de nulidad por simulación los propios simuladores del acto, en cuyo caso uno será el actor y el otro, el demandado.

2.6. El acto jurídico nulo por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad

El inciso 6 del artículo 219 del Código Civil establece que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Como bien señala Raúl Ferrero Costa,[72] por norma general, las declaraciones de voluntad pueden formularse por cualquiera de los medios que sirven para hacerse entender. Estos medios de que la declaración se vale para llegar a conocimiento de otros constituyen, en un sentido amplio, la forma de la declaración, mas existe otro sentido, técnico, en que el nombre de forma se reserva para designar la exteriorización que el acto ha de revestir por imperio de la ley o por voluntad de las partes.

La forma puede ser de dos clases: (i) cuando se exige por el ordenamiento bajo sanción de nulidad, estamos ante una forma solemne o *ad solemnitatem*; (ii) cuando se requiere una forma sólo para efectos probatorios, estamos ante una forma no solemne o *ad probationem*.

Para ciertos actos jurídicos, la ley impone determinada forma, que va acompañada de la sanción de nulidad en caso de su incumplimiento, a saber: el artículo 156, que establece la forma del poder para realizar actos de disposición; el artículo 295, que establece la forma cuando los cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios; el artículo 675, para la renuncia de la herencia; el artículo 1207, que establece la forma para la cesión de derechos; entre otros supuestos.

El inciso 6 del artículo 219 del Código Civil se refiere a la forma *ad solemnitatem*, ya que no es posible que las partes puedan acordar apartarse de la forma impuesta por la ley.

En tal sentido, imaginemos el caso de un contrato de donación de bien inmueble, el mismo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1625

71 Vidal Ramírez, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». *Op. cit.*, p. 562.

72 Ferrero Costa, Raúl. *El negocio jurídico*. *Op. cit.*, p. 151.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del Código Civil,[73] debe cumplir, entre otros requisitos formales, con estar elevado a escritura pública bajo sanción de nulidad.

Imaginemos también que ambas partes redactaron un documento privado en el que constaba esa supuesta donación y nunca lo elevaron a escritura pública.

Imaginemos también que ambas partes han sostenido durante mucho tiempo que el contrato que celebraron era válido.

Imaginemos también que el donante, una vez que toma conocimiento de la ausencia del requisito formal, considera que verdaderamente el acto que celebró era nulo y, finalmente, imaginemos que demanda ante los tribunales de justicia el que se declare tal nulidad.

En la eventualidad de que el donatario alegara contra el donante la teoría de los actos propios, resulta evidente que dicha teoría no debería prosperar, en la medida en que jamás podrían hacerse prevalecer sus consideraciones, esbozadas a título de supuesto principio del Derecho (que, como ya hemos visto, sólo se trata de una simple regla de Derecho), en contra de una norma imperativa y de orden público que exige un requisito formal ausente y que sanciona dicha ausencia con nulidad absoluta.

2.7. El acto jurídico nulo por declararlo así la ley

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil, el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo.

Con esta precisión en la norma anotada, la ley toma las precauciones del caso en torno a determinadas nulidades para supuestos específicos en los que la ley declara una situación como ésa.

Se trata de un remedio que la ley prevé para determinadas situaciones en particular, que no se encuentran dentro de las reglas generales del artículo 219 del propio Código.

A entender de Vidal Ramírez,[74] se trata de una facultad o, más propiamente, potestad, que se reserva el legislador, pero que tiene que ponerla de manifiesto en los textos legales. Sólo si el acto celebrado queda comprendido en la norma que ha previsto la nulidad, se produce ésta. Desde luego, debe tratarse de una norma ya vigente en el momento de celebrarse el acto y no de

73 «Artículo 1625.- La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad».

74 Vidal Ramírez, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». *Op. cit.*, p. 787.

una norma legal que se dicta para declararlo nulo. Se trata, pues, de una nulidad expresamente prevista.

En este sentido, tampoco podría prevalecer la aplicación de la *teoría de los actos propios* en contra de una nulidad expresa y, por tanto, de orden público, establecida en la ley.

Esta línea de pensamiento es seguida por López Mesa y Rogel Vide,[75] quienes sostienen que la teoría de los actos propios no es aplicable cuando el acto vinculante fuera un acto prohibido por la ley.

Finalmente, queremos concluir nuestro análisis de la *teoría de los actos propios* y la nulidad citando un fallo español, en donde se señaló que «la teoría de los actos propios resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes».[76]

3. Conclusiones

En consecuencia, si confrontamos la *teoría de los actos propios* con los diversos supuestos de nulidad llegaríamos a la conclusión de que los casos en que no se aplica la citada teoría son tan numerosos que se hace imposible calificarla como un principio del Derecho que, por concepto y naturaleza, debería ser aplicable al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En tal sentido, la *teoría de los actos propios* no puede ser considerada como un principio general de Derecho en la medida en que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones.

La *teoría de los actos propios* no puede ser aplicada automáticamente siempre que exista una contradicción entre dos comportamientos o siempre que el cambio en el comportamiento de nuestra contraparte no convenga a nuestros intereses.

Finalmente, cabe señalar que ya en 1987 —unos años después de las IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Argentina, en donde se terminó por imponer definitivamente el concepto de la *teoría de los actos propios*—, se realizó en El Chaco un nuevo encuentro en donde se concluyó que la *teoría*

75 López Mesa, Marcelo y Carlos Rogel Vide. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, p. 175.

76 Tribunal Supremo de España, Sala Sexta, 15/7/86 (*Ibid.*).

EDUARDO MARIO CASTILLO FERRARI

de los actos propios requiere que «no existe(a) una causa de justificación, es decir, que la ley no legitime el comportamiento contradictorio».[77]

Levantamiento del velo societario[78]

La teoría del levantamiento del velo societario y la doctrina del abuso del derecho están relacionadas, aunque son conceptos distintos.

La teoría del levantamiento del velo societario se refiere a la posibilidad de que un tribunal desestime la separación legal entre una empresa y sus propietarios para atribuir responsabilidad a estos últimos en determinadas circunstancias, como cuando se utiliza la estructura corporativa de manera fraudulenta o abusiva.

Por otro lado, la doctrina del abuso del derecho se refiere a la utilización de un derecho de manera excesiva o fraudulenta, con la intención de obtener un beneficio ilegítimo o causar daño a terceros. Esta doctrina busca evitar que las personas actúen de manera abusiva en el ejercicio de sus derechos, incluso si técnicamente están dentro de los límites legales.

En algunas situaciones, el levantamiento del velo societario puede estar vinculado a casos de abuso del derecho, especialmente cuando se utiliza la estructura corporativa de una empresa de manera fraudulenta para evadir responsabilidades legales o para perjudicar a terceros. La propuesta de reforma del Código Civil presentada en el Anteproyecto del 2005 recogía esta teoría en el artículo 78. Veamos:

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78.-** Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad 1. La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros. 2. Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.

77 López Mesa, Marcelo y Carlos Rogel Vide. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia. Op. cit.*, p. 101.

78 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984. Op. cit.*, pp. 81-84.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

	3. Si se realizaran actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica, a solicitud de parte legitimada el juez podrá desestimar su calidad de sujeto de derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente. 4. Las pretensiones a que se refiere el párrafo 2 anterior prescriben a los dos años de la realización del acto.

A partir del proyectado artículo 78, la voluntad de normarlo todo se hizo, incluso, más evidente. Así, era posible apreciar con mayor claridad cómo el Anteproyecto, que se suponía estaba compuesto por enmiendas *urgentes* y *necesarias*, en realidad estaba compuesto por todo aquello que la Comisión consideraba que el Código debería señalar, sin importar su necesidad, su utilidad e incluso sus consecuencias.

Los incisos 1 y 2 del artículo 78 propuesto se limitaban a recoger lo dispuesto en la norma vigente. De esta manera, el inciso 1 decía exactamente lo mismo que la primera parte del precepto actual, aunque, con otras palabras. El inciso 2 recoge el texto restante, aunque —curiosamente— sin modificar la frase *ninguno de ellos ni todos ellos*, modificación que resultaba más pertinente que la realizada en el inciso 1, para despojar a la norma de ese aire novelesco que la impregnaba.

Pero el proyectado inciso 2 no se limitaba a repetir lo dispuesto en el precepto actual, sino que establecía una salvedad. Dicha salvedad nuevamente resultaba innecesaria, pues norma especial prima sobre norma general. Hoy, sin necesidad de que ello se señale expresamente, esto es así, como se observa, por ejemplo, en la Ley General de Sociedades que regula supuestos de personas jurídicas en los que la responsabilidad de sus miembros no es limitada, como lo son la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad civil ordinaria. Si se dieran leyes específicas respecto a las personas jurídicas sin fines de lucro reguladas en el Código, estas normas primarían por aplicación del mismo principio.

En el inciso 3 se consagraba la controvertida doctrina conocida en *Derecho Comercial* y *Derecho Penal* como del levantamiento del velo societario, consagración que, definitivamente, es peligrosa por desestimar el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

principio de autonomía de la persona jurídica como sujeto de derecho distinto a sus miembros.

Y es que no hay otra forma de explicar cómo el artículo 78 se había *reproducido*. Decimos esto, pues no sólo se variaba su texto, sino que además se agregaba artículos nombrados de la A a la G. Con suerte no se llegó a completar el alfabeto y, lo que era una norma, se convertía en siete.

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-A**.- Denominación o razón social 1. Ninguna persona jurídica puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o similar a la de una persona jurídica preexistente. Se podrá utilizar una denominación o razón social similar si existe autorización para ello. 2. No se puede usar término o expresión alguna que induzca a error o confusión sobre la naturaleza o tipo de persona jurídica. 3. Tampoco se puede emplear una denominación o razón social que contenga marcas o nombres comerciales notoriamente conocidos, nombres de organizaciones o instituciones públicas, o en general, denominaciones legalmente protegidas, salvo autorización para ello.

En su momento, cuando analizamos detalladamente esta propuesta modificatoria señalamos que la solución aportada por este artículo, en realidad, había sido importada de otras normas sectoriales, como la Decisión Andina 486. Esto nos llevó a preguntarnos si era realmente necesario «colocar en el Código Civil cada una de las normas que se encuentran vinculadas a algún aspecto de la persona jurídica aun cuando las mismas ya formen parte del ordenamiento jurídico».[79]

79 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984. Op. cit.*, pp. 85-86.

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-B**.- Responsabilidad ante terceros 1. La persona jurídica responde por los daños que sus órganos, representantes o quienes desempeñen cargos directivos causen a sus miembros o a terceros cuando: a) Se produzcan el ejercicio o con ocasión de sus funciones; b) Provengan de acuerdos contrarios a la ley o al estatuto; c) Realicen actos con dolo, culpa o abuso de facultades. 2. Los integrantes de los órganos de la persona jurídica, los representantes de ésta o quienes desempeñen cargos directivos son responsables solidariamente con la persona jurídica.

Al igual que en el artículo anterior, ya habíamos plasmado nuestra opinión sobre esta propuesta normativa. A nuestro juicio, el inciso 2 incorporaba una norma que atentaba contra el principio que da sustento a la persona jurídica, es decir, el principio de autonomía.[80] Esta norma resultaba inadmisible jurídicamente, y desnaturalizaba el principio de responsabilidad limitada, característico de las personas jurídicas, según el cual los socios o integrantes de órganos directivos o representantes no responden personalmente por las obligaciones sociales.

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-C**.- Responsabilidad ante la persona jurídica 1. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica, integren sus órganos o la representen son responsables ante ella por los daños que se le causen derivados de los supuestos a que se refiere el artículo 78-B. No responden ante la persona jurídica quienes no hayan participado del acto causante del daño o hayan dejado constancia de su oposición al acuerdo adoptado.

80 *Ibid.*, p. 87.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

	2. Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria. 3. El acuerdo para exigir la responsabilidad a que se refiere el párrafo 1 debe ser adoptado por el órgano máximo o el órgano directivo de la persona jurídica, según corresponda. La pretensión indemnizatoria prescribe a los dos años.

En su oportunidad, también criticamos esta propuesta de artículo por no «decir nada que las normas generales de responsabilidad civil no digan. Con las normas de responsabilidad civil con que contamos actualmente llegaríamos a las mismas conclusiones, pero con la salvedad de que evitaríamos crear confusión en el camino».[81]

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-D.-** Finalidad La persona jurídica no tiene finalidad lucrativa cuando le está legalmente prohibida la distribución directa o indirecta entre sus miembros, de utilidades o excedentes que se aplican sólo a la realización de su objeto. Los miembros no tienen derecho al valor neto resultante de la liquidación en caso de disolución de la persona jurídica.

Al igual que en las normas proyectadas anteriores, también en su momento criticamos ésta por limitarse a «describir lo que todos conocemos como finalidad no lucrativa. Así, este artículo tan sólo plasmaba legislativamente lo que en la práctica nadie discute».[82]

81 *Ibid.*, p. 89.
82 *Ibid.*, p. 90.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-E.-** Oponibilidad. Prórroga de funciones 1. La modificación del estatuto, el nombramiento de los integrantes de los órganos de la persona jurídica de derecho privado, así como el de sus representantes, salvo en el caso de representación procesal, son oponibles a los terceros desde su inscripción registral. 2. Cuando hubiera concluido el periodo para el que fueron nombrados los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica, ellos continúan en funciones mientras no se produzca nueva elección.

En la misma línea de los comentarios anteriores, la crítica que formulamos a esta propuesta recaía en el hecho que reproduce la solución «que en la práctica y la razón han establecido. Siempre es necesaria la inscripción registral de los actos para que éstos sean oponibles a terceros».[83]

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-F.-** Renuncia 1. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos tienen derecho a que el registro inscriba su renuncia por el solo mérito de la solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de copia de la carta de renuncia con constancia notarial de haber sido entregada a la persona jurídica. 2. Tratándose de los representantes de las personas jurídicas se observará el plazo previsto en el artículo 154.

Respecto de esta propuesta, señalamos enfáticamente que, si bien ella resuelve una problemática práctica específica, su ubicación sistemática no corresponde a las disposiciones generales del título de personas jurídicas.[84]

83 *Loc. cit.*
84 *Ibid.*, p. 92.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78-G.-** Fin de la persona jurídica La calidad de persona jurídica subsiste después de inscrita la disolución durante el período de liquidación, quedando restringida su capacidad a la realización de los actos y contratos destinados a su extinción. Esta se produce con la inscripción registral correspondiente.

Y, finalmente, al igual que en los casos anteriores, la propuesta de este artículo contenía algo obvio, y es que «si se ha disuelto la persona jurídica y, sin embargo, ella aún no se ha liquidado, dicha persona jurídica sigue existiendo, pero como una persona jurídica en liquidación y, por ende, restringida en su actuación a aquello que se encuentre destinado a extinguirla».[85]

No nos explicamos cómo se juzgó *urgente* y *necesario* consagrar en el Código Civil un tema tan discutido en la doctrina. Asimismo, resultaba extraño que su inclusión no hubiera sido acompañada de la regulación de los requisitos que la doctrina le ha impuesto. De hecho, la teoría del levantamiento del velo societario no goza de aceptación unánime, pues como señala De Ángel Yágüez, una primera crítica es el peligro de que con su aplicación puedan «tambalearse algunos de los objetivos legítimos que la persona jurídica propicia». A esta crítica, se unen aquellas voces que consideran que esta «técnica» tiene sentido en un derecho de creación jurisprudencial, como el anglosajón, pero no en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista.[86] Para el citado autor, otras instituciones jurídicas como el fraude a la ley, el fraude a los acreedores o, incluso, el abuso del derecho, se presentan como soluciones adecuadas para muchos de los problemas que dicen resolverse con la aplicación del levantamiento del velo societario.

En tal sentido, resulta imprescindible tomar en cuenta que los actos aparentemente abusivos o fraudulentos que se realizan a través de una persona jurídica no necesariamente implican que deba dejarse de lado el principio de autonomía de la misma y aplicar la del denominado *levantamiento del velo societario*, pues el acto no será siempre fraudulento o abusivo en sí mismo. Ello

85 *Ibid.*, p. 93.

86 De Ángel Yágüez, Ricardo. «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas». Ponencia presentada por el autor en el ciclo del Plan territorial de formación de Cantabria para Jueces y Magistrados. Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Santander, 16 de noviembre de 1995, p. 17.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pues no hay que olvidar el concepto de fraude pauliano recogido en el Código Civil en el Libro de Acto Jurídico. De este modo, si son actos encaminados a enervar los derechos de sus acreedores, lo adecuado no sería levantar el velo, es decir, despojar de autonomía a la persona jurídica, sino declarar ineficaces tales actos para que la medida tenga verdaderos efectos sobre la persona jurídica. Esta pareciera ser la tendencia mayoritaria adoptada por los tribunales extranjeros, tal es el caso de Chile, por ejemplo. En efecto, los tribunales de ese país, salvo determinadas excepciones, de forma mayoritaria intentan solucionar los problemas de la sociedad con otras alternativas ofrecidas por el derecho, como la acción pauliana u otras, que sancionan el fraude.[87]

En España, esta doctrina también es de aplicación jurisprudencial. De hecho, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 673/2021 de 5 de octubre de ese año, vuelve a señalar, como motivos «clásicos» del levantamiento del velo «la infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso», aunque su ratio decidendi es solamente el fraude.[88]

Se observa, entonces, algo que el Anteproyecto del 2005 parece no advertir; y es que ese concepto de acto fraudulento que hemos delineado, vigente hoy en nuestro Código, es distinto que el que consiste en realizar actos ocultos o querer realizar actos fraudulentos en resguardo del patrimonio de uno o más socios.

Recoger (al igual que se recogió en el Título Preliminar del Anteproyecto del 2005, la doctrina de los actos propios) la doctrina del levantamiento del velo societario y, de este modo, hacerla de aplicación general a todas las personas jurídicas era en extremo peligroso. A estos argumentos se une, además, la opinión de Embid Irujo,[89] cuando señala que la teoría del levantamiento del velo societario no necesita de «tipificación, como consecuencia, entre otras cosas, de que su puesta en práctica encuentra su mejor caldo de cultivo en el "sano y prudente" criterio de los tribunales»; sin embargo, justamente por lo peligrosa que resulta su aplicación, esta es excepcional.[90]

87 Urbina Molfino, Ignacio. «Levantamiento del velo corporativo». En *Revista Chilena de Derecho*, 2011, vol. 38, n.° 1, p. 164.

88 Álvarez Royo-Villanova, Segismundo. «Levantamiento del velo societario: ¿Cuándo se debe aplicar?». En *Hay derecho*. Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/03/02/levantamiento-del-velo-societario-cuando-se-debe-aplicar/, 2 de marzo de 2022.

89 Embid Irujo, José Miguel. «Levantamiento del velo: sin prisa, pero sin pausa». En *Commenda. Grupo Investigador en Derecho de Sociedades*. Disponible en: https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/levantamiento-del-velo-sin-prisa-pero-sin-pausa/, 8 de enero 2023.

90 Para mayor abundamiento, en el tratamiento de la jurisprudencia española se pueden revisar las STS 191/2022, de 24 de enero y 3967/2022, 26 de octubre.

ESTUDIO FERRERO CASTRO FIDAE

El Proyecto de Reformas Urgentes de 2006 incorporó también en un artículo, y más específicamente en un inciso, esta doctrina, como se puede observar en el cuadro siguiente:

Código Civil de 1984	Proyecto de Reformas urgentes del 2006
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78**.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad 1. La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros. 2. Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta. 3. *Si se realizara actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica, el juez podrá, a solicitud de parte legitimada, desestimar excepcionalmente su calidad de sujeto de derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente.* 4. Las pretensiones a las que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto.

Una vez más nos encontramos frente a un artículo que reflejaba la tentación de querer incluir en el Código todas las discusiones doctrinales, aun cuando ellas no hayan llegado a una adecuada maduración como para ser introducidas en tan importante cuerpo legal. Hay que ser cautos. Insertarlo todo sin considerar las consecuencias va más allá de lo temerario, en especial cuando aquella inserción implica tomar partido por temas que en doctrina son polémicos y cuestionados por gruesos y lúcidos sectores.

Además, las consecuencias de esa falta de cautela no son pocas, pues una norma como ésta atenta contra la seguridad jurídica que sustenta a todo ordenamiento, atentando también contra principios fundantes de la persona jurídica, de su estructura y, también, de los incentivos para constituirla. Asimismo, estoy seguro de que en la práctica una norma de aplicación general como aquélla generaría un abuso constante e indiscriminado por parte de los agentes jurídicos.

Por último, el proyectado inciso 4 del año 2005 presentaba algunos errores. En dicho inciso se hacía remisión al párrafo 3, cuando la estructura del artículo propuesto está constituida por incisos. Esta equivocación anecdótica no era

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo único destacable en el referido inciso, sino también la falta de *urgencia* y *necesidad* de su introducción. Si bien deducimos que la Comisión consideraba *urgente* y *necesario* acompañar al fallido inciso 4 de un plazo, lo cierto es que el tema puede resolverse fácilmente aplicando el artículo 195 del Código Civil de 1984, el mismo que regula el tema de la ineficacia de los actos jurídicos por fraude pauliano, concordado con el inciso 4 del artículo 2001.

Sin duda, como ya hemos comentado en una obra anterior,[91] pese a que nuestro ordenamiento jurídico no consagra la doctrina del velo societario sí ofrece otros mecanismos de protección para quien se vea perjudicado o sorprendido por el actuar de la persona jurídica o sus miembros. No olvidemos que existen diferentes figuras a través de las cuales pueden solucionarse los distintos conflictos susceptibles de surgir. Frente a los vicios de voluntad existe, entre otras posibilidades, la opción de exigir la anulabilidad del acto jurídico, además de poder exigir, de haberse configurado un supuesto de responsabilidad civil, la indemnización correspondiente. En cambio, si se optara por la aplicación del velo societario, habría que demostrar la voluntad preordenada y manifiesta de cometer un acto fraudulento y rehuir de sus obligaciones.

Ahora bien, es cierto que cabe la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, nuestros tribunales sí apliquen esta doctrina, pero, como ya lo hemos afirmado, de ninguna manera significa que sea necesario modificar nuestro Código Civil para incluirla. Y, porque como hemos afirmado, podría resultar incluso peligrosa, pues los jueces podrían aplicar una norma tan general como la proyectada, de manera diversa, afectando con ello la predictibilidad que pudiese existir sobre la materia.[92]

La positivización de la doctrina del levantamiento del velo societario no sólo expone el patrimonio del accionista mayoritario y eventual gerente o director de la empresa, sino el de todos, incluso de los accionistas minoritarios que poco o nada tienen que ver con el manejo de la sociedad. En esencia, todo aquel que decidiera constituir una persona jurídica tendría que afrontar las consecuencias negativas y perjudiciales de la aplicación de esta doctrina, salvo, claro está, que se encuentre una vía alternativa, como suele ocurrir en nuestro país. En su oportunidad señalamos que uno de los riesgos potenciales podía ser la utilización del testaferro, es decir, los empresarios podrían optar por constituir sus empresas sin sus verdaderos socios, sino a través de la participación de terceros. Naturalmente, esta situación conllevaría que los socios reales evadan el pago de tributos o incluso propender a la comisión de actos ilícitos como el lavado de dinero.

91 Castillo Freyre, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 254-255.
92 *Ibid.*, p. 256.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En virtud de todo lo afirmado, no cabe duda de que la doctrina del levantamiento del velo societario debe ocupar el lugar que corresponde a una teoría cuya aplicación es y debe seguir siendo excepcional, para lo cual no bastaría con usar esta palabra en una norma que la positivice peligrosamente.[93]

Por último, la misma crítica que planteamos contra el Anteproyecto de 2005 y propuesta de artículo 78 con todos sus literales, la sostuvimos también en contra de la propuesta del Proyecto de Reformas Urgentes, cuyo artículo 78 también pecaba de extenso. Veamos:

Código Civil de 1984	Proyecto de Reformas urgentes del 2006
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78.A.-** Responsabilidad ante terceros 1. La persona jurídica responde por los daños que sus órganos, representantes o quienes desempeñen cargos directivos causen a sus miembros o a terceros cuando: a) se produzcan en el ejercicio o con ocasión de sus funciones; b) provengan de acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto; c) realicen actos con dolo, culpa o abuso de facultades. 2. Los integrantes de los órganos de la persona jurídica, los representantes de ésta o quienes desempeñen cargos directivos son responsables solidariamente con la persona jurídica. 3. En el caso del párrafo 2 no responden quienes no hayan participado del acto causante del daño o hayan dejado constancia de su oposición al acuerdo adoptado. 4. Las pretensiones a las que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto.

En los comentarios que publicamos años atrás sobre este proyecto señalábamos que las normas generales de responsabilidad civil, concordadas con las que regulan el tema de la representación en el Código vigente, logran, sin necesidad de una regulación específica, dar solución a los diferentes supuestos de responsabilidad que se pueden generar. La diferencia fundamental entre la

93 *Ibid.*, p. 261.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

norma proyectada y la del artículo 78-B del Anteproyecto de 2005 radicaba en la adición del inciso 3.

El inciso 1, que se repite tanto en este proyecto como en el anteproyecto, es innecesario e inofensivo, pues no genera problemas al plasmar lo que todos admiten como cierto, por derivarse de las normas y principios generales de la responsabilidad y de la especial estructura de la persona jurídica. Mientras que el inciso 2, sin considerar aún que el inciso 3 fue agregado al proyecto, sí representaba, a nuestro juicio, serios peligros por atentar contra el principio de autonomía de la persona jurídica.[94]

En su oportunidad señalamos que con una norma como la proyectada en el inciso 2 de ese artículo, aun el denominado *levantamiento del velo societario,* introducido en el artículo 78, dejaba de tener sentido. Esta contradicción fue percibida por la Comisión, la misma que al introducir el inciso 3 destruyó la presunción de solidaridad creada con el inciso 2.[95]

Código Civil de 1984	Proyecto de Reformas urgentes del 2006
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78.B.-** Responsabilidad ante la persona jurídica 1. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica, integren sus órganos o la representen, son responsables ante ella por los daños que se le causen derivados de los supuestos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 78-A. Es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 78-A. 2. Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria. 3. El acuerdo para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el párrafo 1 debe ser adoptado por el órgano de mayor jerarquía o el órgano directivo de la persona jurídica, según corresponda. La pretensión indemnizatoria prescribe a los dos años desde que queda firme la declaración de responsabilidad de la persona jurídica.

94 Cfr. Castillo Freyre, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil.* Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra-Garrigues Cátedra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, p. 262-264.

95 Idem. Ibid, pp. 262-264.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El inciso 1 del proyectado artículo 78-B, vinculado directamente con el proyectado artículo 78-A, no hacía sino otorgar a la persona jurídica la posibilidad de demandar al verdadero responsable por daños y perjuicios. Mientras que el inciso 2 sancionaba con solidaridad la pluralidad de responsables, mostrando la debilidad que la Comisión tenía por aquélla. Por su parte, el inciso 3 establecía que la persona jurídica podía demandar al responsable y ello debía aprobarse en la Junta General de Asociados. En resumen, este artículo tampoco aportaba nada nuevo, nada que las normas generales de responsabilidad civil no digan. Con las normas sobre responsabilidad civil con que contamos actualmente llegaríamos a las mismas conclusiones.[96]

Código Civil de 1984	Proyecto de Reformas urgentes del 2006
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	**Artículo 78.C**.- Oponibilidad. Vigencia de funciones 1. La modificación del estatuto, el nombramiento, el cese de los integrantes de los órganos de la persona jurídica de derecho privado, así como el de sus representantes, salvo en el caso de representación procesal, son oponibles a los terceros desde su inscripción registral. 2. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos tienen derecho a que el Registro inscriba su renuncia por el sólo (*sic*) mérito de la solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de copia de la carta de renuncia con constancia notarial de haber sido entregada a la persona jurídica. 3. Tratándose de los representantes de las personas jurídicas se observará el plazo previsto en el artículo 154. 4. Cuando hubiera concluido el período para el que fueron nombrados los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica, ellos continúan en funciones mientras no se produzca nueva elección.

Nuestras críticas a esta propuesta de artículo recayeron, en primer lugar, en el inciso 1, por reproducir la solución que la práctica y la razón han establecido. El inciso 2, que correspondía al inciso 1 del artículo 78-F del Anteproyecto de 2005, constituía una norma que sí daba solución a un problema de

96 *Ibid.*, p. 266.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

orden práctico y que no se limitaba a decir lo que todos sabemos. Sin embargo, la materia que aborda este precepto se condecía más con los reglamentos de Registros Públicos que con el Código Civil, pues se encargaba de establecer que un determinado acto —la renuncia de quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos— es inscribible.

El inciso 3, que se reveló como una reproducción del inciso 2 del artículo 78-F del Anteproyecto, lo que hizo fue establecer que para el caso de los representantes de las personas jurídicas se observara el plazo previsto en el artículo 154 del propio Código, es decir, estableció para este supuesto específico el plazo valiéndose de la remisión.

Finalmente, el inciso 4 no presentaba ninguna novedad y, a nuestro entender, resultaba innecesario. La seguridad jurídica y los principios registrales hacen que mientras no haya nueva elección, quienes forman parte de un órgano directivo y, por consiguiente, cuyo nombramiento ha sido inscrito en el registro correspondiente se mantengan en sus funciones.[97] Se trata de evitar un vacío durante ese período, además de que mientras no haya nueva elección son ellos a quienes los terceros considerarán como representantes de la persona jurídica por ser ellos los que se encuentran inscritos en el Registro.

Fraude a la ley

El fraude a la ley es una figura jurídica que se refiere a la utilización maliciosa o abusiva de la normativa legal con el propósito de eludir sus efectos o conseguir resultados contrarios a su finalidad. En otras palabras, consiste en la manipulación o distorsión de las normas legales para obtener ventajas indebidas o para evitar obligaciones legales.

En opinión de Díez-Picazo, el fraude a la ley puede entenderse, de manera general, como una determinada manera de comportarse frente a los deberes jurídicos que se imponen a las personas. Señala el citado autor que «frente a las reglas de derecho y a los deberes jurídicos puede la persona infringirlos de una manera frontal y paladina. Se produce entonces una evidente contravención de la norma y un acto *contra legem*. El acto fraudulento es una manera de eludir las reglas de derecho, de hacerlas vanas y de sustraerse a ellas no infringiéndolas frontalmente, sino buscando un medio artificioso o un subterfugio».[98]

97 *Ibid.*, p. 267.

98 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones». *Op. cit.*, p. 10.

Dada su importancia, varios códigos civiles han incorporado en sus textos normas dirigidas a reprimir el fraude a la ley tales como el Código Civil italiano, el Código Civil portugués, entre otros. El Código Civil español, por su parte, incorpora el fraude a la ley en su Título Preliminar, específicamente, en el inciso 4 del artículo 6. Esta decisión del legislador español, si bien ha sido ensalzada, también ha merecido críticas por su falta de precisión al describir la figura.[99]

Sin embargo, lo que no se puede negar es la relación que existe entre la teoría del abuso del derecho y la del fraude a la ley. La doctrina del abuso del derecho se refiere al ejercicio de un derecho de manera excesiva o contraria a su finalidad, causando perjuicio a terceros o violando principios jurídicos fundamentales como la buena fe. Por otro lado, el fraude a la ley se refiere a la utilización de medios o artificios legales para eludir la aplicación de una norma jurídica con el fin de obtener un resultado contrario al que esa norma busca.

Ambos conceptos comparten la idea de que se utiliza el derecho de manera indebida para alcanzar un objetivo que va en contra de los principios de justicia y equidad; sin embargo, mientras que el abuso del derecho se centra en el ejercicio excesivo o desviado de un derecho existente, el fraude a la ley implica la manipulación o el eludir la normativa legal para obtener un resultado ilegítimo.

El Anteproyecto de Reforma de 2005 propuso la incorporación de esta figura en el artículo IX, tal como sigue:

Código Civil de 1984	Anteproyecto de reforma del 2005
	Artículo IX.- Fraude a la ley Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.

Tal como lo comentamos en su momento, el proyectado artículo IX, en opinión de la Comisión, era un dispositivo que no tiene precedente en nuestros títulos preliminares e introducía el principio del *fraude a la ley;* agregando

99 *Ibid.*, p. 13.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

—en posición que compartimos— que no *necesitaba* ser establecido positivamente para que fuera aplicado, porque corresponde a lo esencial de la justicia en el Derecho. No obstante, la Comisión consideró mejor incorporarlo explícitamente en el texto para *que tenga plena vigencia.*[100]

En la proyectada norma se establecía que el acto fraudulento es nulo *salvo disposición legal distinta.* Ello equivale a decir que el legislador podría validar el fraude a la ley cuando lo crea conveniente, es decir que una decisión del legislador hecha norma pueda hacer válido un acto que, en esencia, es nulo por ser fraudulento. Una norma como esta desnaturalizaba el principio del fraude a la ley. En esencia, esta propuesta contenía un precepto calificable como defectuoso.

Más adelante, con el Proyecto de Reformas Urgentes de 2006, la figura del fraude a la ley se mantuvo, pero esta vez pasó del artículo IX a constituirse en el artículo II-C del Título Preliminar, como vemos:

Código Civil de 1984	Proyecto de reformas urgentes del 2006
	Artículo II-C.- Fraude a la ley Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.

El proyectado artículo II-C —destacaba la Comisión, como lo hiciera, con idénticas palabras, al justificar la introducción de *la doctrina de los actos propios*— era un dispositivo que no tenía precedente en nuestros títulos preliminares e introducía el principio del *fraude a la ley.*

Más que discutir la idea del fraude a la ley en sí, que como concepto busca rescatar la teleología de las normas y les da un valor específico muy importante cuando se trata de aplicarlas en casos de conflicto, queremos centrarnos en lo inadecuado del planteamiento propuesto por la Comisión.

100 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984.* con la participación de Verónica Rosas Berastain, Lima: Palestra, 2005. *Op. cit.*, p. 43.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En la norma se volvía a establecer que el acto fraudulento es nulo *salvo disposición legal distinta.* Volvemos a decir que esto equivale a decir que el legislador podría validar el fraude a la ley cuando lo crea conveniente, es decir que una disposición, que una decisión del legislador hecha norma, podría hacer válido un acto que, en esencia, es *nulo* por ser *fraudulento.*[101]

Finalmente, más adelante, encontramos esta tendencia a incorporar el fraude a la ley en las normas del Título Preliminar, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 2019, como sigue:

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del Código Civil del 2019
	Artículo II-B.- Fraude a la ley Se incurre en fraude a la ley cuando se celebra un acto que pretende eludir la aplicación de una norma imperativa amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.

Siguiendo la línea de pretender incluir conceptos o definiciones en el Código, el Anteproyecto del 2019 planteaba integrar a este cuerpo normativo el artículo II-B, donde se definía al fraude a la ley y se le sancionaba con nulidad. Sobre el particular hay que reiterar que no resulta indispensable la regulación del fraude a la ley, ello en tanto el acto que se celebre con fraude a la ley será evidentemente nulo por lo dispuesto en el actual artículo 219 del Código, dado que tiene fin ilícito (inciso 4).

Por lo demás, no entendemos por qué la norma establecía que el acto celebrado con fraude a la ley es nulo «salvo disposición legal distinta». Decimos esto habida cuenta de que no imaginamos un caso en el cual se pueda amparar a través de una norma legal expresa un caso de fraude a la ley. Ello sería aberrante.[102]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

101 Castillo Freyre, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, p. 207.

102 Ver también los comentarios que, sobre propuestas similares presentadas en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil del 2019, fueron vertidos en: Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto (2019) de Reforma del Código Civil peruano. Op. cit.* (ver pp. 39-41).

Aplicación de la ley en el tiempo

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

Antes de iniciar con los comentarios sobre esta norma, consideramos necesario, en primer lugar, resaltar el carácter de principio general que posee la norma contenida en el artículo III del Título Preliminar. Y, en segundo lugar, señalar que esta norma ha sufrido intentos de modificación. Veamos la propuesta planteada en el Anteproyecto de Reforma del 2005:

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil del 2005
Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.	**Artículo X**.- Aplicación inmediata e irretroactividad Las normas legales se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

La crítica fundamental que formulamos en su momento a esta propuesta fue que, en esencia, el texto del artículo X, que se proponía, era el mismo que el del actual artículo III del Título Preliminar. La modificación que se propuso fue reemplazar el término «la ley» por el de «normas legales», con el único fin —según la Comisión— de evitar interpretaciones demasiado literales y confusiones que no se presentan en la práctica. En conclusión, esta propuesta de modificación resultó ser intrascendente.[103] En el Proyecto de Reformas Urgentes de 2006 no se repitió esta propuesta de modificación.

103 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984, Op. cit.*, p. 43.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Volviendo al comentario del artículo en cuestión y, fundamentalmente, al análisis de su contenido, podemos apreciar que el artículo III del Título Preliminar acoge dos principios: la irretroactividad de la norma y la aplicación inmediata de la ley.

Consideramos necesario resaltar que la coexistencia de estos dos principios (el de la irretroactividad y el de la aplicación inmediata de la ley) no es obligatoriamente conflictiva. En realidad, rectamente entendidos, dichos principios no se contraponen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa la aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia, y el efecto inmediato encuentra sus límites precisamente en el principio de irretroactividad que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos.[104]

Comenzaremos analizando el principio de irretroactividad de las leyes. Como bien señala Sabina Sacco: «ninguna ley es retroactiva *stricto sensu*, puesto que la ley no puede ni reglamentar, ni modificar el pasado, sino solo extender sus consecuencias en el presente a situaciones que se produjeron en el pasado».[105]

Según la citada autora, la retroactividad es una ficción legal en virtud de la cual una ley nueva pretende extender su aplicación temporal al ámbito regido por una norma anterior.[106] Dicho de otro modo, una norma legal no puede aplicarse *retroactivamente* para modificar los efectos de actos jurídicos ya consumados antes de su promulgación.

Este principio se deriva de varios fundamentos jurídicos y principios constitucionales, como el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad y la protección de los derechos adquiridos. Su objetivo principal es garantizar la estabilidad y certeza en las relaciones jurídicas, así como proteger los derechos y expectativas legítimas de las personas frente a cambios repentinos en la normativa legal. Este principio se encuentra consagrado en constituciones, códigos y tratados internacionales en muchos países. Por ejemplo, está presente en la Constitución de varios países latinoamericanos como Argentina, Colombia y México. En Europa se reconoce en la Convención Europea de Derechos Humanos y en las legislaciones de diversos países miembros de la

104 Moisset de Espanés, Luis. *Irretroactividad de la Ley y el nuevo artículo 3 (Código Civil).* Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1976, p. 16.

105 Sacco Aquino, Sabina. «La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad». En *Revista Chilena de Derecho,* 2006, vol. 33, n.° 3, pp. 479-508, p. 481.

106 *Loc. cit.*

Unión Europea. En los Estados Unidos de América, el principio de irretroactividad está implícito en la cláusula de debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.

Para Véscovi, con quien coincidimos, la justificación del principio de irretroactividad surge fácilmente de la razón, el interés económico y la equidad. La ley, como todo orden normativo, sólo vale para el futuro: los actos ejecutados bajo el imperio de una norma jurídica deben continuar siendo válidos, aunque la nueva norma exija otros requisitos. El legislador no puede reprobar, so pena de contradicción lógica, que se le haya obedecido antes porque ahora se haya dictado una norma distinta. Es lógico que así sea.[107]

Como afirma el citado autor, existen, además, exigencias de utilidad social e interés económico que apoyan el principio. Las transacciones de los hombres necesitan seguridad para su desenvolvimiento. Y aquélla no existe si las personas, cuando realizan un acto piensan que éste pueda ser anulado, porque no se ajusta a una ley futura. Es indudable que si un derecho legítimamente adquirido pudiera ser luego castigado, no habría seguridad ni libertad, se viviría en una inquietud perpetua, se minarían los cimientos de la organización social.

Así las cosas, el principio de irretroactividad de las normas beneficia al sistema en su conjunto y, de igual manera, otorga seguridad jurídica al sujeto que, antes de la norma de reciente vigencia, ha venido confiando en una situación planteada favorablemente a él en la norma anterior. Este principio ha encontrado lugar entre los denominados derechos fundamentales, habiendo sido recogido también por nuestra Constitución en el artículo 103, lo que a su turno da lugar a interponer acción de amparo cuando se transgreda este derecho.[108]

Sin duda alguna, el principio de irretroactividad de la ley, presente en todos los sistemas jurídicos, es una expresión fundamental de la seguridad jurídica. Este principio garantiza que las leyes sean predecibles y que los actos realizados en el pasado no se vean afectados por cambios legislativos posteriores. En otras palabras, la irretroactividad busca mantener la estabilidad y la predictibilidad del sistema legal, estableciendo que las reglas del juego sean fijadas en un momento dado y no puedan ser modificadas para aplicarse retrospectivamente.[109]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

107 Véscovi, Enrique. *Introducción al derecho*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2005, p. 170.

108 Gutiérrez Camacho, Walter. «Aplicación de la ley en el tiempo». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I, p. 34.

109 Carbonell, Miguel y Eduardo Ferrer-McGregor. «Artículo 14». En *Derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, Sección III, vol. VI, p. 795. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/17.pdf

A nivel judicial, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación n.º 1641-96-Lambayeque deja establecido que este principio es esencial para la seguridad jurídica, permitiendo que los derechos adquiridos conforme a una ley anterior conserven su validez, sin ser afectados por una nueva ley, ya que esta última se promulga para regular situaciones futuras y no para modificar los efectos de hechos ya acontecidos, los cuales estaban sujetos a las disposiciones legales vigentes en el momento de su ocurrencia. En consonancia con esta sentencia, en ese mismo año, la Casación n.º 2097-96, estableció que «la garantía constitucional de irretroactividad de la ley sustantiva, importa que las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos efectos distintos de aquéllos que fueron previsibles dentro del orden jurídico existente en el momento de producirse».

Tanta importancia tiene este principio que nuestra Constitución Política lo recoge en su artículo 103, precisando que la ley «[...] no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo».[110] Esto significa que la retroactividad es permitida bajo ciertas condiciones

110 Cabe señalar que la retroactividad penal favorable al reo, en palabras de Lascuraín, «no es un mandato de seguridad ni se incluye en el principio de legalidad penal, sino que se constituye como una exigencia de justicia derivada del principio de proporcionalidad». La necesidad de aplicar la ley más favorable en ciertas circunstancias es una demanda del principio de proporcionalidad. Si bien el principio de legalidad generalmente dicta que se debe aplicar la ley vigente en el momento en que se comete una acción penal, y en ningún caso una ley posterior que perjudique al acusado, el principio de proporcionalidad podría requerir en determinados casos que la normativa aplicable sea una ley posterior al acto delictivo, aún desconocida por el autor en el momento de cometerlo. Estos casos se presentarían cuando dicha normativa posterior despenaliza la conducta o impone una pena menos severa. LASCURAÍN, Juan Antonio. «Retroactividad e irretroactividad de la ley penal: Comentario a los artículos 6 y 7 del Código Penal peruano». En *Revista Peruana de Ciencias Penales,* 2017, n.º 31, p. 372.

Sobre el principio de retroactividad benigna se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.º 02744-2010-PHC/TC, de 25 de octubre de 2010, en donde se precisa que el citado principio propugna «la aplicación de una norma penal posterior a la comisión del hecho delictivo a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al actor. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley sustentada en razones político-criminales en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida); y, esencialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución)». (fundamento n.º 4).

De otro lado, también es posible aplicar la retroactividad benigna en materia tributaria; así lo ha entendido Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de Casación n.º 9851-2017-Tacna, en donde el colegiado señala que la retroactividad benigna de las normas sancionadoras constituye una figura jurídica contemplada en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley n.º 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), concordante con el artículo 103 de la Constitución Política. Pero, además, señala que en materia tributaria sí cabe la posibilidad de aplicar la retroactividad benigna de las normas sancionadoras siempre que la nueva norma más beneficiosa para el administrado se haya dictado antes de que la Administración le impute responsabilidad administrativa, en cuyo caso se encontrará en «trámite» el procedimiento sancionador, limitación que se conserva incluso

y, en específico, en materia penal, siempre que beneficie al reo. Esta norma no hace más que ratificar el carácter excepcional de esta regla.

El principio de irretroactividad de la ley se apoya en la teoría de los hechos cumplidos. Ambos están estrechamente relacionados, pues comparten la preocupación por proteger las situaciones jurídicas que se han consolidado bajo una normativa legal previa y que han generado efectos jurídicos. La nueva norma únicamente alcanza a las situaciones y hechos futuros, pues los ya verificados (cumplidos) se rigen por la norma anterior. A partir de esta teoría y el principio de irretroactividad de la ley tenemos que en nuestro sistema jurídico las normas no pueden regir relaciones y hechos pasados, aunque sí puedan regir respecto de los efectos que aún sigan produciendo esos hechos o situaciones jurídicas.

Conviene señalar que es a partir de la reforma constitucional, en donde se modificó el artículo 103,[111] que se ha adoptado la teoría de los hechos cumplidos, dejando de lado la teoría de los derechos adquiridos.[112] El Tribunal

---

en la etapa de ejecución. La definición de «trámite» alude a las sanciones por infracciones que han sido imputadas al administrado, es decir, sanciones notificadas, pero que se encuentran dentro del plazo para ser impugnadas y, eventualmente, mientras se encuentre en trámite alguna impugnación planteada contra éstas.

A esta sentencia se suma la del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.° 4758-2005-PA/TC de 18 de agosto de 2005, en donde se discute la aplicación de una norma que estuvo vigente en 1992 referida al reconocimiento de pensiones. En efecto, la Ley n.° 23908 introdujo el concepto de pensión mínima en el Sistema Nacional de Pensiones, garantizando un monto mínimo para todos los pensionistas. Inicialmente equivalía a tres sueldos mínimos vitales y luego se ajustó al Ingreso Mínimo Legal hasta diciembre de 1992. A partir de entonces, el Decreto Ley n.° 25967 estableció un nuevo sistema de cálculo para las pensiones; sin embargo, la Ley n.° 23908 se siguió aplicando a quienes alcanzaron el punto de contingencia antes de diciembre de 1992. El Tribunal Constitucional señaló que por equidad se debe aplicar el artículo 1236 del Código Civil en casos de restitución de derechos. En el caso específico de una demandante, que adquirió el derecho a una pensión de jubilación antes de diciembre de 1992, le corresponde el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley n.° 23908.

111 El texto original del artículo 103 de la Constitución de 1993, además de consagrar la irretroactividad de las normas, no contenía —como tampoco la carta de 1979— una regla relativa a la aplicación inmediata de la ley en materia de conflictos de normas en el tiempo, cuya fórmula: «La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos [...]», con semejante tenor ya se hallaba consagrada en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1984 y estaba ratificada en el artículo 2121 del Título Final del mismo cuerpo de leyes. Dicho texto fue incorporado (o elevado a rango constitucional) luego de más de diez años de vigencia de la actual Constitución, en virtud de la modificatoria introducida por la Ley n.° 28389, de reforma constitucional, publicada el 17 de noviembre de 2004.

Con esta norma se incorpora la regla de la aplicación inmediata de la ley en caso de conflictos de normas en el tiempo. No sólo ha pasado a tener rango constitucional, sino que obviamente su aplicación es general para todos los casos, habiéndose seguido de esta manera la línea impuesta hace más de 20 años por el Código Civil de 1984. (Muro Rojo, Manuel. «Aplicación de la ley en el tiempo». En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo II, pp. 104 y ss.).

112 El texto del artículo 103 es el siguiente:

«Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica*

Constitucional, a través de la Sentencia n.° 0050-2004-AI/TC, así como en otras sentencias posteriores, ha ratificado esta posición, tanto es así que en el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente n.° 0020-2012-PI/TC, ha establecido en su fundamento 7 que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos.

En dicho pleno jurisdiccional, en el fundamento 6 se explica por qué se deja de lado la teoría de los derechos adquiridos. En efecto, esta teoría postula que una «ley posterior no puede tener efectos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley derogada por aquella», mientras que en la teoría de los hechos cumplidos «la ley desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos». La teoría de los derechos adquiridos parte del postulado de que los efectos de una nueva ley no pueden afectar derechos que se hayan adquirido bajo una ley anterior, los cuales mantienen su vigencia, conservan su validez y se sujetan a la norma que les dio origen.[113] Esta teoría reconoce los efectos inmediatos de la nueva ley, pero salvaguarda los derechos adquiridos al amparo de la ley derogada.

En un interesante artículo sobre el tema, Morales Luna[114] ha señalado que, a pesar de las numerosas propuestas existentes para definir la categoría de «derecho adquirido», aún persiste la falta de consenso en cuanto a asignar un significado preciso a este término. Además de esta cuestión estructural en la teoría, surgen otros problemas relacionados, como la determinación del momento y la forma en que se adquieren los derechos, así como la cuestión de si la protección de los derechos adquiridos frente a nuevas normativas se aplica únicamente en casos de deterioro o incluso ante normativas que resulten más favorables para el titular de los derechos.

Las dudas que despertaba la aplicación de esta teoría fueron aclaradas con las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional referidas a procesos en los que se cuestionaba la modificación de los regímenes pensionarios regidos por los Decretos Leyes n.°s 19990 y 20530. En estas sentencias, el Tribunal Constitucional precisó que por «derechos adquiridos» debe entenderse a los que «han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas» (fundamento 1 de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad

a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho» (el resaltado es nuestro).

113 Morales Luna, Félix. «La reforma constitucional y los derechos adquiridos». En *Derecho & Sociedad,* 2004, n.° 23, p. 277.

114 *Loc. cit.*

contra el Decreto n.° 25967) o que ya «han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no pueden privarnos» (fundamento 15 de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo n.° 817).[115]

Siguiendo a Morales Luna,[116] diremos que esta teoría puede resumirse en algunos postulados tales como que «los derechos se adquieren desde el momento en el que las personas configuran en la realidad los supuestos de hecho previstos en las normas para generar tal derecho; que, la posibilidad de regir de esta teoría en un ordenamiento jurídico depende de la existencia de una norma que así lo reconozca; y que las nuevas normas no podrán afectar derechos ya adquiridos sea para mejorarlos o para perjudicarlos. Su intangibilidad es absoluta».

Frente a esta teoría surge la de los «hechos cumplidos o actos consumados» que brinda una solución al derecho transitorio y esclarece el panorama. En aplicación de esta teoría «Los derechos no se adquieren, las personas sólo pueden ejercerlos mientras se mantenga vigente la norma que los reconoce. Derogada la norma, los derechos que reconocía desaparecen con ella».[117]

La teoría de los hechos cumplidos, conforme lo ha señalado la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Sentencia de Casación n.° 15740-2014-Lima, «sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Entonces, si se genera un derecho bajo una primera ley y luego de producir cierto número de efectos esa ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a ésta y ya no ser exigidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho de que se trate. Protege la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general».

La teoría de los hechos cumplidos se fundamenta, pues, en un imperativo de seguridad jurídica. Se considera esencial para garantizar la confianza en el sistema legal y para evitar la incertidumbre y la injusticia que podrían surgir si los actos pasados estuvieran sujetos a cambios constantes en la ley.

Como puede apreciarse, lo importante de la teoría de los hechos cumplidos y, por ende, también de la irretroactividad de las normas, es que establece que la aplicación inmediata de la nueva normatividad se da respecto de las

115 Morales Luna, Félix. «La reforma constitucional y los derechos adquiridos». *Op. cit.*, p. 278.
116 *Ibid.*, p. 279.
117 *Ibid.*, p. 280.

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

«consecuencias» de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas existentes, con lo que se distingue a éstos «en sí mismos», de sus «efectos».[118]

Esa distinción es significativa, constituyendo un elemento clave para determinar lo que consideramos una regla esencial de la aplicación de las normas en el tiempo en materia contractual, a saber, que un contrato que ha sido ya ejecutado y que, por ende, ha dejado de surtir efectos, no se ve afectado por la modificación de normas que, sea por integración supletoria o imperativa, formaron parte de su contenido.

El acierto de esta figura en la solución de los problemas surgidos como consecuencia de la aplicación de la ley en el tiempo es simple de explicar. La ley quiere distinguir entre las consecuencias que surgen de una situación jurídica y la situación jurídica misma. Dichas consecuencias —efectos— pueden ser de dos tipos: aquéllas que se produjeron con anterioridad a la vigencia de la ley, y las que se produjeron con posterioridad.[119] Cabe citar, al respecto, la Casación n.° 300-96:

> «El Código Civil vigente ha asumido como principio general que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo salvo la excepción prevista en la Constitución Política del Estado. De este modo, los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado código sustantivo consagran el principio de la aplicación inmediata de la ley, el que cuenta con la posición dominante en doctrina y se conoce con el nombre de la teoría de los hechos cumplidos. Sin embargo, la aplicación de normas en el tiempo supone una relación dialéctica entre el principio de seguridad y el principio de innovación legislativa dentro del sistema jurídico; para este efecto se ha establecido en vía excepcional y transitoria la aplicación ultra activa de algunas normas del Código Civil derogado en moderada inclinación hacia la seguridad jurídica a fin de lograr la mayor equidad posible en cada caso que se someta al conocimiento de la tutela jurisdiccional».

En ese orden de ideas, podemos sostener que la irretroactividad es en realidad un principio general por el que se pone límite temporal a la aplicación de la nueva ley. Así, nuestro ordenamiento jurídico considera injusto aplicar una ley nueva a actos que fueron realizados en el momento en que dicha ley no existía y que, por consiguiente, no podía ser conocida y mucho menos acatada.

118 Muro Rojo, Manuel. «Aplicación de la ley en el tiempo». *Op. cit.*, p. 106.

119 Gutiérrez Camacho, Walter. «Aplicación de la ley en el tiempo». *Op. cit.*, p. 36.

El otro principio recogido en la norma bajo comentario es el de aplicación inmediata de la ley. Una ley entra en vigor de inmediato al aplicarse a todas las situaciones existentes desde su promulgación: la nueva legislación invalida la anterior, incluso para situaciones jurídicas que surgieron durante la vigencia de la ley anterior. Debido a este efecto inmediato, los efectos de la legislación anterior que ocurrieron después de la entrada en vigor de la nueva normativa quedan sujetos a esta última.[120]

Dicho en otros términos, este principio reconoce los efectos jurídicos de una norma mientras tenga vigencia, es decir, desde su promulgación hasta su derogación.[121] Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente n.º 0021-2003-AI/TC, de 24 de junio de 2004, que la publicación de una norma «determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad [...], pero no determina su constitución, pues ésta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas». La vigencia, en palabras de Marcial Rubio, es «una circunstancia de hecho en relación con el nacimiento de la norma: si la dictó el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y la promulgó el órgano a su vez competente para ello, entonces la norma está vigente».[122] Y la eficacia está relacionada con la publicación, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, «una ley que no ha sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia» (fundamento 4).

En resumen, el principio de aplicación inmediata de la ley es un pilar fundamental en el ámbito jurídico que establece que una norma entra en vigor tan pronto como es publicada, sin necesidad de esperar un período de tiempo adicional. Esto significa que una vez que una ley es promulgada comienza a regir de inmediato y debe ser aplicada a todas las situaciones que se presenten a partir de ese momento.

Sin embargo, es importante distinguir entre los términos «vigencia» y «eficacia» de la norma. La vigencia se refiere al período de tiempo durante el cual una ley está en vigor, es decir, desde su entrada en vigor hasta su derogación o abrogación. Por otro lado, la eficacia se refiere a la capacidad de la norma para producir efectos jurídicos y regular las relaciones entre las partes.

120 Sacco Aquino, Sabina. «La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad». *Op. cit.*, p. 482.

121 Jiménez Alemán, José Alonzo. «Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho Administrativo». En *Derecho & Sociedad*, n.º 54, p. 358.

122 Rubio Correa, Marcial. «La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thēmis*, 2004, n.º 51, p. 9.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, aunque una ley pueda entrar en vigor inmediatamente después de su promulgación, su eficacia puede variar dependiendo de diversos factores como la existencia de disposiciones transitorias, la necesidad de reglamentación o la aplicación retroactiva de la norma.

La aplicación de las normas en el tiempo en materia contractual

La problemática de la aplicación de las normas en el tiempo en el ámbito contractual es una cuestión compleja que puede generar incertidumbre y disputas entre las partes involucradas. Esta problemática se deriva principalmente de la naturaleza dinámica del Derecho, donde las leyes y regulaciones pueden cambiar con el tiempo, afectando así la interpretación y ejecución de los contratos celebrados en el pasado.

Al analizarse este fenómeno, resulta necesario identificar dos niveles. En el primero, debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema jurídico rige la teoría de los hechos cumplidos y de la irretroactividad de las normas.

En el segundo, debe considerarse que el artículo 62 de la Constitución consagra el principio de intangibilidad de los contratos, el cual supone aceptar que, como regla general, el contenido de un contrato que fue celebrado válidamente y conforme a las normas vigentes al momento de su celebración, no se ve afectado por la modificación posterior de esas normas. La excepción a esa regla se restringe únicamente a aquellos aspectos que, referidos a contratos que todavía se encuentran surtiendo efectos, conciernan cuestiones que involucren normas de orden público.

Por supuesto, para entender los alcances del artículo 62 de la Constitución hay que entender también los alcances del artículo 1355 del Código Civil.[123]

El intervencionismo del Estado en los contratos

> **Artículo 1355.-** La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

123 Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general*. Por publicar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. El contrato no sólo cumple una función individual, sino también una social

En nuestro sistema de vida todos contratamos a diario. Y es que no cabe duda de que el contrato se presenta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y de los servicios en tanto permite que sean los particulares quienes regulen sus relaciones, de modo que sus intereses puedan verse satisfechos.

No obstante, como veremos a continuación, el concepto que actualmente tenemos de contrato no descansa únicamente sobre esta visión individualista.

Actualmente se reconoce que el contrato sirve a los contratantes para la obtención de las más variadas finalidades prácticas, toda vez que se suele decir que también sirve al interés general. Hoy, por lo tanto, se considera la posibilidad de una doble función de este importante instrumento jurídico: la individual y la social.

En tal sentido, Díez-Picazo,[124] en opinión que compartimos, asevera que la concepción que hoy se maneja de contrato responde, en su más profundo fundamento, a una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos.

Así, comenta, en primer lugar, que responde a un presupuesto económico propio de una economía liberal fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones.

Además, señala, en segundo lugar, que el contrato se basa en la idea de la igualdad sustancial de las partes contratantes. Dentro de esta perspectiva se afirma que el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico.

Por último, Díez-Picazo indica que el tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto a la idea de la preponderancia de la libertad individual, lo que, en definitiva, constituye una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto.

124 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. 6ta. ed. Madrid: Thomson - Civitas, 2007, tomo I, p. 137.

Finalmente, el citado autor advierte que el reconocimiento de este último presupuesto nos lleva a admitir también, la posibilidad de que el contrato pueda llegar a convertirse en un instrumento de opresión económica en aquellos supuestos en los que uno de los contratantes es frente al otro lo suficientemente fuerte como para convertirse, de hecho, en legislador único de la situación emergente.

Es en el marco delineado que se justifica la intervención del Estado a través de una legislación limitativa, mas no restrictiva, de la autonomía privada de los individuos.

Lo expuesto, en palabras de Carlos Fernández Sessarego,[125] permite comprender cómo el Derecho cumple una doble función, la misma que es conforme con la estructura bidimensional de la naturaleza humana. Por un lado, se protege al ser humano en cuanto tal, con la finalidad de que, en tanto ser libre, pueda realizar su proyecto de vida y, de otro lado, salvaguarda el bien común, el interés social, el derecho de los demás. El bien común, por la calidad social que ostenta el hombre, es el bien de todos y el de cada uno. Todo lo que acontece en la sociedad compromete, por consiguiente, al ser humano en tanto individuo y todo lo que le sucede al individuo repercute, en alguna medida, en la comunidad.

Lo cierto, entonces, es que el contrato no sólo tiene incidencia en la esfera particular de los sujetos a quienes relaciona, sino también en la vida social.

Como expresaba Fernando J. López de Zavalía:[126]

> El liberalismo económico sublimó el papel del contrato. Entendió, por un lado, que a través del contrato encuentran su satisfacción los intereses de las partes, pero agregó algo más: que, por el juego de la entera libertad en el contrato, encontraba su mejor satisfacción también el interés general. El individuo al actuar como si estuviera guiado por una mano invisible, persiguiendo su propio interés, promueve «frecuentemente el de la sociedad más eficientemente que cuando intenta promoverlo».

Esa función social —que convive con la función individual también propia de esta institución— hace necesaria la intervención del Estado de modo que se proteja el bien común.

125 Fernández Sessarego, Carlos. «Prólogo». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 9.

126 López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía (ed.), 1984, p. 30.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Según Arias-Schreiber,[127] el contrato, en la concepción recogida por el Código Civil de 1984, se caracteriza, por consiguiente, por los siguientes rasgos: la defensa del contratante débil frente al fuerte, especialmente en los contratos celebrados por adhesión y en los contratos tipo; el respeto de la buena fe del otro contratante y la tutela de la confianza; la exclusión de los intereses no merecedores de tutela; la inserción automática de ciertas cláusulas; la integración del contrato mediante la voluntad de la ley; el respeto al derecho de los terceros en la simulación; la necesidad de que el error pueda ser conocido por la contraparte para que tenga relevancia; la rescindibilidad (*sic*) del contrato concluido en estado de peligro o por efecto de lesión; la exigencia de que el incumplimiento tenga considerable importancia para que se admita la resolución del contrato; entre otros.

Éstas, como subraya Messineo,[128] son otras tantas manifestaciones de un nuevo espíritu contractual que no se puede reducir al principio de sociabilidad. Dicho principio constituye el correctivo a una concepción excesivamente individualista y a una disciplina en ella inspirada, teniendo como principal aspecto la preeminencia de los intereses generales sobre los intereses particulares.

Debemos hacer notar que este cambio esencial con el cual se acepta que el contrato no sólo tiene una función individual, sino además una social, también se ha dado en nuestro medio.

Felipe Osterling Parodi[129] —en el discurso que pronunció en el año 2000 con motivo de la presentación de los primeros tres tomos del *Tratado de los contratos típicos* de uno de los coautores del presente libro— expresó, en ese sentido, que un claro reflejo de ese cambio y esa nueva perspectiva del Derecho contractual se encuentra dado por el contraste entre el Código Civil de 1984 y su predecesor de 1936:

> Entre ambos cuerpos normativos existen diferencias que se derivan de los distintos contextos y períodos históricos en los que cada uno se inserta.
>
> El Código Civil de 1936 respondía a una realidad particular cuyos fundamentos ideológicos guiaron sus preceptos normativos. Aquel Código fue concebido en una época en la que el Estado asumió un

127 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Contratos: Parte general*. 2da. ed. Lima: Studium editores, tomo I, p. 33.

128 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I, pp. 20 y 21.

129 Osterling Parodi, Felipe. Palabras de presentación de la obra *Tratado de los contratos típicos*, de Mario Castillo Freyre, pronunciadas en Lima, con fecha 14 de noviembre de 2002.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

rol pasivo en relación con la protección y tutela de las libertades del individuo.

En este marco, el presupuesto indispensable del Derecho era la protección de la libertad del individuo. Este último era conceptualizado prácticamente como un soberano o legislador privado capaz de crear leyes de uso personal por intermedio del contrato.

En esta época el hombre se había convertido en la razón de ser y la finalidad de todas las leyes. El interés se centró en el desarrollo pleno de su libertad; en el ejercicio de su libre albedrío; en la construcción de las relaciones jurídicas en las que estaba inmerso sobre la base de su querer individual; y en el respeto total a dichas relaciones en los términos en que fueron concebidas de tal manera que sólo podían ser modificadas por él mismo. Frente a esa búsqueda de libertad, la justicia pasó a ocupar un segundo plano.

El individualismo, base del sistema liberal, privilegió, de esta manera, la libertad individual con la que la construcción del dogma de la autonomía de la voluntad se elevó por encima de cualquier valor colectivo.

Esta visión del mundo fue plasmada legislativamente en el Código Civil de 1936, cuyas normas y preceptos exaltaban, a través de la regulación de ciertas instituciones, la libertad del hombre. Las relaciones jurídicas patrimoniales fueron agrupadas en torno de los conceptos de propiedad y de contrato, olvidando, sin embargo, que sin igualdad económica la libertad jurídica se convierte en un anhelo utópico.

Cuando los hechos prescinden del Derecho, la juridicidad es puesta en crisis y la sociedad también deja de lado a los operadores jurídicos. De aquí que la constatación del divorcio existente entre las normas, sus presupuestos y objetivos, y los hechos concretos que debían regular incidieron en la modificación de los postulados clásicos del liberalismo que fue debilitándose gradualmente.

Todo derecho empieza a concebirse con una *función social*. El hombre puede ejercitar su libertad en armonía con el derecho de los otros. Bajo esta nueva perspectiva se desarrolla el concepto de la *función social de la propiedad* que despoja al derecho de propiedad su carácter absoluto. En el mismo sentido, la libertad contractual se orienta hacia una búsqueda de armonía entre su ejercicio y el interés social.

Los cambios sociales, los avances científicos y tecnológicos y el desarrollo creciente de la industria, entre otras razones, han sido las causas de las grandes transformaciones producidas en el derecho

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> privado, al que la vida y sus exigencias presiona cada vez con mayor fuerza para adecuarlo a ella.
>
> Así, se llegó a aceptar la necesidad de renovar el Código de 1936. Se aceptó —tal y como se hizo notar en la introducción del Proyecto de Reforma en el que tuve el honor de participar presidiendo la Comisión encargada de su elaboración— que somos actores de una época en la que el totalitarismo, el estatismo absorbente y el colectivismo exacerbado, son repudiados en todas sus formas, reconociéndose en su lugar como fundamentos esenciales la democracia social, la libertad y la vigencia plena del Estado de derecho.
>
> Igualmente, el cambio ideológico producido en aquellos años trajo consigo el reconocimiento de que el Derecho es social tanto en su origen como en su fin, imponiéndose una interrelación concreta y dinámica entre los valores colectivos y los individuales, con el firme propósito de que la persona sea preservada sin privilegios y exclusivismo, superándose con ello el individualismo absoluto.

Hasta aquí las expresiones del profesor Osterling.

La regulación establecida en nuestro Código Civil en materia contractual contempla así, en sus diferentes normas, la ideología que orienta a la época en general: La comprensión de que el Derecho debe equilibrar los intereses colectivos e individuales. Como advierte Mosset Iturraspe,[130] «el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social».

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la autonomía privada sigue siendo el fundamento del contrato. No obstante, dicha autonomía no se concibe como total y absoluta, sino que su propio concepto invoca también el concepto de límites, de modo que el orden individual y el social no colisionen.

2. Alcances del artículo 1355

Una primera lectura de la norma contenida en el artículo 1355 nos deja en claro que la misma importa un reconocimiento explícito del intervencionismo legislativo.

El contrato no debe abandonarse al uso y abuso de las partes, pues precisamente el contrato puede convertirse en instrumento que atente contra los

130 Mosset Iturraspe, Jorge. *Justicia contractual.* Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 79.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

intereses más caros del hombre. La libertad no es garantía de la igualdad, y la desigualdad en el contrato es el origen de la tiranía contractual.[131]

Como todas las libertades, también la negocial se inserta por otra parte en un contexto de valores constitucionales genéricamente ordenados. En particular, la evolución en sentido social de los derechos fundamentales tiende a privilegiar la solidaridad social sobre la libertad individual. La autonomía privada, por consiguiente, puede y debe ser controlada para garantizar relaciones justas.[132]

Tal intervencionismo, como hemos anotado en páginas anteriores, se funda en una concepción social del contrato que reconoce que el mismo no sólo cumple una función individual y, por ende, no puede dejarse de lado el interés general.

A decir verdad, son diversas las dudas que han surgido a partir del artículo 1355 del Código Civil, las cuales se centran, esencialmente, en los alcances de la norma.

Para dar respuesta a esta interrogante lo primero que debemos resaltar es que en tanto la norma dice que la ley puede establecer limitaciones o imponer reglas, se entiende que se trata de que tal ley tendrá carácter imperativo y no dispositivo. Sostener algo distinto no sería lógico, pues por el principio de autonomía privada que rige en materia contractual nada impide que los contratantes pacten en contra de las denominadas normas dispositivas o supletorias.

Ahora bien, a partir de esta premisa cabe preguntarnos si el contenido del artículo 1355 es de aplicación únicamente a los contratos a celebrarse o, incluso, si puede ser aplicado a los contratos ya celebrados por las partes antes de la dación de la ley a la que se refiere el precepto bajo comentario.

Quienes optan por la primera interpretación, esto es, por aplicar la norma sólo a los contratos a celebrar, lo hacen argumentando que cuando un contrato ya ha sido celebrado sobre el principio de la autonomía privada, las estipulaciones de aquel son obligatorias para los contratantes y no pueden ser modificadas por ley posterior, pues ello significaría violentar su libertad de configuración contractual, creando, además, una relación jurídica distinta de la convenida por las partes.

Los que —por el contrario— se inclinan por aceptar que la aplicación del artículo 1355 abarca también a los contratos ya celebrados sostienen que si la

131 Gutiérrez Camacho, Walter. «Economía de mercado y contratación». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 154.

132 Bianca, Massimo. *Diritto civile. Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, tomo III, p. 32.

finalidad de esta norma fuera que se aplicará sólo a los contratos a celebrarse, no tendría sentido su existencia, pues su propósito ya habría sido alcanzado por el artículo 1354, que limita la autonomía privada de las partes, prohibiendo que contraten en sentido contrario a normas de carácter imperativo, las mismas que se superponen a la voluntad de los contratantes.

Para nosotros, la posición correcta es la segunda, máxime cuando, como hemos explicado, la norma se enmarca en la función social de la contratación y los valores superiores que justifican una intervención estatal en los contratos.

Para encontrar significado a la norma del artículo 1355 y que ésta tenga algún efecto es necesario, por ende, admitir que las reglas y limitaciones a las que se refiere rigen tanto para los contratos ya celebrados antes de dictarse la ley que las imponga como para los que son celebrados después.

En nuestra opinión, lo dispuesto en el artículo 1355 del Código Civil complementa las limitaciones a la autonomía privada establecidas por el artículo 1354.

Y es que la autonomía privada no es total y absoluta, por lo que no habrá un acuerdo válido cuando éste vaya en contra de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Al respecto, cabe recordar que en aplicación del artículo 1354 cuando las partes acuerdan reglas contractuales que van en contra de normas imperativas vigentes, lo que ocurre es que tales reglas pueden ser declaradas nulas, debiéndose integrar al reglamento contractual las referidas normas imperativas que se habrían contravenido.

Pues bien, en aplicación del artículo 1355 ocurre algo similar, aunque en un momento distinto. Y es que parte de entender que el contrato ya ha sido celebrado y que al momento de su celebración el reglamento contractual no vulneraba normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. No obstante, en un momento posterior a la celebración de ese contrato, esa situación cambia estableciéndose nuevos límites a la autonomía privada que el contrato en cuestión estaría transgrediendo. En ese caso, las cláusulas existentes que fueran opuestas a esos nuevos límites quedan automáticamente sustituidas por integración imperativa, sin que sea necesaria una indicación expresa de la ley en ese sentido.

Cabe precisar que el artículo 1355 reconoce que el contenido de los contratos puede variar en atención a los límites a la autonomía privada que surjan con posterioridad a su celebración. Y lo hace reconociendo que tales límites que justifican que el contrato no sea intangible o inmodificable respondan al interés social, al interés público o al interés ético.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

Establecer, como lo hace el artículo 1355, que se pueden imponer reglas o limitaciones a los contratos por razones de interés social o interés ético, en nuestra opinión, es equivalente a establecer que esas reglas o limitaciones responden al orden público y a las buenas costumbres.

En realidad, el interés social también podría incorporarse dentro de la noción de orden público. Empero, también cabe como aquel interés que justifica que el Estado intervenga en determinadas actividades a efectos de asegurar que aquellas funcionen de manera adecuada y se maximice el bienestar social.

Al respecto, y como hemos anotado en ocasiones previas,[133] cabe señalar que entendiendo la regulación desde su acepción amplia, esto es, como intervención estatal, tenemos que la misma puede definirse, a grandes rasgos, como la actividad que realiza el sector público para limitar, delimitar e incentivar o desincentivar un tipo de actividad en particular en algún sector económico concreto.

En esencia, se entiende que el sector público sólo puede intervenir en el mercado cuando dicha intervención sea necesaria para maximizar el beneficio social.

El beneficio social se encuentra conformado por dos componentes cuya consecución sería lo que justificaría la regulación o intervención estatal. Esos dos componentes son la equidad y la eficiencia.

La equidad es una idea que se desarrolla en un contexto social, pues es la sociedad quien le otorga contenido, de aquí que el mercado que, en definitiva, es el resultado de las decisiones individuales de agentes económicos que buscan su propio bienestar, no se orienta a su consecución. Por el contrario, puede afirmarse que la propia naturaleza del mercado determina que a través de su libre funcionamiento ésta no pueda alcanzarse, sencillamente porque es la sociedad como grupo y no como individuos la que se adhiere a la idea de equidad.

En ese sentido, se admite la intervención estatal cuando ella se sostenga en razones de equidad. En esos casos, la intervención estaría orientada en forzar el resultado distributivo que se quiere obtener y que no se logrará dejando que el mercado actúe libremente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

133 Rosas Berastain, Verónica. «Análisis de impacto regulatorio: Ley de responsabilidad por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos». Tesina presentada en junio de 2011 para obtener el grado Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca.

Desde el punto de vista de la eficiencia, la intervención sólo se justificaría si existiera algún obstáculo que impidiera que el mercado logre por sí mismo una asignación eficiente de los recursos.

Entonces, sea por razones de equidad o por razones de eficiencia debidamente justificadas, podríamos estar ante situaciones en las que el interés social hace necesario que el contenido de los contratos pueda verse modificado por una regulación que, entrando en vigencia en momento posterior a la celebración de éstos, se superponga a las reglas contractuales con las que su coexistencia resulta incompatible.

3. El artículo 62 de la Constitución no derogó tácitamente el artículo 1355 del Código Civil

Un tema que ha generado mucha polémica es la manera en que ha afectado el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú (promulgada el 29 de diciembre de 1993 y que rige desde el 31 de diciembre de 1993) la vigencia del artículo 1355 del Código Civil. El texto del citado precepto constitucional señala lo siguiente:

> **Artículo 62.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
>
> Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

En efecto, el artículo 62 de la Constitución peruana de 1993 introduce el principio de intangibilidad del contrato que, interpretado desde una visión literal e histórica, implicaría aceptar que, al entrar en vigencia la Constitución, quedó derogado tácitamente el artículo 1355 del Código Civil, en tanto este último admite el intervencionismo legislativo.

Carlos Fernández Sessarego[134] asumía una posición radical contra el artículo 62, afirmando que el artículo 62 de la Constitución excluye teóricamente al Estado de modo absoluto, aunque irreal, de toda injerencia, por mínima que

134 Fernández Sessarego, Carlos. «Prólogo». En *Contrato y mercado. Op. cit.*, p. 7.

ESTUDIO MIRO QUESADA CASTILLO FREYRE

ella sea, en la contratación. Agregaba en maestro sanmarquino que se deja de lado, como si no existiesen en la realidad de la vida y en lo más hondo de nuestra conciencia, tanto el interés social como el público y hasta el ético. Según la regla jurídica bajo análisis, ninguno de estos intereses comunitarios existe para el Derecho, por lo que carecen de importancia. Su aplicación a través de la contratación permite que se agravien, sin mayor problema ni consecuencias jurídicas, los intereses de la comunidad.

El citado autor sostenía que, de acuerdo con lo prescrito en dicha norma, únicamente son dignos de protección los intereses individuales, esto es, los intereses privados de los sujetos contratantes. Aquellos intereses, por ende, permanecen incólumes ante cualquier requerimiento social de verdadera trascendencia, como si sus protagonistas vivieran en una isla, como si fueran los únicos seres existentes en la sociedad.

El recordado profesor llegaba incluso a calificar de inverosímil el objetivo que se pretendía lograr con el artículo 62 de nuestra Constitución.

Dentro de tal orden de ideas, Fernández Sessarego[135] señalaba lo siguiente:

> La norma en referencia consagra por ello, en sentido contrario, el absoluto desconocimiento de la existencia de otros seres humanos aparte de los contratantes y, por lo tanto, del derecho de los demás, concentrado en el interés social y en el bien común que le sirve de sustento filosófico. Para los inspiradores y sostenedores del artículo 62 no existen los intereses derivados de la convivencia social. Pareciera que el constituyente de 1993 hubiese ignorado algo tan evidente como elemental como es el que, en ciertos casos, la indebida protección del interés privado frente a cualquiera justificada manifestación del interés social puede lesionar, a través de una decisión individual, los derechos humanos de los otros miembros de la comunidad, los que quedan del todo desprotegidos [...].
>
> La norma recogida en el numeral 62 de la Constitución, por lo expuesto, nos traslada a un tiempo y a una práctica superada por la civilización contemporánea. Mediante dicho artículo, sus inspiradores ideológicos pretenden que el Estado proteja, de modo absoluto y sin resquicios, a los detentadores del poder económico o político frente a los débiles y a los desprotegidos, frente al ciudadano común y corriente, que son los más, ante los consumidores, que somos todos. Es decir, se trata del deterioro de la justicia como valor supremo del Derecho.

135 Fernández Sessarego, Carlos. «Prólogo». *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, Carlos Cárdenas Quirós,[136] al analizar el texto del artículo 62 de nuestra carta política, señala que si el mismo impide que cualquier norma legal, aun cuando tenga carácter imperativo o de orden público, no puede afectar un contrato en curso de ejecución, esto significa que las disposiciones legales que tuvieron vigencia al tiempo de su celebración mantendrán pleno vigor en la duración del contrato, sin que su modificación, suspensión o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial específica. Ello —argumenta— no es otra cosa que la ultraactividad de la ley, característica esencial de los contratos de estabilidad normativa o contrato-ley.

El citado autor considera que la intangibilidad de los contratos es relativa, puesto que sólo alcanza a las normas dispositivas, mas no a las normas de orden público.

Cárdenas Quirós,[137] tras realizar un exhaustivo análisis del artículo 62 de la Constitución, afirma que una interpretación sistemática de aquél dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico debe partir de la premisa de que las partes no pueden pactar en contra de normas imperativas. Tal premisa permite concluir, a entender de este autor, que si dichas normas son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas de la misma naturaleza, estas últimas tomarán el lugar de las primeras; lo que no ocurrirá si las nuevas normas tienen carácter puramente supletorio.

Con este razonamiento, Cárdenas Quirós concluye en que el primer párrafo del artículo 62 debe interpretarse en el sentido de reservar la intangibilidad de los contratos únicamente a aquellos aspectos que no conciernan cuestiones que involucren normas de orden público, interpretación que, afirma, mantendría la coherencia de nuestro sistema jurídico. Si bien el propio Cárdenas Quirós reconoce que a su propuesta puede criticársele por ser incompatible con el propósito que el constituyente ha dejado en evidencia en los trabajos preparatorios, resalta que el valor del elemento histórico es relativo y debe prevalecer la interpretación subjetiva.

De admitirse esta interpretación, que restringe los alcances de la norma constitucional, el artículo 1355 del Código Civil de 1984 conservaría su vigencia.

Por otra parte, Walter Gutiérrez Camacho[138] se adhiere a la tesis de la inviabilidad del artículo 62 de nuestra actual Constitución por considerar que

136 Cárdenas Quirós, Carlos. «Autonomía privada, contrato y constitución». En: *Contrato y mercado. Op. cit.*, pp. 76 y ss.

137 Cárdenas Quirós, Carlos. «Autonomía privada, contrato y constitución». En: *Contrato y mercado. Op. cit.*, p. 76 y ss.

138 Gutiérrez Camacho, Walter. «Economía de mercado y contratación». *Op. cit.*, p. 154.

el mismo, al preconizar la indiferencia del Estado en materia contractual, atenta contra la corriente de pensamiento que hoy impera y que reconoce que el contrato debe cumplir una función social.

Este autor, luego de analizar la tesis diseñada por Cárdenas, afirma: «Es difícil no estar de acuerdo con esta posición. No obstante estar conforme con lo planteado nos apartamos un tanto del fundamento. No es sólo un problema de humanización del contrato, que por cierto es necesario y deseable introducir en el fenómeno contractual, sino de elemental sentido común. En efecto, el propio Estado habría dado una norma que lo habría decapitado. El Estado no sólo estaría renunciando a intervenir a los contratos en curso de ejecución, sino que estaría permitiendo a los particulares que congelen los ordenamientos legales que desean que los regulen. En el fondo esta razón es vital para el funcionamiento del Estado. Si la principal función del Estado es legislar, éste no puede renunciar a ella. Una interpretación meramente textual nos conduce a este despropósito».[139]

El citado autor[140] coincide con Cárdenas, conviniendo en que es indispensable interpretar el artículo 62 de la Constitución en el sentido de que éste no alcanza las normas que son imperativas y de orden público, logrando —de este modo— mantener la razón de ser de los contratos-ley y la vigencia del artículo 1355 del Código Civil. Enfatiza, así, que entender el artículo 62 de manera abrogante sería autodestructivo para el propio ordenamiento jurídico, puesto que propiciaría infinidad de islas normativas.

Cabe señalar que el Ministerio Público estima que el artículo 1355 podría estar derogado, y esa posición parecería haber sido adoptada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, habida cuenta de que en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) se indica lo siguiente respecto del artículo 1355 del Código Civil:

> Mediante Oficio n.º 970-2013-MP-FN-OAJ de fecha 24 de octubre de 2013, enviado por la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio Público, se indica que el presente artículo estaría derogado tácitamente en atención a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, al establecer que la libertad de contratar dentro del modelo económico actual, impide que los términos contractuales sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

139 *Ibid.*, p. 151.
140 *Ibid.*, p. 154.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, en la práctica este precepto no ha constituido dique de contención para impedir que por normas legales se modifique las consecuencias de disposiciones contractuales pactadas con antelación.

La tesis de la impermeabilidad de las normas contractuales, por tanto, no ha prevalecido en la práctica legal peruana.

La impresión inicial de que el artículo 1355 habría sido derogado tácitamente por el referido artículo 62 de la Constitución se fue desvaneciendo con el paso de los años.

Así y como hemos expresado, no compartimos el parecer del Ministerio Público (y, aparentemente, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), pues consideramos que el artículo 1355 sigue en plena vigencia.

No obstante, creemos necesario recordar que cuando se gestaba la aprobación del texto constitucional de 1993 se produjo un interesante debate entre dos ilustres juristas, los doctores Manuel de la Puente y Lavalle (el maestro peruano de los contratos, mi profesor de la materia, asesor en las tesis de maestría y doctorado y con quien trabajé muchos años en la comisión del Doctorado en Derecho de la PUCP) y Manuel Pablo Olaechea du Bois, mi maestro de prácticas preprofesionales y quien, en los años en que fui practicante (1985-1988) dirigía el muy prestigioso y casi sesquicentenario Estudio Olaechea.

En primer lugar, citaremos las expresiones del profesor De la Puente, quien, a propósito de la publicación del Proyecto de la nueva Constitución Política, que establece el principio de la intangibilidad del contrato, expresó —en el referido artículo— que la consagración constitucional de dicho principio constituiría un rezago del liberalismo, incompatible con la moderna orientación que reconoce la función social del contrato, y un evidente desvío de la posición tomada por el Código Civil de 1984, respecto a los alcances de la autonomía privada. A continuación, sus palabras:[141]

> En la edición del diario «El Comercio» correspondiente al día 16 de julio de 1993 se publica el artículo 66 del Proyecto de Nueva Constitución Política que ha sido aprobado por el pleno del Congreso Constituyente Democrático, cuyo texto es el siguiente:
>
> *Artículo 66.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. No pueden expedirse leyes ni disposiciones de cualquier clase que modifiquen los términos contractuales.*

141 De la Puente y Lavalle, Manuel. «La libertad de contratar». En *El Comercio*, 21 de julio de 1993, p. A-2.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, conforme a los mecanismos de protección previstos en el contrato o dispuestos por la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo anterior.

Considero mi deber destacar, con un exclusivo propósito de colaboración orientado a alcanzar el anhelo común de perfeccionar la redacción de nuestra Carta Política, que resulta inconsecuente que se consagre constitucionalmente el principio de la intangibilidad del contrato, que constituye no sólo un rezago del liberalismo, incompatible con la moderna orientación que reconoce la función social del contrato, sino también un evidente desvío de la posición tomada por el Código Civil de 1984 respecto a los alcances de la autonomía privada.

En efecto, si bien la fuerza obligatoria del contrato entre las partes no ha declinado desde que ella es consagrada por todos los ordenamientos legales (entre nosotros por el artículo 1361 del Código Civil), la «soberanía» del contrato no debe ser ya entendida en el sentido de un rendido respeto a la voluntad de las partes sino como el logro de un adecuado equilibrio entre la idea individual y la social, que justifica la intervención del Estado cuando la tolerancia del individualismo (propensión a obrar según el propio albedrío y no de concierto con la colectividad) no permite alcanzar la tutela del interés social.

En cuanto a la posición adoptada por el Código Civil, el artículo II del Título Preliminar de dicho Código, que según Marcial Rubio Correa no sólo tiene que ver con el Derecho Civil propiamente dicho, y ni siquiera, con el sólo Derecho privado, sino que constituye un conjunto de normas que históricamente ha sido preparado para regir a todo el sistema jurídico, establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Es la consagración del llamado principio de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos.

Como de conformidad con el artículo 1351 del mismo Código, el contrato es el acuerdo de voluntades para crear una relación jurídica patrimonial, resulta evidente que la ley nueva se aplica a las relaciones contractuales existentes en el momento de su entrada en vigencia.

Por otro lado, el artículo 1355 dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, lo que constituye

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

una nueva manifestación de que, por las indicadas consideraciones, un contrato vigente puede ser regulado o modificado por una ley dictada con posterioridad a su celebración.

No cabría aducir que el artículo 1355 del Código Civil sólo es aplicable a los contratos a celebrarse y no a los contratos ya celebrados, por las siguientes razones:

a) El artículo 1354 del Código Civil dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Consecuentemente, el propósito de que los contratos a celebrarse no pueden tener un contenido contrario a las normas legales de carácter imperativo ya ha sido alcanzado por el artículo 1354, lo que determinaría, según la indicada tesis, que el artículo 1355 fuera innecesario y, por ello, no tendría efecto propio alguno.

El artículo 1355 sólo cobra sentido, pues, si se entiende aplicable a los contratos ya celebrados:

b) Esto guarda coherencia con el sistema consagrado por el artículo III del Título Preliminar que, como se ha visto, reconoce que toda ley imperativa dictada con posterioridad a la celebración de un contrato constitutivo se aplica a la relación jurídica creada por él, con lo cual se explica por qué las reglas y limitaciones impuestas por la ley son aplicables a los contratos ya celebrados.

c) En tal sentido, la Exposición de Motivos del artículo 1355 del Código Civil, redactada por la conocida como Comisión Reformadora, puntualiza que este Código —y consecuentemente, su artículo 1365— se aplica a las consecuencias de los contratos en ejecución.

Debo agregar que, en caso de conservarse el texto del artículo 66 del proyecto de Constitución Política aprobado por el pleno del Congreso Constituyente Democrático, el respeto del principio de jerarquía de las normas daría lugar a que los jueces se verían obligados a preferir dicho artículo sobre el artículo III del Título Preliminar y el artículo 1355 del Código Civil, lo que determinaría un indeseable desconcierto en la administración de justicia.

Además, habría lugar a la acción de inconstitucionalidad contra estos artículos, lo que sería aún menos deseable.

Respecto a la garantía que otorga la libertad de contratar, conviene tener presente que las normas legales pueden ser imperativas o dispositivas, según esté prohibido o no pactar, contra las mismas.

ESPINOZA CASTILLO FREYRE

Estas razones me llevan a sugerir que el artículo 66° del Proyecto de Constitución Política se limite a establecer lo siguiente:

> *Artículo 66.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo vigente al tiempo de su celebración.*
>
> *Los contratos-ley, mediante los cuales el Estado puede establecer garantías y seguridades, no pueden ser modificados legislativamente.*

Lo demás del texto aprobado del artículo 66 resultaría superfluo.

Hasta aquí las palabras del maestro De la Puente.

Ahora corresponde citar al doctor Olaechea, quien, como se aprecia, era partidario de la inmutabilidad legal recogida en la literalidad de la, entonces, proyectada norma constitucional. No cabe duda de que, habiendo sido testigo de tantos abusos cometidos por el Estado peruano en su historia, Olaechea percibía al artículo del proyecto de carta política como un dique para que el Estado respetara los contratos de todo tipo y para que sus cláusulas prevalecieran sobre cualquier modificación normativa posterior:[142]

> En el diario «El Comercio» de 21 de julio último y sobre el mismo tema se publica un interesante artículo de un distinguido hombre de leyes. Critica el autor el artículo 69 (no 66) del proyecto de la nueva Constitución, tal como acaba de ser aprobado por el pleno del CCD.
>
> Según ese artículo, «los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial», es decir, se suprime la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en materia de contratación, ya sea ésta entre particulares, o entre particulares y el Estado.
>
> Expresa el autor que lo guía el ánimo de perfeccionar la redacción de nuestra carta magna y que quiere señalar que el principio de la intangibilidad del contrato es un rezago del liberalismo. Afirma luego que la intervención del Estado en la contratación logra un equilibrio adecuado entre lo individual y lo social. Es el reconocimiento —dice— del llamado principio de la aplicación inmediata de la ley, que justifica la intervención para controlar la autonomía de la

142 Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «La libertad de contratar». En *El Comercio*, 4 de agosto de 1993, p. A-2.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

voluntad individual y que debe aplicarse tanto a los nuevos contratos como a las relaciones contractuales ya existentes en el momento de la entrada en vigencia del precepto que dispone la intervención.

Agrega que lo contrario no guardaría coherencia con los artículos 1351, 1354, 1355 y el III del Título Preliminar del Código Civil, todo lo cual coincide con su Exposición de Motivos. Anuncia así que la modificación de esos artículos producirá una hecatombe.

Preocupa, pues, al articulista que los jueces se vean obligados a aplicar la Constitución y que se ponga fin a la interferencia del Estado en los contratos, por lo que propone la supresión del texto aprobado por el CCD en la parte en que prohíbe modificar los términos contractuales mediante leyes o disposiciones de cualquier clase y que los contratos sólo puedan discutirse en la vía arbitral o judicial.

Lo primero que me ha sorprendido en este artículo es la forma peyorativa como se refiere al liberalismo como doctrina económica. Este punto de vista es compartido por los Codificadores de 1984 que en reiteradas oportunidades han declarado estar a favor de la intervención estatal en el Derecho Privado en general y en la contratación en especial.

Lo curioso es que ese mismo día, en otro diario, se publica un cable de la Agencia AFP, procedente de Moscú, en el que el último dictador soviético, Mijail Gorbachov, hoy convencido del fracaso del colectivismo, declara que «El socialismo era una utopía y el sistema soviético una utopía comunista impuesta por una dictadura»; y agrega la «creación de un sistema socialista es irreal, es un sistema inventado». Termina el líder soviético declarando que la idea socialista no debe ser abandonada por completo y que el capitalismo debe ser moderado con una dosis de socialismo.

Es evidente que en los momentos que vive el mundo, el comunismo y el socialismo han demostrado su total ineficacia para resolver los problemas morales, jurídicos y económicos de los pueblos y que se les considere periclitados. Esto después de haber producido mucho sufrimiento y muertes, especialmente entre los más pobres.

Si se examina el Código Civil de 1984 a la luz de lo que queda dicho, es evidente que también ha caducado, pues según declaraciones de sus autores fue redactado aplicando los principios (comunistas y socialistas) que informaron la revolución peruana iniciada en 1962-1963

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y cuya incorporación fue impuesta como condición «sine qua non» la Constitución de 1979. Los resultados los estamos palpando ahora.

Al resurgir las ideas liberales, también lo ha hecho la libertad individual, recuperando toda su vigencia las disposiciones del Código Civil de 1936, pues conjugan en adecuadas proporciones la autonomía de la voluntad y el interés social. El Código Civil de 1936 consideró el aspecto social en el ejercicio de los derechos, pero limitó exclusivamente al Poder Judicial interpretar y aplicar la ley, teniendo en cuenta el orden público, el derecho vigente, los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, etc.) y novedosos institutos como el abuso del derecho, el prudente arbitrio judicial, la revisión de los contratos y otros, todos impregnados de contenido social, para proteger a la parte más débil y suprimir situaciones de predominio, pero nunca la intervención estatal en los contratos por los Poderes Legislativo y Ejecutivo, so pretexto de restablecer la justicia social que es cosa diferente. La intervención estatal trae consigo el desconocimiento del derecho que confunde con el abuso y crea la arbitrariedad. Supone la negación del derecho subjetivo o adquirido e impone la imprevista, abusiva y extemporánea intervención de quienes no están en posición de dictaminar sobre esos derechos. Es la pérdida de toda seguridad jurídica y de la libertad, cuyas consecuencias son el retraimiento de la inversión, la crisis, la desocupación y la miseria.

La misión del Estado en una economía libre es asegurar la libertad individual en su indivisible conjunto. No existen unas libertades y otras no. También impedir todo lo que interfiera la libre competencia en cualesquiera de sus formas y proteger a los más débiles.

El bienestar social reposa precisamente en la estabilidad del derecho subjetivo del individuo. Y esto lo contempla debidamente el Código Civil de 1936, que combina en justa medida el derecho individual con el elemento social que el Código Civil alemán de 1899 aportó al derecho mundial. Más no cabe. No se puede hacer derecho contra el derecho.

Los juegos de palabras para sostener teorías heterodoxas y esotéricas son muy peligrosos, sobre todo en materia jurídica. Los términos social y socialismo pueden ser sinónimos o no serlo. Depende de cómo y cuándo se les utiliza. Una cosa es defender al más débil sin coactar la libertad individual y otra muy distinta referirse peyorativamente al liberalismo y pretender la reimplantación de la arbitrariedad socialista, que convierte la persona en cosa. Una visita a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Rusia y Europa del Este es suficiente para llegar a la conclusión que los Poderes Legislativo y Ejecutivo no pueden intervenir en la actividad privada sin violar el derecho subjetivo y traer miseria y anarquía.
>
> Las simultáneas declaraciones contrarias del articulista y del ex-dictador soviético confirman mi idea que el Código de 1984 no sólo debe ser derogado por sus múltiples errores y contradicciones reconocidas expresamente por sus autores sino y de modo principalísimo porque está inspirado en la Constitución de 1979 cuyos errores ahora se trata de enmendar. Ambos deben partir al olvido por las mismas razones.
>
> No hay magistrado, profesor o abogado por cuya mente no haya pasado en algún momento ese pensamiento. La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984 son los símbolos o columnas que sostienen la desgraciada experiencia socialista iniciada en 1963. El texto del artículo 69 de la nueva Constitución es acertado y debe mantenerse. Integra el propósito de cambio del régimen económico y social del país para darle la estabilidad y seguridad necesarias.
>
> Restablecer la vigencia del Código Civil de 1936 no es difícil. Basta sustituir sólidas instituciones desaparecidas en el aluvión socialista como las cédulas hipotecarias por ejemplo por otras análogas que hoy pudieran existir, restablecer la vigencia de la propiedad mueble o inmueble rústica y urbana, lo que ya parcialmente se ha hecho y efectuar algunas correcciones en el texto de dicho cuerpo de leyes como fue el propósito inicial del Estado. El problema es sencillo.
>
> El artículo 69 del proyecto de Constitución tal como ha sido aprobado, no tendrá las premonitorias características de caótica hecatombe que se derivarían de la derogatoria de varios artículos del Código Civil. Muchos otros deberían también ser suprimidos. Por el contrario, la prevista hecatombe como en Grecia, tendrá en este caso las connotaciones de una celebración de agradecimiento a los dioses, por el renacer del Derecho.

Hasta aquí las palabras del doctor Olaechea.

La supuesta inmutabilidad del contenido de los contratos contemplada por el artículo 62 de la propia Constitución de 1993 tuvo su prueba de fuego con el proyecto de nueva Ley General de Sociedades, que hoy nos rige.

Ocurre que cuando se estaba terminando de discutir su elaboración por una comisión *ad hoc* y por el Congreso de la República, Olaechea advirtió que dicha ley sería inconstitucional en la medida en que vulneraría la santidad e

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

inmutabilidad de los contratos contemplada por el artículo 62 de la Constitución de 1993, al obligar a que las sociedades ya constituidas adecuaran su pacto social (estatuto) a los términos de la nueva ley. Ello era abiertamente contrario a la literalidad del artículo 62 de la Constitución. Esto fue señalado por el doctor Olaechea a través de diversos medios escritos; no obstante, las autoridades de entonces, que, básicamente, eran las mismas que habían sido tan entusiastas con la elaboración del artículo 62 de la Constitución, terminaron por convencerse de la imposibilidad de aplicar literalmente dicha norma, sin admitir que el Estado tendría las manos atadas frente a los contratos ya celebrados, rechazando la idea de que los mismos crearan un espacio de protección legal frente a futuras normas que, eventualmente, quisieran variar su contenido. En síntesis, el Estado no abdicó de su potestad de modificar el contenido de los contratos, con lo que, a raíz de ello, quedó claro que el artículo 1355 del Código Civil de 1984 no fue variado, en lo absoluto, por el artículo 62 de la Constitución de 1993.

Así, en todos los idiomas, y con todos los pretextos, los autores del artículo 62 de la Constitución colapsaron en su defensa frente a Olaechea, quien no obstante no ser autor de la norma se convirtió en su más férreo defensor.[143]

143 Es necesario recordar las expresiones de Olaechea a este respecto (Olaechea du Bois, Manuel Pablo. *Hacia un nuevo Código Civil. La Constitución de 1993 y la deficiencia el Código Civil de 1984 lo exigen*. Lima: Cultural Cuzco, 1993, pp. 101 y 102:

«Para que exista libertad y justicia, todos los contratos, sin excepción alguna, deben estar sometidos únicamente al Poder Judicial, que sólo puede aplicar las reglas fijadas por el Código Civil y las legislaciones especiales sobre minería, industria, agricultura o comercio, que salvo excepciones generales a todos los contratos privados, también se rigen por el Derecho Común.

Los artículos citados [Olaechea se refiere a los artículos 1353 y 1355 del Código Civil] posiblemente tenían como finalidad mantener vigente la corruptela desarrollada en las últimas décadas en el país y hoy terminada por el artículo 62 de la Constitución de 1993, según la cual el Estado después de intervenir como parte en un contrato, reaparece luego como ley o autoridad para desconocerlo. Ambos preceptos son disolventes y constituyen obstáculo para todos quienes quieran contratar con el Estado. Además, rompen la estructura constitucional de la nación que reposa fundamentalmente sobre la distribución de funciones entre cada uno de los tres poderes. No puede la ley o el Poder Ejecutivo rescindir (resolver) o modificar unilateralmente un contrato, sin responsabilidad ulterior. Si se ven obligados a incumplirlos en defensa de los legítimos intereses de la Nación deben, como cualquier contratante, someterse después a la decisión del Poder Judicial que aplicando los principios de Derecho dictará su fallo final. Para evitar ese incumplimiento, sin necesidad de textos legales, basta que incorpore en los contratos que celebre una condición resolutoria expresa. Si decide hacerse justicia por su propia mano, como todo particular, debe atenerse en última instancia a la decisión judicial».

Tiempo después, el propio doctor Olaechea (Olaechea du Bois, Manuel Pablo. Proyecto Nueva Ley General de Sociedades. Su Inconstitucionalidad y Deficiencias. Lima: Estudio Olaechea, 1997), se encargó de subrayar el carácter inconstitucional de varios aspectos del entonces proyecto de ley; y, posteriormente, en un aviso publicado a media página en el diario *El Comercio* (Olaechea du Bois, Manuel Pablo. «Inconstitucionalidad de la Ley General de Sociedades Ley 26887». En *El Comercio*, 6 de marzo de 1998, p. E-3), reiteró sus apreciaciones en el sentido de que dicha norma era contraria al artículo 62 de la Constitución Política del Perú, pues obligaba a la modificación del contrato social.

En dicho aviso, Olaechea sostuvo lo siguiente:

«El 2 de marzo de 1997, se publicó en una separata de "El Peruano" el anteproyecto de Ley General de Sociedades cuya preparación, por Resolución Ministerial de 1 de setiembre de 1994, se había encomendado a una Comisión de distinguidos profesionales. Dada la importancia y repercusiones que una Ley General de Sociedades tiene para la economía y actividades del país, fue motivo de preocupación para mis compañeros de Estudio y para mí, recoger el pedido de cooperación formulado por el doctor Carlos Torres y Torres Lara, Presidente de la Comisión Revisora del Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades. Nuestro primer paso fue solicitar la usual Exposición de Motivos que precede a la promulgación de actos legislativos tan importantes como la Ley General de Sociedades y así nos enteramos que tan fundamental documento no existía. Poco tiempo después, el Presidente de la Comisión Redactora hizo una presentación personal que no la reemplaza ni permite conocer la inspiración o comprensión de algunas de las reformas introducidas. Iniciado nuestro análisis que por la importancia requería un lapso adecuado, nos enteramos que la Comisión había terminado su labor y remitido a la Comisión Permanente del congreso el anteproyecto ya convertido en proyecto. La celeridad con que se sucedían los acontecimientos, los brevísimos plazos que se concedían para presentar comentarios, así como el hermetismo que se mantenía sobre los debates de la Comisión Revisora, me llevaron a la conclusión que no se deseaba recibir sugerencias, y decidí publicar un folleto conteniendo observaciones generales y comentarios concretos. Mi principal observación era la inconstitucionalidad de muchas de las disposiciones del Proyecto. especialmente las que alteraban las relaciones contractuales entre los socios. La promulgación del Proyecto estaba programada para el mes de mayo de 1997. Mi folleto tuvo la virtud de detener esa publicación y la Comisión, algo perpleja, decidió examinar la observación para buscar la forma de superarla. No obstante que algunas de las sugerencias hechas en el folleto fueron incorporadas, resultó obvio que existía el propósito de promulgar la ley en su texto original, sin aceptar la mayoría de los cambios propuestos. Prioritariamente, se sostenía en ese folleto que por ley no se podía modificar contratos vigentes. alterando las relaciones entre los socios y que si tal cosa sucedía, esos cambios serían indudablemente inconstitucionales y las personas afectadas tendrían el fundado derecho a las acciones que brinda la Constitución para esos casos. Mi posición se sustentaba y se sustenta en el artículo 62 de la carta magna que garantiza:

> "La libertad de pactar conforme a las normas vigentes al tiempo del contrato, cuyos términos sólo pueden modificarse por decisión judicial. sin que los Poderes Legislativo y Ejecutivo puedan alterar un contrato".

Esta garantía es básica en un Estado que ampara la libertad y la democracia. Nada lesiona más la conciencia de un hombre que el hecho que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo modifique la contratación, porque pone fin a la seguridad jurídica. Confirman y sustentan esa prohibición constitucional, los siguientes textos de nuestra Constitución:

(a) El inciso 14 del artículo 2, que incluye entre los derechos fundamentales de la persona, la libertad de contratar; (b) El artículo 3, que declara que la enumeración del artículo 2 no es limitativa y se extiende a los demás derechos que la carta magna garantiza; y, (c) El artículo 58, que establece la economía de mercado cuyo principio es la no intervención del Estado en la vida económica del país, correspondiéndole la subsidiariedad.

Si el tiempo transcurrido entre abril y noviembre de 1997 no superó la inconstitucionalidad de las disposiciones del Proyecto que modifica las relaciones entre los socios, como el voto acumulativo obligatorio, nuevos quórums, etc., sí tuvo la virtud de llevar poco a poco a los legisladores a la convicción que lo oportuno era prescindir de dicha observación, y, promulgar la ley, amenazando con drásticas sanciones a quienes no la acaten. Tomada esa decisión, el 2 de noviembre de 1997 en el Programa "Panorama" del Canal 5 de Panamericana Televisión, el doctor Ricardo Marcenaro, uno de los congresistas que con más decisión se opuso a aceptar observaciones y que con mayor vigor ha impulsado la promulgación de la ley, se presentó ante los televidentes y, entre otras cosas, expresó que la nueva ley "es el documento final que se pone en conocimiento de la comunidad antes de su formalización que se hará en la sesión de la Comisión Permanente a realizarse mañana..." (*sic*).

Preguntado el doctor Marcenaro si el Proyecto a publicarse al día siguiente violaba disposiciones constitucionales al obligar a las sociedades ya constituidas a adecuarse al nuevo texto de la ley.

prescindiendo de los efectos que pudiera tener esa adecuación en los contratos celebrados, contestó: "No exactamente. Lo que ocurre es que siempre que se da una nueva Ley de Sociedades, tienen que adecuarse evidentemente las instituciones a la nueva ley, lo que pasa es que hay discrepancia, confusión, *entre el contrato mediante el cual se constituyó la sociedad que no debe ser cambiado y la sociedad en sí*, porque la sociedad es una persona jurídica que ha nacido".

No es exacto que cuando se dicta una nueva ley todos tienen que adaptarse a ella, así modifique sus derechos en beneficio o daño suyo, o de los otros contratantes. Como hemos visto, el artículo 62 de la Constitución sanciona con nulidad esa clase de leyes.

Preguntado luego si eso se extendía a los estatutos, agregó: "Así es. Pero cuando se constituyó esa sociedad era un contrato, pero luego se convierte en una persona jurídica independiente de los socios y de los que la constituyeron, más aún puede tener accionistas nuevos. En consecuencia, la ley puede modificar a las personas jurídicas que hoy están en actividad. Sería ilógico que se dé una ley para mejorar los derechos de los accionistas y que ésta sólo se aplique a aquellas sociedades que se creen en el futuro".

El doctor Marcenaro en original y curiosa tesis separa sin fundamento el contrato social del estatuto y luego, arbitrariamente y sin base razonable, lo saca del contrato del que forma parte indivisible, porque los pactos que contiene son la esencia misma del contrato, como sucede con el objeto, que sólo figura en el estatuto conforme a la Ley, son las reglas por las que se rigen los derechos y las relaciones entre los socios. Sin ellas no puede funcionar el contrato social. Después de este injustificado proceso dialéctico, concluye que el estatuto no forma parte del contrato social, por lo que no existe violación del artículo 62 de la Constitución. En otros términos, el doctor Marcenaro reconoce que hubiera habido violación constitucional si se hubiese modificado el contrato social, pero no si simplemente se ha modificado el estatuto. Esta sutil distinción, constituye un sofisma, ingeniosamente creado para intentar sin éxito eliminar la inconstitucionalidad del Proyecto, pero que no modifica los hechos. La Constitución y la propia Ley de Sociedades son claras y concluyentes.

Por el contrario, la argumentación del doctor Marcenaro ratifica que la nueva Ley General de Sociedades, al modificar el estatuto modifica el contrato social. Igualmente artificiosa es la afirmación adicional que hay socios que no han firmado el contrato social. La adquisición de una acción implica la aceptación y adhesión al contrato y al estatuto. Precisamente, por eso, el contrato social completo consta de escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil. La sociedad sería ingobernable si esa distinción fuera real.

Al margen de todas las argumentaciones posibles, las reglas contenidas en el Estatuto de una sociedad forman parte importantísima e inseparable del contrato entre los accionistas. La sociedad fundamentalmente se rige por sus disposiciones. La unidad es tan absoluta, que en la práctica pocos abogados al constituir una sociedad anónima separan los artículos de constitución del Estatuto y es inadmisible sostener que alguna disposición estatutaria no ha sido pactada entre los socios y pueda ser modificada libremente por una ley y mucho menos que no obliga a nuevos socios, que por el mero hecho de adquirir acciones se someten a su estatuto y al contrato social.

O nos encontramos con una figura similar a la obrepción de que hablaba el doctor Bustamante y Rivero, para llevar adelante en forma incomprensiblemente acelerada la promulgación de una ley inconstitucional, o lo que es más grave, quienes impulsaban el Proyecto de Ley General de Sociedades, no lo conocían e ignoraban sus disposiciones. Basta leer los artículos 5, 54, 55 y muchos otros de la ley para comprobar, como es evidente, que el estatuto forma y ha formado siempre parte indivisible del pacto social.

[...]

En suma, la Ley General de Sociedades promulgada es inconstitucional en cuanto modifica los derechos pactados por los socios con anterioridad a la ley, y debió declararse que la adaptación de las sociedades sería con reserva de ellos. Por consiguiente, si los socios no estuvieran de acuerdo con la adaptación, tienen expedito su derecho para interponer las correspondientes acciones que pone a su disposición la Constitución».

GACETA JURÍDICA EDITORES FREYRE

Aplicación analógica de la ley

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

La teoría de la interpretación jurídica tiene por objetivo desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas, cuando su sentido normativo no queda claro.

La integración jurídica, en cambio, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable al caso y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas, sino que en realidad crea una norma para el caso.[144]

La existencia de lagunas marca el límite de la interpretación que puede realizar el agente jurídico. Y es que, en términos simples, cuando una ley no ha previsto el caso no puede hablarse de interpretación. Si hay un vacío normativo, hay que llenarlo. Ese acto es lo que se conoce como integración.

En este marco, la analogía constituye un método de integración del Derecho.

La analogía consiste en la decisión de una controversia no prevista y/o resuelta por la ley, sobre la base de la semejanza que existe entre el supuesto no regulado y otro que sí ha sido regulado. En otras palabras, frente a un caso que no ha sido previsto por el legislador se aplica las consecuencias jurídicas que han sido previstas para un supuesto semejante a aquél.[145] Este principio se fundamenta en la idea de que la ley no puede prever todas las situaciones posibles y, por lo tanto, es necesario adaptar las normas existentes a nuevos casos y circunstancias, siempre y cuando se respete el espíritu y la finalidad de la ley.

Pero a pesar de que se le reconoce como un principio fundamental muy útil para colmar las lagunas legales y adaptar las normas a nuevas situaciones no previstas expresamente, su aplicación está sujeta a ciertos requisitos y limitaciones, como la existencia de una similitud esencial entre el caso no regulado

144 Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho.* Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 285.

145 Véscovi, Enrique. *Introducción al derecho.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2005, p. 161.

y el regulado, el respeto al espíritu y la finalidad de la ley, y la cautela en su uso para evitar extralimitaciones.

Para que proceda la integración analógica es necesario que concurran tres presupuestos:[146]

- *La existencia de una laguna*, esto por cuanto la analogía es un método de integración y no de interpretación.
- *Que exista semejanza entre el caso previsto por el legislador y el caso que tiene que resolver el juzgador y que no ha sido previsto por el ordenamiento jurídico.*
- *La semejanza debe existir en la finalidad que tuvo el legislador para dictar la norma.* Así, no basta el parecido exterior de las dos situaciones —la prevista y la no prevista—, sino que es indispensable que cuando se aplica el caso análogo a la laguna, se esté cumpliendo con la misma finalidad (*ratio legis*) que tuvo el legislador al crear la norma o la misma finalidad que surge de la investigación del fundamento de la disposición existente.

De lo afirmado resulta que la aplicación analógica de la ley está proscrita cuando se trata de:[147]

- **Normas excepcionales o restrictivas**: la analogía no se aplica a normas que constituyen excepciones o restricciones a reglas generales, ya que su interpretación debe ser estricta y limitada a los supuestos expresamente previstos.
- **Normas penales**: en el ámbito del Derecho Penal, rige el principio de legalidad estricta, lo que implica que no se permite la aplicación analógica de las normas penales, ya que esto podría vulnerar la seguridad jurídica y el principio de tipicidad.
- **Normas de orden público**: las normas que regulan el orden público, los derechos fundamentales y las libertades públicas están sujetas a una interpretación restrictiva, por lo que la aplicación analógica no es admisible en estos casos.
- **Contradicción con el sistema jurídico**: la analogía no puede aplicarse cuando su resultado contradice los principios generales del

146 Véscovi, Enrique. *Introducción al derecho. Op. cit.*, p. 163.

147 Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. «Alcance y límites de la interpretación analógica». En *Prudentia Iuris*, 2015, n.º 79, p. 213.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto o la coherencia interna del sistema legal.

La doctrina[148] reconoce a la analogía ciertas funciones como, por ejemplo:

- **Función jurígena**: la analogía permite llenar los vacíos o lagunas del ordenamiento legal, sirviendo como fuente supletoria ante la insuficiencia de leyes, costumbres o normas jurídicas. Ésta es considerada su función más intensa, requiriendo una analogía fuerte y eficaz.
- **Función aclaratoria**: la analogía se erige como un criterio orientador para interpretar el sentido de las normas dudosas u oscuras, a la luz de normas más claras y similares. Para esta función, a menudo basta con analogías más débiles o comparaciones básicas.
- **Función integradora**: la analogía cumple un rol integrador del sistema jurídico al dotar de sentido coherente a las normas, propiciando un entendimiento armónico de todo el ordenamiento jurídico.

Si bien se reconoce a la analogía esta función integradora del Derecho, orientada a colmar las lagunas, no todas pueden llegar a serlo. Como bien señala Salguero,[149] el recurso a la analogía queda restringido a las lagunas normativas y a las lagunas técnicas, excluyéndose a las lagunas *de lege ferenda,* que son «lagunas no auténticas que únicamente pueden dar pie a una reforma con vistas a un futuro derecho mejor y donde el juez actúa *corrigiendi causa*, pero no ejercita la función de complementación».

La analogía puede ser vista como un importante recurso al que se puede recurrir en ciertos ámbitos del Derecho. De ahí que en el Derecho público su uso esté restringido, pero no ocurre así en el contexto del Derecho privado. La doctrina reconoce que las analogías «hechas sobre lo atípico son más eficaces que las hechas sobre lo típico, donde la creatividad jurídica está más limitada».[150]

En este sentido, quedaría justificada su aplicación en el ámbito contractual y, específicamente, a los contratos atípicos (p. ej. *know-how*, franquicia, etc.) que aquéllos cuya naturaleza es de Derecho Público. De hecho, en España, en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005, relacionado a la interpretación del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia sobre su aplicación al contrato de distribución, los magistrados sostuvieron la aplicación

148 *Ibid.*, p. 205.

149 Salguero, Manuel. «Aplicación analógica de las normas y creación judicial del derecho». En *Novos Estudos Juridicos,* 2003, vol. 8, n.° 3, p. 518.

150 Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. «Alcance y límites de la interpretación analógica». *Op. cit.*, p. 214.

analógica de dicho precepto cuando exista «identidad de razón», apreciándose ésta cuando (i) el distribuidor haya creado clientela; y, (ii) la clientela creada resulte de aprovechamiento para el fabricante o principal. El reconocimiento del derecho a recibir una indemnización está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia. Por consiguiente, el Acuerdo del 20 de diciembre de 2005 no permite la aplicación automática del mencionado artículo 28 únicamente por la extinción del contrato de distribución, sino que exige al distribuidor aportar pruebas contundentes del cumplimiento de los requisitos legales. Desde entonces, si bien no se menciona expresamente, la jurisprudencia ha venido aplicando sin excepciones el Acuerdo del 20 de diciembre de 2005, reconociendo el derecho a la indemnización por clientela cuando el distribuidor demuestre que ha logrado un incremento de la misma gracias a su actividad, y que esa nueva clientela es aprovechada por el fabricante.[151]

Siguiendo con el Derecho español, si nos remitimos a su Código Civil, específicamente, al artículo 4.1, nos daremos cuenta de que este cuerpo legal señala que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Este artículo sienta las bases para la aplicación analógica, estableciendo tres requisitos esenciales para que proceda su aplicación:

- **Existencia de un caso no regulado expresamente por la ley**: el artículo establece claramente que la analogía procede cuando las normas «no contemplen un supuesto específico», es decir, se requiere la presencia de una laguna legal, una situación no prevista expresamente por el legislador. La aplicación analógica, como bien señala Salguero,[152] prevista en el artículo 4.1 del Código Civil español está claramente «referida a las normas legales llamadas a llenar el vacío de un caso similar, función que, en modo alguno, corresponde a la jurisprudencia, que tiene el cometido meramente complementario que le asigna en este sentido el artículo 1.6 del propio Código Civil».
- **Similitud entre el caso no regulado y otro regulado**: el artículo exige que, para aplicar la analogía, exista otro caso «semejante» al no regulado, pero que sí se encuentre regulado por la norma jurídica.

151 Trigo y Sierra, Eduardo y María Encarnación Pérez-Pujazón. «La última posición de la jurisprudencia sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2008, n.° 21, Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2110/documento/articuloUM.pdf?id=3129&forceDownload=true

152 Salguero, Manuel. «Aplicación analógica de las normas y creación judicial del derecho». En *Novos Estudos Jurídicos*, 2003, vol. 8, n.° 3, p. 525.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta semejanza implica una similitud esencial entre ambos supuestos, una identidad en sus elementos fundamentales.

- Identidad de razón o fundamento de la norma: además de la similitud entre los casos, el artículo 4.1 requiere que se «aprecie identidad de razón» entre ellos. Esto significa que la razón o fundamento que justifica la norma jurídica aplicable al caso regulado debe ser la misma que la que subyace al caso no regulado.

No obstante, la práctica judicial española parece mostrarse favorable al uso de la analogía. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de septiembre de 2020 marca un hito en la interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley n.° 11/1981, abogando por una interpretación analógica. Además, la sentencia impugnada, de naturaleza penal, genera dudas sobre la imposibilidad de aportar hechos y pruebas en los que se basa dicha excepción. Estos argumentos sugerirían más bien la inaplicabilidad de la disposición transitoria sexta, de la citada ley, dado que el caso en cuestión no se ajusta a su supuesto de hecho.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha mostrado su preocupación por evitar una posible impugnación de su sentencia por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en favor del principio de verdad biológica. Esta decisión ha motivado opiniones divergentes sobre la aplicabilidad de la disposición transitoria sexta, dada la excepcionalidad del caso frente al principio de cosa juzgada. Al optar por aplicar esta disposición, el Tribunal Supremo recurre a la analogía para defender la aplicación del plazo de cuatro años para la impugnación de la paternidad no matrimonial sin posesión de estado, equiparando la filiación establecida por sentencia con la posesión de estado. Esta decisión es un tanto arriesgada debido a las diferencias evidentes entre ambas figuras.[153]

La analogía y su utilización, en palabras de Atienza,[154] «implica necesariamente creación o innovación del Derecho». De ahí que la doctrina haya visto la necesidad de distinguir entre interpretación extensiva de las normas y analogía. La distinción entre ambas figuras, en opinión del autor, cumple «la función de limitar, de alguna forma, la función del intérprete y del aplicador de Derecho para innovar el ordenamiento jurídico, y preservar, en consecuencia, la llamada, seguridad jurídica».[155] La interpretación extensiva implica ampliar

153 Barber Cárcamo, Roncesvalles. *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2020 (461/2020). Op. cit.*, p. 179.

154 Atienza, Manuel. «Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho». En *Doxa,* 1985, n.° 2, p. 226.

155 *Ibid.*, p. 227.

el alcance de una norma legal más allá de su significado literal para aplicarla a situaciones no previstas específicamente por la ley. En este sentido, tanto la analogía como la interpretación extensiva del derecho implican una ampliación de las disposiciones legales para abarcar circunstancias que no están explícitamente contempladas en la legislación existente.

En coincidencia con lo afirmado, para Cerdeira ambas figuras implican la expansión de la norma, difieren en la forma en que se lleva a cabo dicha expansión. La interpretación extensiva implica una expansión lógica de la norma dentro de su propio ámbito normativo, aplicándola a otro caso similar que comparte fundamentos con el caso contemplado por dicha norma. Por otro lado, la analogía implica un salto lógico al extender una norma fuera de su ámbito normativo natural, aplicándola a una materia diferente pero similar a aquella que regula explícitamente. Esto requiere tanto una similitud entre las materias o instituciones reguladas como una identidad lógica entre la norma que prevé el caso específico y el caso de la otra materia. Esta distinción demuestra la independencia de la analogía como una forma de interpretación extensiva máxima o superlativa, lo que justifica los límites más amplios que se imponen a esta interpretación en comparación con la interpretación extensiva pura, que se sitúa en un nivel intermedio entre la analogía y la interpretación declarativa lata.[156]

Por su parte, el Código Civil francés, a diferencia del Código Civil español, no contiene una disposición expresa sobre la aplicación analógica, pero la doctrina y la jurisprudencia reconocen este principio como un método válido de interpretación y aplicación de la ley; sin embargo, se establece como requisito que la analogía no contradiga el texto o el espíritu de la ley y que se aplique con cautela para evitar extralimitaciones.

En efecto, en su artículo 4 establece un mandato general para los jueces, indicando que «el juez que rehúse juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podría ser perseguido como culpable de denegación de justicia». Este artículo sienta las bases para que los jueces puedan recurrir a métodos interpretativos, como la analogía, cuando se enfrentan a lagunas legales o situaciones no previstas expresamente por la ley.

La doctrina jurídica francesa[157] ha desarrollado ampliamente la teoría y los requisitos para la aplicación analógica de la ley. Destacados autores como Gény, Capitant y Carbonnier han contribuido a la consolidación de este principio en el Derecho Civil francés.

156 Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo. «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines». En *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. III, pp. 1071-1072.

157 Cornu, Gérard. «Le règne discret de l'analogie». En *R.R.J. Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2005, n.º 5, p. 2661.

Así, también, la jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental en el reconocimiento y aplicación de la analogía. A través de diversos fallos, los tribunales franceses han admitido la posibilidad de recurrir a la analogía cuando se cumplen ciertos requisitos:

- **Existencia de una laguna legal**: al igual que en otros ordenamientos, la aplicación analógica procede cuando existe un vacío o laguna en la ley, es decir, un caso no regulado expresamente.[158]
- **Similitud esencial entre el caso no regulado y el regulado**: los tribunales han exigido que exista una similitud esencial entre el caso no regulado y aquel que sí se encuentra regulado por la ley, basada en la identidad de razón o fundamento de la norma.[159]
- **No contradicción con el texto o el espíritu de la ley**: la jurisprudencia francesa ha establecido como límite que la aplicación analógica no debe contradecir el texto o el espíritu de la ley, es decir, no debe ir en contra de la voluntad del legislador o de los principios y valores que sustentan la norma.
- **Cautela en la aplicación**: tanto la doctrina como la jurisprudencia han enfatizado la necesidad de aplicar la analogía con cautela y prudencia, evitando extralimitaciones o analogías forzadas que puedan distorsionar el sentido y alcance de la ley.

A pesar de la ausencia de una regulación expresa, el Derecho Civil francés ha logrado incorporar la aplicación analógica de la ley como un mecanismo válido y necesario para colmar las lagunas legales y adaptar el ordenamiento jurídico a las nuevas realidades. Sin embargo, este principio no se aplica de manera absoluta o irrestricta, sino que se encuentra delimitado por los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia.

En esta misma línea, el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), tampoco contempla una disposición específica sobre la aplicación analógica, pero la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado este principio. Se ha establecido que la analogía debe aplicarse con prudencia y sólo cuando exista una laguna legal (*lücke*) y una similitud esencial entre el caso no regulado y el regulado.

La doctrina jurídica alemana ha sido pionera en el desarrollo teórico de la aplicación analógica. Autores como Rudolf von Jhering, Josef Kohler y Karl

158 *Ibid.*, p. 2669.
159 *Loc. cit.*

EDUARDO CASTILLO PEREZ

Larenz han contribuido significativamente a la consolidación de este principio y al establecimiento de sus requisitos y límites.

La doctrina alemana ha admitido el uso de la analogía, pero siempre que se presenten situaciones que, válidamente, permitan entender la necesidad de su uso, tales como las que señalan a continuación:

- **Existencia de una laguna legal (*lücke*)**: la aplicación analógica procede cuando existe una laguna o vacío en la ley, es decir, un caso no regulado expresamente por el legislador; sin embargo, también se ha precisado que la laguna o vacío no es una condición suficiente para propiciar el uso de la analogía. Porque si el legislador ha decidido guardar silencio frente a ciertas situaciones, como, por ejemplo, la ausencia de obligaciones alimentarias entre hermanos (§1589, 1601 BGB), entonces no procedería el uso de la analogía.[160] A esta situación se la conoce como «silencio elocuente» del legislador.

- **Similitud esencial entre el caso no regulado y el regulado**: los tribunales alemanes exigen que exista una similitud esencial entre el caso no regulado y aquel que sí se encuentra regulado por la ley, basada en la identidad de la relación jurídica subyacente y la finalidad perseguida por la norma.[161]

- **Aplicación con prudencia**: tanto la doctrina como la jurisprudencia han enfatizado la necesidad de aplicar la analogía con prudencia y cautela, evitando extralimitaciones o analogías forzadas que puedan distorsionar el sentido y alcance de la ley.

Además de estos requisitos, la jurisprudencia alemana ha establecido límites adicionales para la aplicación analógica, como la prohibición de su uso en el Derecho Penal y en materia de derechos fundamentales, donde prima el principio de legalidad estricta.[162]

La ausencia de una regulación expresa en el BGB no ha sido un obstáculo para el reconocimiento y la consolidación de la aplicación analógica en el Derecho Civil alemán. Por el contrario, ha permitido un desarrollo flexible y adaptable de este principio a través de la labor de la doctrina y la jurisprudencia.

160 Información extraída de la página web Juracademy.de. Disponible en: https://www.juracademy.de/methodenlehre/analogie-rechtsfortbildung.html

161 López Barja de Quiroga, Jacobo. «Recensión del libro: *Grundlagen und grenzen der analogie in bonam partem im strafrecht* del autor Juan Pablo Montiel». En *Teorder*, 2014, n.º 15, pp. 331-335.

162 Información extraída de la página web Juracademy.de Disponible en: https://www.juracademy.de/methodenlehre/analogie-rechtsfortbildung.html

Por su parte, el Código Civil italiano, a diferencia de otros ordenamientos legales europeos, sí contempla una disposición alusiva a la aplicación de la analogía. Es más, su artículo 12 establece que «si una controversia no puede ser resuelta con una disposición precisa, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas». Este artículo consagra el principio de la aplicación analógica y establece como requisito la existencia de un caso similar o materia análoga regulada por la ley.

Este artículo constituye un hito en el reconocimiento normativo de la aplicación analógica como un método válido de interpretación e integración del Derecho. A través de esta disposición, el legislador italiano ha consagrado explícitamente la analogía como una herramienta para colmar las lagunas legales y adaptar las normas a nuevas situaciones no previstas expresamente.

La citada norma establece dos requisitos fundamentales para la aplicación de la analogía. El primero es la existencia de una controversia que no pueda resolverse con una disposición precisa:

El artículo hace referencia a aquellos casos en los que no existe una norma jurídica específica que regule la situación en cuestión. Esta condición es esencial para que proceda la aplicación analógica, ya que su propósito es colmar las lagunas legales.[163] En caso de que un conflicto no pueda ser resuelto mediante una disposición específica se interpretará de acuerdo con el apartado 1 del artículo 12, utilizando los métodos de interpretación literal, sistemática, teleológica e histórica. En este contexto, el juez tiene la facultad (y, en realidad, la obligación) de recurrir a la analogía *legis*, extendiendo la normativa establecida para casos similares o situaciones análogas al asunto no previsto. Si persisten dudas sobre el caso en cuestión, se aplica la analogía *iuris*, es decir, la aplicación de los principios generales del ordenamiento legal. La analogía, por tanto, funciona como un mecanismo integrador del sistema legal, permitiendo al juez tomar decisiones incluso en ausencia de una normativa específica, cumpliendo con la prohibición de dejar asuntos sin resolver.[164]

En tanto el segundo de tales requisitos está constituido por la existencia de disposiciones que regulan casos similares o materias análogas.

163 Nocerino, Raimondo. *L'analogia giuridica: Un'introduzione*. Nápoles: Pegaso-Universitá Telematica, (s.a.), p. 6. Disponible en: https://video.unipegaso.it/LMG-01/TeoGenDir/Nocerino/Analogia_Giuridica/Analogia_Giuridica.pdf

164 Di Cagno, Augusto. «Divieto di analogia, interpretazione estensiva e disciplina penale della stampa online». En *Diritto.It* https://www.diritto.it/divieto-di-analogia-interpretazione-estensiva-e-disciplina-penale-della-stampa-online/

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Una vez identificada la laguna legal, el artículo 12 exige que existan otras disposiciones que regulen casos o materias similares o análogas a la controversia en cuestión.

La interpretación doctrinal y jurisprudencial del artículo 12 del Código Civil italiano ha profundizado en el alcance y los límites de la aplicación analógica en el Derecho de ese país. Se ha enfatizado que la analogía debe aplicarse con prudencia y cautela, respetando el espíritu y la finalidad de la ley, así como los principios generales del Derecho. Asimismo, se ha establecido que la similitud entre el caso no regulado y el regulado debe ser esencial y sustancial basada en la identidad de razón o fundamento de la norma. La analogía no debe ser forzada o desproporcionada, ya que de lo contrario se correría el riesgo de distorsionar el sentido y alcance de la ley.

De otro lado, en Latinoamérica, destaca el Código Civil y Comercial de la nación argentina del 2015, el mismo que, en su artículo 2 establece que «la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento». Este artículo reconoce la aplicación analógica como un método de interpretación de la ley, junto con otros criterios como la finalidad de la norma y los principios jurídicos. Se ha afirmado que el Código Civil y Comercial «adopta en materia de interpretación reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico —que debe estar en consonancia siempre con los tratados de derechos humanos—».[165]

Esta disposición representa un enfoque integral y equilibrado en la tarea interpretativa, al considerar diversos criterios y fuentes para alcanzar una interpretación coherente y armónica con el ordenamiento jurídico en su conjunto. A saber:

1. **Interpretación literal**: el artículo menciona que se deben tener en cuenta «sus palabras», refiriéndose al texto mismo de la ley y su interpretación literal.[166]

2. **Interpretación teleológica**: se hace referencia a considerar «sus finalidades», es decir, el propósito y los objetivos subyacentes que el legislador buscó alcanzar al promulgar la norma.[167]

165 Herrera, Marisa y Gustavo Caramelo. «Artículo 2». En *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina comentado.* Infojus, 2015, tomo I, p. 12.

166 *Ibid.*, p. 13.

167 *Ibid.*, p. 14.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3. **Aplicación analógica**: el artículo reconoce expresamente la importancia de considerar «las leyes análogas» en el proceso interpretativo, permitiendo así la extensión de una norma a casos similares no previstos expresamente. Al respecto, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, que data de 2012,[168] señaló que las leyes análogas «tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.[169] La mención que hace el artículo 2 a las «leyes análogas» se entiende en razón a su utilidad para llenar lagunas legales, así como para reconocer que existen leyes que tratan temas similares a los regulados por el Código Civil y Comercial y que pueden servir como guía para interpretar adecuadamente ciertos casos. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que la analogía es un método de integración del ordenamiento jurídico, no de interpretación de normas.[170]

4. **Derechos humanos**: se incorpora la consideración de «las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos», reconociendo la importancia de interpretar la ley de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

5. **Principios y valores jurídicos**: el artículo también exige tener en cuenta «los principios y los valores jurídicos», lo que implica una interpretación acorde con los fundamentos éticos y principios rectores del ordenamiento jurídico.

6. **Coherencia con el ordenamiento**: finalmente, se establece que la interpretación debe ser «coherente con todo el ordenamiento», promoviendo así una visión sistemática y armónica del Derecho.

168 *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: 2012, p. 15. Disponible en: https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf

169 Herrera, Marisa y Gustavo Caramelo. «Artículo 2». *Op. cit.*, p. 55.

170 *Sentencia. Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería*, 21/9/2011. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/aplicacion-ley-aplicacion-analogica-ley-suq0026478/123456789-0abcdefg8746200qsoiramus?&o=6&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/interpretaci%F3n%20y%20aplicaci%F3n%20de%20la%20ley/aplicaci%F3n%20de%20la%20ley/aplicaci%F3n%20anal%F3gica%20de%20la%20ley%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Local/Chubut%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=31

Este enfoque integral y equilibrado en la interpretación de la ley, consagrado en el artículo 16 del Código Civil y Comercial, brinda una mayor seguridad jurídica y promueve una aplicación del Derecho acorde con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo reconoce la importancia de la aplicación analógica como una herramienta válida y necesaria para la evolución y adaptación del Derecho a las nuevas realidades, siempre y cuando se ejerza de manera coherente con los demás criterios interpretativos y respetando los límites y principios establecidos. En definitiva, desde una perspectiva sistémica, el Código Civil y Comercial entiende la importancia de concretar una relectura más contemporánea, realista y humanista del derecho privado, la existencia de un verdadero «diálogo de fuentes», una postura que también impacta de manera clara en la interpretación y aplicación de las leyes.[171]

Cerramos esta parte de nuestros comentarios volviendo a lo que inicialmente afirmamos en el sentido de que la analogía es un método o mecanismo de integración del Derecho, mas no de interpretación. Pero ¿qué es integración del Derecho? Y ¿qué debe entenderse por interpretación?

Todo ordenamiento jurídico, por más completo y detallado que sea, inevitablemente presentará lagunas o vacíos legales. La ley no puede prever todas las situaciones posibles que pueden surgir en una sociedad dinámica y en constante evolución. Es ahí donde entra en juego el concepto de integración del Derecho, que se refiere al conjunto de métodos y técnicas utilizados para colmar esas lagunas y garantizar una aplicación coherente y razonable del Derecho.[172]

La integración del Derecho parte de la premisa de que el sistema legal debe ser completo y sin contradicciones, con el fin de brindar seguridad jurídica y evitar decisiones arbitrarias. Cuando los jueces y tribunales se enfrentan a un caso no contemplado expresamente por la ley, deben recurrir a diversos mecanismos para encontrar una solución jurídica adecuada y fundamentada.

Uno de los principales métodos de integración del Derecho es la analogía. Este principio permite aplicar una norma jurídica a un caso no regulado expresamente, debido a la existencia de una similitud esencial o identidad de razón con el caso que sí está regulado. La analogía permite colmar los vacíos legales al extender la aplicación de normas existentes a situaciones análogas no previstas por el legislador. «Por medio de la analogía, señala Galindo,[173] se trata de inducir una solución particular, consagrada por el Derecho, la solución

171 Herrera, Marisa y Gustavo Caramelo. «Artículo 2». *Op. cit.*, p. 56.

172 Galindo Garfias, Ignacio. «Interpretación e integración de la ley». En *Estudios de Derecho Civil.* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 15.

173 *Ibid.*, p. 16.

aplicable a un caso semejante, regido por el mismo principio interno. Se parte así de un estudio comparativo entre dos situaciones jurídicas. Una de ellas establecida en la ley y la otra no. Mediante ese estudio comparativo se aplica al caso no legislado, la solución dada al caso legislado que presenta caracteres similares».

Otro método de integración es la aplicación de los principios generales del Derecho. Estos principios, como la buena fe, la equidad, la razonabilidad o la prohibición del abuso del derecho constituyen fuentes supletorias del ordenamiento jurídico y proporcionan pautas para resolver casos no contemplados por la ley positiva.

La interpretación jurídica, por su parte, consiste en desentrañar el significado y la intención subyacente de las normas jurídicas, más allá de su mera literalidad. Los operadores jurídicos, especialmente jueces y tribunales, deben analizar el texto legal a la luz de diversos factores, como el contexto histórico, los fines perseguidos por el legislador, los principios y valores jurídicos involucrados, y las circunstancias particulares del caso concreto.

Existen diferentes métodos y corrientes de interpretación jurídica, cada una de ellas con sus propios enfoques y técnicas. Uno de los métodos más tradicionales es la interpretación gramatical o literal, que se basa en el análisis del significado literal de las palabras y expresiones utilizadas en la norma. Sin embargo, esta interpretación puramente textual puede resultar insuficiente o conducir a resultados injustos en determinados casos.

Por ello se han desarrollado otros métodos complementarios, como la interpretación sistemática, que busca coherencia con el conjunto del ordenamiento jurídico; la interpretación histórica, que analiza los antecedentes y el contexto en el que se gestó la norma; y la interpretación teleológica, que se enfoca en la finalidad y los objetivos perseguidos por el legislador.

Es importante destacar que la interpretación jurídica no es una tarea puramente mecánica o automática, sino que implica un ejercicio de ponderación y razonamiento lógico por parte de los operadores jurídicos. Los jueces y tribunales deben equilibrar diversos factores como la literalidad de la norma, su finalidad, los principios jurídicos involucrados y las circunstancias particulares del caso para llegar a una interpretación justa y razonable. Sin una adecuada interpretación, el Derecho correría el riesgo de convertirse en un conjunto de normas rígidas e inflexibles, incapaces de responder a las necesidades y retos de cada época.

Pero existe otro método de interpretación jurídica que, por su contenido, se asemeja mucho a la analogía. Nos estamos refiriendo al método de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

interpretación extensiva de la norma. La doctrina ha señalado la necesidad de distinguir ambas figuras, pues su utilización es controvertida.

Sobre la necesidad de distinguir entre interpretación extensiva y analogía, Gómez Tomillo[174] afirma que «probablemente, esta técnica (la analogía) deba diferenciarse de la interpretación extensiva. Aun cuando ambos conceptos son sumamente debatidos, no se encuentran claramente deslindados. Se ha sostenido, y aquí suscribimos tal opinión, que la interpretación extensiva es aquella que supone una intelección amplia de la norma, dando cobertura dentro de ella al máximo número de supuestos de hecho posibles, pero siempre dentro del marco trazado por su tenor literal, de modo que si se desborda éste se incide en la analogía. Implicaría, en definitiva, seleccionar entre las diversas opciones aplicativas aquella que supone dar una mayor cabida a la norma».

Para otros autores,[175] la interpretación extensiva implica «atribuir a un término legal un elevado número, sino el máximo, de acepciones permitidas por su tenor literal, que, y es preciso insistir en ello, no puede ser rebasado en ningún caso»; sin embargo, aunque parezca inocuo este método de interpretación, así como la analogía, tiene sus límites y restricciones en su aplicación. Tal es el caso de las normas penales, y en general, de orden público (como, por ejemplo, el Derecho Administrativo sancionador).

En nuestro medio, ha señalado Alzamora Valdez que la interpretación extensiva se configura cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso decir y se trata de averiguar cuáles son los verdaderos alcances de su pensamiento, por ello es que concluye que más que extensiva se trata de una interpretación integrativa, en la medida en que su objeto es referir la norma no a casos nuevos, sino a aquellos que contiene virtualmente, porque si así no fuera no sería interpretación, sino creación.[176]

Así, la interpretación extensiva impone ampliar el campo de aplicación de la norma interpretada, extendiendo sus alcances a supuestos que, aunque no expresados en el tenor literal de la norma, se entiende que se encuentran considerados en ella.

En España, el Tribunal Constitucional ha manifestado en diversas sentencias (como, por ejemplo, la Sentencia n.° 126/2001 del 4 de junio de ese

174 Gómez Tomillo, Manuel. «Comentario al artículo 4 CP». En Gómez Tomillo, Manuel. (dir.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 237-248.

175 Ramón Ribas, Eduardo. «Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal». En *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2014, n.° 12, 3.ª época, p. 134.

176 Alzamora Valdez, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: Tipografía Sesator, 1982, p. 261.

año) que el principio de legalidad implica el mandato de taxatividad o certeza, lo que exige la predeterminación normativa de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia no sólo se aplica al legislador, sino también a los órganos judiciales en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales. Los jueces se encuentran sometidos al principio de tipicidad, lo cual significa una sujeción estricta a la ley y la prohibición de realizar interpretaciones extensivas o aplicar la analogía *in malam partem* (SSTC n.° 81/1995 de 5 de junio [RTC 1995, 81], f. 5; 34/1996, de 11 de marzo [RTC 1996, 34], f. 5; 64/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 64], f. 4; AATC 3/1993, de 14 de enero [RTC 1993, 3 AUTO], f. 1; 72/1993, de 1 de marzo [RJ 1993, 72 AUTO], f. 1).[177]

El principio de tipicidad se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa (*lex* previa, *lex scripta*) de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permiten predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados.[178]

Según enseña Veloso:

> [...] el principio de tipicidad supone le verificación conjunta de tres elementos:
>
> a) la existencia de una ley que expresamente prevea la infracción y la sanción (*lex scripta*); b) la exigencia de que dicha ley sea anterior en el tiempo a la infracción (*lex praevia*); y c) la necesidad de que dicha ley tenga un grado de precisión suficiente y razonable en torno a cuál es la conducta punible y su correspondiente sanción (*lex certa*).[179]

Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de la conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva

177 Tribunal Constitucional de España, sentencias disponibles en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx

178 Ramírez Torrado, María Lourdes. «La tipicidad en el Derecho Administrativo sancionador». En *Revista Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia*, 2011, n.° 151, p. 3. El artículo forma parte del proyecto marco titulado Potestad sancionadora de la Administración en Colombia, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDECP) de la Universidad del Norte, dirigido por la profesora doctora María Lourdes Ramírez Torrado.

179 Veloso Giribaldi, Natalia. «El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo sancionatorio». En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2019, n.° 36, pp. 70-71.

en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta).[180]

El principio de tipicidad impone que toda infracción se encuentre expresamente prevista en la norma, de aquí que no se admita la interpretación extensiva ni la analógica.

Estas técnicas jurídicas, aunque fértiles en otros ámbitos del ordenamiento, están vedadas en materia penal y administrativo sancionador, ya que de lo contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas, invadiendo así el ámbito que corresponde exclusivamente al legislador, contraviniendo el principio de división de poderes. La prohibición de la interpretación extensiva y la analogía en el ámbito penal obedece a evitar que el aplicador de la norma traspase los límites establecidos por la ley (SSTC n.° 133/1987, de 21 de julio, f. 4; 137/1997, de 21 de julio, f. 6; 142/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 142], f. 3; AATC 263/1995, de 27 de septiembre; 282/1995, de 23 de octubre).[181]

Luego de la revisión de algunos conceptos clave para entender los alcances de la analogía, analizaremos la propuesta de reforma del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que se formuló el año 2005, a efectos de modificar el tratamiento de la analogía.

Una verdad de Perogrullo[182]

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo IV.- Supuestos en que se prohíbe la aplicación analógica de la ley (*sic: el artículo del Código Civil no es sumillado*) La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.	**Artículo IV.-** Aplicación de las normas legales Las normas legales que establecen excepciones a una regla general, que restringen derechos o que establecen sanciones, se aplicarán estrictamente a los casos previstos por ellas, sin que pueda realizarse interpretación extensiva ni aplicación analógica.

180 Morón Urbina, Juan Carlos. «Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana». En *Advocatus*, 2005, n.° 13, pp. 227-252. Disponible en: https://doi.org/10.26439/advocatus2005.n013.2795

181 Tribunal Constitucional de España, sentencias disponibles en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx

182 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984. Op. cit.*, pp. 33-35.

Se señalaba en la Exposición de Motivos que el espíritu general del artículo IV que se proponía era el mismo que tiene la norma vigente, pero se había tratado de hacerla más precisa tanto en la descripción de los supuestos como en la determinación de las consecuencias. En otras palabras, se mantenía la misma idea, pero se agregaba algunas líneas debido al reiterado propósito de decirlo todo en el Código.

Una revisión del texto que se proponía para el artículo IV nos permitió afirmar que las *buenas intenciones* que motivaban a la Comisión no se cumplieron. El efecto, más bien, era el opuesto. Esta norma continuaba en la misma dirección de los artículos ya comentados, de manera que, lejos de dar claridad, lograba hacer más turbio el ambiente.

El artículo IV, tal cual se encuentra redactado en el Código Civil vigente, es una norma clara que no necesita mayores precisiones, por lo que las modificaciones que pretendía instaurar la Comisión del 2005 no tenían razón de ser. De allí que no era de extrañar la motivación en la que se sustentaban.

En primer lugar, modificaban el término «ley» por el de «normas legales», lo cual —como resulta obvio— no era ni *necesario* ni *urgente*.

En segundo lugar, se *aclaraba* que las excepciones son a una norma general, motivando aquello en el hecho de que una «norma excepcional se define por relación con una regla de aplicación general». Si ya agregarlo era absurdo por resultar evidente, resultaba más absurda aún la explicación que se daba para justificarlo. Era como decir que alguien está muerto porque ya dejó de estar vivo (la típica *verdad de Perogrullo*).

En tercer lugar, se mantenía la referencia a las normas legales que restringen derechos, pero se especificaba también como supuesto el que la norma imponga sanciones, lo cual, sin necesidad de dicha especificación, nunca se discutió. El principio *no hay crimen, no hay pena sin ley previa*, nacido en el Derecho Penal, informa todo el ordenamiento jurídico en materia sancionatoria, de modo que no era necesario especificarlo en el Código Civil.

La propia Comisión concordaba con nosotros al señalar en su Exposición de Motivos que las sanciones se encuentran incluidas en la situación de «restringir derechos», de modo que su inclusión no tenía otro objeto que el redundar. Ello sin tomar en cuenta que, a la larga, lo único que se hacía era posibilitar que la interpretación de la norma se volviese equívoca, puesto que el término mismo «sanción» se podía prestar a confusiones.

Decimos esto pues el intérprete de la norma podría preguntarse en qué sentido se emplea; ¿incluye también la sanción que es consecuencia de la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

aplicación de las normas de responsabilidad civil? Podría serlo, pues la norma misma no lo aclaraba. Tal aclaración se hacía únicamente en la Exposición de Motivos, al señalar que «cuando la Comisión tomó la decisión de que las normas que establecen sanciones estuvieran también consideradas expresamente en este artículo, se hizo referencia a sanciones *tipificadas* en distintos cuerpos legales. En este sentido, se creyó pertinente enfatizar que se hacía exclusión de las normas genéricas de responsabilidad (como, por ejemplo, las de responsabilidad civil), que no fueron consideradas como de sanción por la mayoría de la Comisión; y, por consiguiente, para ella, dichas normas genéricas de responsabilidad no están incluidas en este artículo».

Como sabemos, la Exposición de Motivos, aparte de no constituir ley ni tener carácter de interpretación y cumplimiento obligatorio, no es siempre leía o tenida en cuenta por quienes se acercan a una norma, la interpretan y aplican; y es en ellos que la Comisión enfatizaba y sugería el sentido del término *sanción*, sin perjuicio de que el texto de la norma permitía interpretarla en sentido distinto al consignado por la Comisión, habida cuenta de que la interpretación auténtica no se encuentra por encima de los otros métodos de argumentación jurídica. Además, las normas —una vez que entran en vigor— tienen vida propia e independiente de la voluntad del legislador.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico

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

La validez de los actos jurídicos no sólo depende del cumplimiento de los requisitos formales, sino también de su conformidad con los principios y valores fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico. El artículo V del Código Civil peruano establece una salvaguarda esencial al declarar la nulidad de los actos jurídicos que contravengan el orden público o las buenas costumbres.

El concepto de orden público es fundamental para garantizar la coherencia y la estabilidad del sistema legal. Se refiere al conjunto de principios, normas y valores que constituyen la base de la convivencia social y el respeto a los derechos fundamentales. Estos principios son irrenunciables e inderogables, ya que su cumplimiento es esencial para preservar la paz, la seguridad y el bienestar general de la sociedad.

Los actos jurídicos que violan el orden público son aquellos que atentan contra la moral, la ética, la justicia o los derechos humanos fundamentales. Por ejemplo, un contrato que implique la explotación laboral o la trata de personas sería nulo por contravenir el orden público, al vulnerar principios básicos como la dignidad humana y la libertad individual.

Por otro lado, las buenas costumbres son un concepto más subjetivo y variable que se refiere a los valores éticos y morales aceptados por una sociedad en un momento y lugar determinados. Estos valores pueden cambiar con el tiempo y variar entre diferentes culturas o grupos sociales.

Los actos jurídicos que contravengan las buenas costumbres son aquellos que, sin llegar a violar el orden público, resultan ofensivos o contrarios a las normas de conducta generalmente aceptadas por la comunidad. Por ejemplo, un contrato que implique la prestación de servicios inmorales o indecentes podría ser considerado nulo por ser contrario a las buenas costumbres.

La importancia de esta norma radica en su función de salvaguardar la integridad del sistema jurídico y proteger los valores fundamentales de la sociedad. Al declarar la nulidad de los actos contrarios al orden público y las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

buenas costumbres se evita que estos actos produzcan efectos jurídicos válidos y se mantiene la coherencia del ordenamiento jurídico.

Para mejor comprender el contenido de este artículo es necesario empezar nuestro comentario definiendo qué se entiende por orden público y buenas costumbres en el ámbito del Derecho Civil, para luego analizar su aplicación como elemento determinante en la nulidad de los actos jurídicos.

¿Qué es el orden público?

No resulta tarea sencilla definir lo que es «orden público», pues pareciera un concepto más bien abstracto sujeto a los fines planteados o establecidos por un Estado, pero el aspecto fundamental sobre el cual la doctrina es unánime es que el orden público puede «constituir un límite oponible al ejercicio de las libertades».[183]

El concepto de «orden público», como señala Bécar Labraña,[184] puede ser visto como un límite y contrapeso al principio de autonomía de la voluntad en el derecho privado; sin embargo, también reconoce que existe cierta incertidumbre y falta de consenso en cuanto a su definición precisa y alcance. Algunas de las funciones atribuidas al orden público, como fundamentar leyes imperativas o suplir la voluntad de las partes, han sido cuestionadas por autores destacados.

Además, se observa una distinción entre el concepto de orden público en el Derecho nacional y en el Derecho Internacional privado, lo que sugiere que su aplicación e interpretación puede variar según el contexto. En general, el autor destaca, la importancia del orden público como un concepto que busca salvaguardar intereses sociales e institucionales por encima de los intereses meramente particulares, pero cuya delimitación precisa sigue siendo objeto de debate.

En la doctrina y jurisprudencia civilista se han identificado cuatro tendencias principales que postulan diferentes definiciones del orden público:[185]

183 Montalvo Abiol, Juan Carlos. «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas». En *RJUAM*, (22), 2010, tomo-II, p. 198.

184 Bécar Labraña, Emilio José. «Algunas consideraciones en torno al orden público en el Derecho Civil como un concepto jurídico indeterminado». En *Actualidad Jurídica*, 2019, n.° 40, p. 368.

185 Cfr. Espín Cánovas, Diego. «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa». En *Anuario de Derecho Civil*, 1963, vol. 16, n.° 3.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. El orden público como el arreglo y organización de la sociedad, las reglas esenciales para su mantenimiento y buen funcionamiento. Esta idea, proviene del insigne jurista francés Baudry-Lacantinerie.

2. El orden público como sinónimo del «espíritu general de la legislación» y los principios generales de la legislación económica, concepción presente en el Derecho español e italiano.

3. El orden público como los principios jurídicos, públicos, privados, políticos, morales y económicos obligatorios para la conservación del orden social en un determinado contexto.

4. El orden público como la expresión de aquellos principios que limitan el desenvolvimiento de la autonomía privada cuando la vulneran.

Esta situación pone en evidencia, como bien señala Bécar,[186] que la falta de una definición legal del concepto de orden público dificulta tener una noción unívoca del mismo. Existen dos formas en que la doctrina ha intentado determinar cuándo se compromete el orden público, y además se asimila erróneamente el orden público a los principios generales del Derecho, cuando tienen funciones distintas.

En segundo lugar, desde un aspecto sustancial, la noción de orden público se erige como un atributo que poseen ciertas leyes consideradas indispensables para el normal funcionamiento de la sociedad. Esta vinculación del orden público con ciertas leyes se da porque inicialmente se entendía relacionado a la organización política del Estado; sin embargo, el concepto de orden público es flexible y mutable, extendiéndose en la actualidad a otros ámbitos fuera de lo político, como el económico, surgiendo la noción de «orden público económico».

Como resultado, el orden público queda integrado por la naturaleza de un conjunto de leyes, no una sola, que tutelan intereses indispensables para la sociedad. Por ello, no es sinónimo absoluto de la ley ni un criterio moral o de buenas costumbres, sino un concepto jurídico que no es moralista ni religioso.

En el plano civil este concepto tiene también una connotación restrictiva, pues implica la imposición de límites a la autonomía privada a las relaciones jurídicas entre particulares. Para los civilistas, tampoco ha sido fácil lograr o aproximarse siquiera a una noción precisa de «orden público»; de hecho, Federico de Castro en uno de sus trabajos, señaló que «desde la aparición de la noción, los civilistas, se han visto y se ven forzados a la tarea ingrata, difícil,

186 Bécar Labraña, Emilio José. «Algunas consideraciones en torno al orden público en el Derecho Civil como un concepto jurídico indeterminado». *Op. cit.*, p. 374.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

quizá imposible de explicar y definir lo que sea el orden público».[187] No obstante, Ferri, aunque lo estima complejo, rechaza la idea de considerar el concepto de orden público como oscuro e indescifrable.[188]

Es más, al tratarse de un concepto bastante complejo, se le relaciona con otros conceptos como el de «interés general» o «interés público». Esta noción, atañe, como bien señala Acedo Penco, «al interés de la sociedad como sujeto colectivo, [que] puede ser, y es de hecho en muchas ocasiones, diferente del interés del Estado como órgano político-administrativo estructurado para la gestión de los intereses de la propia sociedad».[189] Al respecto, se ha señalado que el interés primario y general de la sociedad es perseguir el bien común, que, en buena cuenta, cae dentro del alcance de lo que se entiende por «interés público». Siendo que, el orden público sirve para garantizar que sea satisfecho ese interés social de garantizar el bien común.[190]

Otro de los conceptos relacionados al orden público es el de leyes imperativas. Hacia finales del siglo XVIII, el orden público, en su acepción clásica, fue identificado con las leyes imperativas en la medida en que ambos tienen como objetivo velar por los intereses generales de la comunidad frente a los intereses particulares.[191]

A entender nuestro,[192] el orden público vendría a ser el conjunto de valores fundamentales del ordenamiento jurídico interno. Bianca, citado por Freddy Escobar,[193] señala que una norma que interesa al orden público es aquella que tutela principios fundamentales del Estado (de derecho) o intereses generales de la colectividad, por tal razón dicha norma se impone obligatoriamente a los particulares.

Se suele decir que no debe confundirse a las normas de orden público con aquellas normas imperativas. Como fundamento se alega que si bien las normas imperativas se caracterizan porque su cumplimiento es obligatorio por los

187 De Castro y Bravo, Federico. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor». En *Anuario de Derecho Civil,* 1982, vol. IV, p. 1021.

188 Ferri, Giovanni Batista. «Ordine pubblico-Diritto privato». En *Enciclopedia del Diritto,* 1980, tomo XXX, p. 1040.

189 Acedo Penco, Ángel. «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia». En *Ann. Fac. Der. U. Extremadura*, 1996, n.os 14-15, p. 330.

190 *Ibid*, p. 331.

191 Espinoza Espinoza, Juan. «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional». En. *Ius Et Veritas*, n.° 24, p. 303.

192 Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general*. Por publicar.

193 Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». *Op. cit.*, p. 684.

sujetos sin que exista posibilidad alguna de que sean modificadas por la voluntad de las partes, se diferencian sustancialmente de las de orden público, pues son estas últimas las que, más allá de una tutela de intereses generales, protegen valores superiores como son los principios éticos y jurídicos del Estado, los mismos que resultan indispensables para su existencia y la de sus miembros.

Es decir, mientras que las normas de orden público buscan tutelar bienes que resultan fundamentales para el funcionamiento del Estado (por lo que se dice que son de interés general), existen normas imperativas que no son de orden público, pues si bien cumplen una función social, su carácter no resulta fundamental al interés general del Estado propiamente dicho.

En ese sentido, Galgano[194] precisa que existen dos tipos de grupos de normas imperativas: aquellas que provocan la ilicitud negocial y aquellas que no la provocan. Así, las normas que provocan la ilicitud negocial y su consecuente nulidad son aquellas normas prohibitivas, que imponen insuperables prohibiciones; mientras que las comunes normas imperativas pueden consistir tanto en normas prohibitivas como en normas ordenativas. Asimismo, las normas de orden público son normas que se colocan en la cima de la jerarquía de valores protegidos por el ordenamiento jurídico, y no son sólo normas imperativas puestas en tutela de intereses generales.

Messineo[195] afirma que el orden público está referido a los principios fundamentales y los intereses generales —deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no estén formulados en normas concretas)— sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado y que, por tanto, ellos mismos son imperativos e inderogables. Agrega a su definición que el concepto de orden público varía de lugar a lugar y de época a época.

Señala Japiot,[196] que la doctrina francesa tradicional decía, con razón, que es preciso admitir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea, pues respecto del mismo se han dado variadas definiciones. El orden público es un «conjunto de disposiciones imperativas»; sin embargo, se ha observado que «una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario». Así, «el orden público funciona antes de la norma imperativa, es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo, sino también ideológico. Éste se manifiesta a través de normas».

194 Galgano citado por Palacios Martínez, Eric. *La nulidad del negocio jurídico. Op. cit.*, p. 38.

195 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Op. cit.*, p. 480.

196 Japiot citado por Espinoza Espinoza, Juan. *El orden público. Los actos del demente anteriores a su declaración. Op. cit.*, p. 8.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez[197] señalan que la noción de orden público es indeterminada en cuanto a su contenido sustancial, entendiéndose que la misma comprende un conjunto de valores esenciales del orden jurídico del foro. Entre estos principios figuran los derechos fundamentales del hombre, enunciados por las convenciones internacionales y por las diversas constituciones nacionales.

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en torno a la noción de orden público en diferentes pronunciamientos.

Al respecto, cabe citar la Sentencia recaída en el expediente n.° 3283-2003-AA/TC:[198]

> 28. El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

Se puede concluir, finalmente, que el orden público no es sino el conjunto de principios fundamentales y de interés general, que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del Derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso. El orden público, como principio, no necesariamente está recogido en las normas jurídicas; sin embargo, existen normas que importan y encierran algunos principios de orden público y que se constituyen como normas imperativas, es decir de un carácter insustituible por la sola voluntad de los particulares y, en consecuencia, como límite de la autonomía privada.

De este modo, se tiene que toda norma que interesa al orden público es de carácter imperativo, pero no toda norma imperativa tiene carácter de orden público.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

197 Delgado Barreto, César; María Antonieta Delgado Menéndez y César Lincoln Candela Sánchez. *Derecho Internacional privado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirección Académica de Investigación, 2002, tomo I, p. 334.

198 Recuperado a partir de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html.

El orden público y la ley imperativa

Al respecto, señala Acedo Penco[199] que para algunos autores el efecto limitador de la autonomía de la voluntad, propio del orden público, está contenido en una ley imperativa. En sentido opuesto, otro grupo de autores sostiene que no existe la pretendida equiparación entre orden público y ley imperativa, pues siempre es posible acudir al orden público aun cuando ciertas normas legales estén en contradicción con aquél. Se ha señalado que carece de sentido práctico identificar el orden público con la ley imperativa, pues se le quitaría toda operatividad al concepto diluyéndose en el arbitrio del legislador de turno.

En opinión de Espín Cánovas,[200] la principal diferencia entre ley imperativa y orden público radica en el alcance de ambos conceptos. Mientras que el orden público protege los intereses generales, aquellos sobre los que reposa el orden económico o moral de una sociedad, la ley imperativa, tiene un alcance mayor pues puede proteger intereses generales, pero también intereses meramente privados. Pero, en esta línea, sí sería lógico identificar al orden público con las leyes imperativas, pues ambos están relacionados íntimamente.

Pero, como señala el autor, surge la dificultad de identificar el carácter imperativo de las leyes, especialmente aquellas comprendidas en las codificaciones civiles. Una manera sería acudir a la división entre Derecho Público y Derecho Privado, siendo que las normas imperativas se identificarían con el Derecho Público, ello en razón a su inderogabilidad por los particulares; sin embargo, existen varias materias del Derecho Privado cuyas normas no son pasibles de alteración o derogación, como ocurre con el Derecho de Familia.[201]

Como hemos podido apreciar, las normas legales imperativas[202] constituyen instrumentos mediante los cuales el ordenamiento jurídico resguarda valores superiores, restringiendo para ello la autonomía privada. De aquí que resulta natural que las normas que interesan al orden público tengan siempre carácter imperativo, lo que no implica, sin embargo, que todas las normas imperativas sean de orden público, ya que también existen normas imperativas que tienen por finalidad resguardar intereses privados.

199 Delgado Barreto, César; María Antonieta Delgado Menéndez y César Lincoln Candela Sánchez. *Derecho Internacional privado. Op. cit.*, p. 336.

200 «[…] Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa». Espín Cánovas, Diego. «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa». *Op. cit.*, p. 789.

201 *Ibid.*, p. 790.

202 Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general*. Por publicar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Centrándonos en las reglas imperativas, debemos advertir que ellas se justifican sólo si la libre contratación resultase socialmente perjudicial debido a que las partes o los terceros no pueden protegerse adecuadamente.[203]

En este marco, las normas imperativas constituyen la fuente esencial de la integración imperativa.

La integración imperativa no suple un acuerdo faltante, sino más bien se superpone a un acuerdo existente, pero que es desaprobado por el ordenamiento jurídico por violar intereses o valores preeminentes. Los contenidos desaprobados son expulsados del reglamento contractual, a pesar de que son queridos por las partes, por consiguiente, la integración imperativa es antagonista de la autonomía privada.[204] En esencia, las normas imperativas pueden ser prohibitivas o preceptivas.

Como hemos podido apreciar, las normas imperativas[205] preceptivas o conformativas son aquéllas que imponen una determinada conducta. Las prohibitivas, en cambio, son aquéllas que excluyen la posibilidad de realizar lo prohibido, sancionando las conductas que vulneran esa prohibición.

Las normas imperativas prohibitivas son sencillas de reconocer, pues la prohibición se caracteriza por ser textual.

A manera de ejemplo de norma imperativa prohibitiva cabe citar los artículos 538 y 1290 del Código Civil.

El primero expresamente prohíbe a los tutores comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor, adquirir cualquier derecho o acción contra el menor, disponer de los bienes del menor a título gratuito, y arrendar por más de tres años los bienes del menor.

El segundo prohíbe textualmente la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado; en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato; del crédito inembargable; y entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.

Las normas preceptivas o conformativas pueden ser más difíciles de identificar dado que su carácter imperativo puede obtenerse de indicadores textuales —acompañadas por la expresa declaración de nulidad de los pactos contrarios,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

203 Ayres, Ian y Robert Gertner. «Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias». En *Thēmis*, 2003, n.° 47, p. 196.

204 Roppo, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 465.

205 Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general*. Por publicar.

o bien disciplinadas consecuencias del pacto contrario en términos incompatibles con su validez—, pero también de indicadores extratextuales o bien del grueso de relevancia social de los intereses que la norma protege.

Entre las normas imperativas que pueden identificarse como tales por la sanción de nulidad que acompaña a su incumplimiento, cabe citar muchos ejemplos del Código Civil.

Así, por ejemplo, tenemos al artículo 156, el cual establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

También podemos citar lo dispuesto en los artículos 1207 y 1304. Ambas normas que imponen una determinada forma para la celebración del acto jurídico, sancionando con nulidad el que ella no se siga. De este modo, el artículo 1207 precisa que la cesión de derechos debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. De manera similar, en el artículo 1304 se indica que la transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce el litigio.

Conviene mencionar también el artículo 1328, el cual establece que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. Asimismo, indica que es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

También a manera de ilustración, cabe remitirnos a lo señalado en el artículo 1817. El carácter imperativo de esa norma también descansa en la sanción de nulidad. Es así que se señala que no puede cederse el depósito sin autorización escrita del depositante, bajo sanción de nulidad. De otro lado, tenemos el artículo 1932 del Código Civil, en el cual se precisa que es nulo el pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso o el embargo de ésta por deuda de la persona a quien favorece.

Pero también existen normas imperativas en las que no hay una sanción expresa de nulidad ni en las que se emplea el término *prohibición*. Piénsese, por ejemplo, en lo regulado en los artículos 1672 y 1775 del Código Civil. La primera precisa que el arrendador «*no puede* realizar en el bien innovaciones que disminuyan el uso por parte del arrendatario». La segunda dispone que el contratista «*no puede* introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente». Ese *no puede* es un

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

elemento que nos informa que tal conducta se encuentra prohibida, lo que nos permite reconocer el carácter imperativo de la norma.

Finalmente, como ejemplo de una norma imperativa cuyo carácter descansa en la relevancia social de los intereses que resguarda, tenemos al artículo 1362. Dicha norma consagra el principio de buena fe, estableciendo que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Otro de los límites impuestos por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil son las buenas costumbres, cuyo comentario sigue a continuación.

¿Qué significa «buenas costumbres» y qué implicancias jurídicas tiene?

El concepto de «buenas costumbres» ha sido un tema de debate y dificultad en los diversos ordenamientos jurídicos a lo largo del tiempo. Esta noción, aparentemente sencilla, encierra una complejidad que ha desafiado los intentos de definición precisa y ha generado diversas interpretaciones y aproximaciones.

Una de las principales razones de esta dificultad radica en la naturaleza dinámica y cambiante de las costumbres y valores sociales. Lo que se considera «buenas costumbres» en una sociedad determinada puede variar según el contexto cultural, histórico y geográfico. Los valores morales y éticos que definen las «buenas costumbres» son relativos y evolucionan con el tiempo, lo que dificulta su fijación en un concepto estático y universal.

Además, las «buenas costumbres» están profundamente arraigadas en las tradiciones, creencias y normas sociales de cada comunidad. Lo que puede ser considerado «bueno» o «aceptable» en un lugar, puede ser visto como inapropiado o incluso reprochable en otro. Esta diversidad cultural y moral representa un desafío para encontrar una definición que abarque y respete todas las perspectivas.

Otro factor que contribuye a la dificultad es la subjetividad inherente al concepto de «buenas costumbres». Éstas se hallan estrechamente vinculadas a las percepciones individuales y colectivas de lo que es ético, moral y socialmente aceptable. Las interpretaciones pueden variar según las creencias, valores y experiencias personales, lo que dificulta el consenso y la objetividad en su definición.

Además, las «buenas costumbres» se relacionan con cuestiones sensibles y controvertidas, como la moral sexual, las prácticas religiosas, los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

comportamientos sociales y las tradiciones culturales. Estas áreas suelen ser objeto de debates y desacuerdos, lo que complica aún más la tarea de definirlas de manera clara y precisa dentro del marco legal.

Por otro lado, el Derecho, como conjunto normativo, busca establecer reglas claras y objetivas para regular la conducta humana. Sin embargo, las «buenas costumbres» se mueven en un terreno más difuso y subjetivo, lo que dificulta su integración en el ordenamiento jurídico de manera inequívoca.

El contenido del término «buenas costumbres» también ha sido estudiado por la doctrina. Así, para los alemanes son los principios morales reconocidos por un pueblo en determinado momento. En este sentido, será contraria a las buenas costumbres toda aquella conducta que choque contra el sentido de la decencia y de justicia de las personas. En opinión de Larenz, esta moral no es la ética, «ni imperativos de conciencia conocidos individualmente, sino exigencias sociales de conducta que se basan en la convicción común de los pertenecientes a un pueblo o a un grupo social moralmente idóneo».[206]

Al respecto, estudiando el Derecho francés, señala Espín Cánovas, que el concepto de «buenas costumbres» es igualmente complejo y difícil de abordar como el de orden público. Huc,[207] en sus estudios exegéticos, entendía que la ley protegía cinco hábitos o costumbres, todos ellos relacionados con la familia, la moral, el decoro público y la buena fe, pero de manera limitativa y cerrada, una suerte de *numerus clausus* de las buenas costumbres. Para Demogue,[208] quien se inscribe en una tendencia sociológica, las buenas costumbres estarían relacionadas con los hechos y la opinión corriente, dado que el Derecho se modifica según el pensamiento general de la sociedad. En otros términos, sería la opinión pública la que determine lo que deba entenderse por buenas costumbres, así como aquellos actos contrarios a este concepto.[209] Esta tendencia fue respaldada por otros renombrados juristas como Savatier o Saleilles.

Dicha tesis tuvo también sus detractores, entre otros, Ripert, para quien la concepción sociológica testimonia el gran temor «de los juristas de ver imponerse la regla moral en el mundo jurídico y revelarse superior a la ley civil,

206 Larenz, Karl. *Derecho Civil. Parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 593.

207 Huc, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. Tome premier: «De la publicación, des effets et de l'application des lois; De la jouissance et de la privation des droits civils; Des actes de l'état civil; Du domicile; Des absents. Art. 1 al 143». París: Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, 1892, pp.182-183.

208 Demogue, René. *Traité des Obligations en général*, Tomo II: Sources des Obligations (Suite). París: Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1923, p. 598, sección 773.

209 Espín Cánovas, Diego. «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa». *Op. cit.*, p. 793.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

puesto que jugaría un papel normativo y rompería los contratos que reuniesen todas las condiciones puestas por la ley civil».[210] Este autor defiende la idea de que las buenas costumbres no se identifican con una moral social variable en cada época y lugar, sino más bien con la moral religiosa cristiana. Esta postura fue adoptada por varios autores, entre ellos, el ilustre Planiol.

Al respecto, autores contemporáneos como Danièle Lochak[211] consideran que existe una relación compleja entre el Derecho y las buenas costumbres, al punto que, el sistema jurídico ha actuado históricamente como instrumento de control y promoción de la moral social. Para esta autora, el Derecho ha funcionado tradicionalmente como mecanismo de censura y represión de las «malas costumbres» a través de diversos dispositivos legales, incluyendo el Derecho Penal, Civil y Administrativo. Además, las buenas costumbres han servido como requisito para la pertenencia a ciertos grupos sociales, como la función pública o la adquisición de la nacionalidad.

Sin embargo, el concepto de buenas costumbres resulta jurídicamente indefinible y presenta una notable imprecisión. Su contenido es variable según el contexto histórico y social, lo que obliga a los jueces a interpretar su significado caso por caso. Esto genera una tensión permanente entre una concepción trascendente basada en una moral universal y otra contingente fundamentada en la moralidad pública del momento. Los jueces se ven así obligados a buscar un equilibrio entre criterios objetivos y la evolución de las costumbres sociales. Se observa, entonces, un progresivo debilitamiento del vínculo entre derecho y buenas costumbres. La noción tiende a caer en desuso y se evidencia una clara regresión del concepto en el léxico jurídico. El tratamiento legal de las costumbres se ha transformado, surgiendo nuevos mecanismos de control menos directos, como la fiscalidad o la autorregulación. Particularmente en el Derecho Penal, se observa una evolución hacia la protección de las libertades individuales más que hacia la represión moral.

Para la autora, este debilitamiento responde a una mayor tolerancia social hacia la diferencia y al cuestionamiento del consenso tradicional sobre lo moral. La sociedad contemporánea ya no acepta una visión única y absoluta de la moral, lo que ha llevado a una progresiva desagregación del vínculo histórico entre derecho y buenas costumbres. El derecho ha dejado de pretender ser el guardián de una moral única y busca ahora proteger las libertades individuales

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

210 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo Sexto: «Las obligaciones (Primera parte)». Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural SA, 1946, pp. 314-315.

211 Lochak, Danièle. «Le droit à l'épreuve de bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique». En *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994, pp. 15-53.

y regular la convivencia social desde una perspectiva más plural y tolerante, adaptándose así a los valores de una sociedad cada vez más diversa y compleja.

Más recientemente, en un trabajo publicado por Frédéric Charlin,[212] se analiza la evolución jurisprudencial en Francia respecto a dos conceptos clave: las «buenas costumbres» y la «dignidad humana». El autor examina cómo la Corte de Casación francesa ha transitado gradualmente desde el uso del concepto tradicional de buenas costumbres hacia la aplicación del principio de dignidad humana.

Las buenas costumbres, noción tradicional del Derecho Civil francés vinculada al orden público, carecen de una definición precisa y se relacionan principalmente con la vida privada. Durante el siglo XIX, los jueces utilizaron este concepto para moralizar los contratos y regular comportamientos sociales, especialmente en materia familiar y matrimonial; sin embargo, esta noción ha ido perdiendo relevancia progresivamente, siendo reemplazada por el concepto de dignidad humana. Mientras que la dignidad humana emerge como un concepto más moderno, con raíces en el derecho natural y la filosofía kantiana, que se ha ido incorporando al derecho positivo especialmente después de la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de las buenas costumbres, la dignidad humana se presenta como un concepto universal e inherente a la persona, independiente de comportamientos o circunstancias específicos.

El autor destaca en su artículo cómo la jurisprudencia ha evolucionado en varios ámbitos, tales como en materia de concubinato y relaciones extramatrimoniales, donde se ha pasado de una condena moral —basada en las buenas costumbres— a un enfoque más liberal fundamentado en el respeto a la vida privada y la dignidad personal; en el ámbito laboral, donde la dignidad humana se ha convertido en fundamento para proteger a los trabajadores contra condiciones degradantes; y en cuestiones relacionadas con el derecho a la imagen y el respeto a los difuntos, donde la dignidad humana sirve como principio rector.

Charlin[213] concluye señalando que mientras las buenas costumbres representaban una noción abiertamente moralizadora, la dignidad humana se presenta como un concepto más universal y menos moralista, aunque igualmente impregnado de valores. Esta transición refleja un cambio más amplio en la sociedad francesa: el paso de una moral colectiva tradicional a una ética más individualista y universal basada en los derechos humanos; sin embargo, el artículo advierte que esta evolución no necesariamente implica una mejor separación

212 CHARLIN, Frédéric. «La Cour de cassation, des bonnes moeurs à la dignité humaine? Le juge dans l'histoire: entre création et interprétation du droit». En *Hall Open Science*, junio 2014, pp. 1-14. https://hal.science/hal-01927069v1

213 *Ibid.*, p. 12 y ss.

entre derecho y moral, sino más bien una transformación en la forma en que el derecho incorpora valores éticos. La dignidad humana, aunque más moderna y universal, plantea nuevos desafíos interpretativos para los jueces y puede ser tan subjetiva en su aplicación como lo fueron las buenas costumbres.

Lo cierto es que, como bien ha señalado Espín Cánovas, la doctrina francesa considera que las buenas costumbres, así como el orden público, tienen la función de servir de guardianes de las instituciones básicas del Estado y no pueden quedar al arbitrio de la voluntad privada.

En Derecho español, las buenas costumbres han sido identificadas con la moral y, como señala Calvo, citado por Acedo Penco,[214] con «la obligación de acatar las convicciones morales observadas por la sociedad, siempre y cuando éstas representen valores dignos de ser protegidos jurídicamente, de forma que esa moral, vivida en las costumbres sociales, es tutelada por el Derecho».

La doctrina latinoamericana ha abordado el concepto de moral y buenas costumbres desde diversas perspectivas que han evolucionado significativamente a lo largo del tiempo. Como señala Mosset Iturraspe: «la moral y las buenas costumbres constituyen un límite dinámico que evoluciona con la sociedad misma, sin perder su función esencial como parámetro de conductas socialmente aceptables».[215]

Esta visión evolutiva contrasta con perspectivas más tradicionales que vinculaban estrechamente estos conceptos con valores religiosos. Como explica Arturo Valencia Zea, «la moral social, distinta de la moral religiosa o individual, constituye un conjunto de valoraciones predominantes en una sociedad que el derecho debe reconocer y proteger».[216]

El debate sobre la naturaleza y alcance de estos conceptos ha sido particularmente relevante en el ámbito contractual. Santos Cifuentes argumenta que «las buenas costumbres operan como un límite objetivo a la autonomía de la voluntad, reflejando los valores fundamentales de una sociedad en un momento determinado».[217] En esta misma línea, Juan Carlos Lapalma[218] señala que los conceptos moral y buenas costumbres, si bien diferentes, resultan análogos desde la perspectiva del derecho civil positivo vigente, según se desprende de

214 Acedo Penco, Ángel. Acedo Penco, Ángel. «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia». *Op. cit.*, p. 339.

215 Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 127.

216 Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Temis, 1990, p. 196.

217 Cifuentes, Santos. *Elementos de Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 234.

218 Lapalma, Juan Carlos. «Moral y buenas costumbres: un límite poco delimitado?». En *Colección Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, 2004, n.° 1, p. 2 y ss.

las notas dejadas por el codificador Vélez Sarsfield. Para el autor, la problemática trasciende el ámbito puramente teórico, planteando interrogantes fundamentales sobre la legitimidad del legislador para pronunciarse sobre cuestiones morales y la aplicabilidad práctica de estos conceptos como límites al ejercicio de derechos subjetivos. Este debate cobra especial importancia en sociedades contemporáneas cada vez más plurales, donde los valores morales están en constante evolución y las concepciones tradicionales se enfrentan a nuevas realidades sociales. En palabras del autor, la «moral y (las) buenas costumbres será un límite que combinará la moral individual media del hombre argentino y la moral social, imponiendo al hombre —en el ejercicio de sus derechos— el cumplimiento de aquellos deberes que provienen de una instancia superior a la humana y que constituyen las reglas primordiales de toda vida social. Sólo una moral que reconozca normas válidas siempre y para todos, sin ninguna excepción, puede garantizar el fundamento ético de la convivencia social».[219]

Esta evolución doctrinaria refleja un alejamiento progresivo de concepciones absolutas hacia interpretaciones más flexibles y contextualizadas. Como sostiene Alterini, «la moral y las buenas costumbres son conceptos relativos que varían según el tiempo y el lugar, pero mantienen su función esencial como límites al ejercicio de derechos».[220]

En el contexto contemporáneo, autores como Ricardo Luis Lorenzetti han enfatizado la necesidad de reinterpretar estos conceptos a la luz de los derechos fundamentales: «La moral y las buenas costumbres deben ser interpretadas en el marco del Estado constitucional de derecho, considerando especialmente la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales».[221] Por su parte, Fernando Hinestrosa, apunta hacia una interpretación más pluralista: «La moral y las buenas costumbres deben ser entendidas en el contexto de una sociedad pluralista, respetando la diversidad cultural y las diferentes concepciones éticas que coexisten en la sociedad contemporánea».[222]

Por otra parte, podemos mencionar que en el Derecho chileno la doctrina ha encontrado particular dificultad en definir el concepto de «buenas costumbres», especialmente en el contexto del Derecho de ese país. Como señala

219 *Ibid.*, p. 4.

220 Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales y de consumo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 156.

221 Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 312.

222 Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 278.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Schopf,[223] se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance no puede establecerse de manera puramente abstracta, aunque su característica distintiva es su vinculación con los valores morales.

Históricamente, la doctrina chilena interpretó las «buenas costumbres» desde la perspectiva de la moral cristiana, mientras que la jurisprudencia inicial las relacionó principalmente con la moral sexual y familiar; sin embargo, la evolución del concepto llevó a vincularlo con la idea de «moral social», entendida como un conjunto mínimo de normas esenciales para la convivencia en sociedades pluralistas, caracterizada por su relatividad y mutabilidad.

Esta teoría de la moral social, aunque influyente, presenta limitaciones importantes: no resuelve la complejidad de definir qué constituye la moral social, no establece criterios claros para determinar cuándo un acto viola las buenas costumbres y no ofrece respuestas satisfactorias para casos complejos en mercados específicos. Además, el mero consenso social no es suficiente para validar prácticas como normas jurídicas sin un control de su adecuación al ordenamiento jurídico. Frente a las limitaciones de la teoría de la moral social surgió otra que entendía las buenas costumbres como una remisión a la valoración propia del juez; sin embargo, esta teoría fue criticada por amenazar la certeza jurídica y contradecir el principio de separación de poderes, al otorgar excesiva discrecionalidad judicial.

Finalmente, emerge una tercera teoría que vincula las buenas costumbres con directivas y valoraciones internas del propio Derecho Privado. Según esta interpretación existe un orden de valores, multas e ideas regulatorias éticas que fundamentan el ordenamiento jurídico privado. Esta perspectiva mantiene la conexión con lo ético y moral, pero sitúa estas consideraciones dentro del propio Derecho y no fuera de él.

La concreción de las buenas costumbres, bajo esta última teoría, requiere un proceso interpretativo que considere las particularidades del caso y el contexto jurídico, determinando los principios aplicables como la dignidad humana, la protección de la confianza y la prohibición del fraude y abuso; sin embargo, también presenta desafíos en su aplicación práctica, especialmente en casos complejos que requieren ir más allá de los principios generales.

La evolución de estas teorías refleja la tensión constante entre la necesidad de certeza jurídica y la flexibilidad necesaria para adaptar el derecho a

223 Schopf Olea, Adrián. «Las buenas costumbres en el Derecho Privado». En Schopf Olea, Adrián y Juan Carlos Marín González (eds.). *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barrios Bourie.* Santiago: Thomson Reuters, 2017, p. 526.

realidades sociales cambiantes, así como el desafío de encontrar un equilibrio entre la discrecionalidad judicial y la sujeción a principios jurídicos establecidos.

Remitiéndonos al artículo V del Título Preliminar[224] del Código Civil peruano, nos daremos cuenta de que al igual como ocurre con varios ordenamientos jurídicos, otro de los grandes límites en el Derecho Privado recae en las buenas costumbres.[225]

Aquí es pertinente señalar que las costumbres a las que se refiere el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, no son las costumbres jurídicas, pues éstas son normas y —como tales— obligatorias para los sujetos, por lo que no corresponde el calificativo de «bueno» a una costumbre que ya ha sido aceptada como norma jurídica; en cambio, las buenas costumbres a las que se refiere el artículo V del Título Preliminar, consisten en la adecuación de la conducta a las reglas de la moral que rigen a la sociedad en un momento determinado, es decir, como sostiene Enneccerus, el concepto de buenas costumbres no deriva de los usos equitativos de la vida, sino de la moral.[226]

Las buenas costumbres han sido entendidas por nuestro legislador como los valores de los particulares en términos de moralidad y honestidad.

Messineo[227] entiende a las buenas costumbres como el conjunto de principios que rigen bajo el nombre de moral social y que son practicadas por la generalidad de personas honestas, correctas, de buena fe, de sanos principios, en un ambiente y en un momento determinado.

Como refiere Corina Gonzales Barrón,[228] el concepto de «buenas costumbres» se encuentra enmarcado dentro de valoraciones éticas de lo que se entiende por bueno, decente, honesto, justo, honrado, obediente, y otras acepciones análogas; encontrándose delimitado por valoraciones religiosas de lo bueno y lo malo y siendo variable dentro de una comunidad en cada tiempo histórico. Lo que antaño se entendía como «mala costumbre», actualmente

224 Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general*. Por publicar.

225 Esta parte toma como fuente lo desarrollado en el siguiente trabajo: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Nulidad virtual. Sanción no tipificada». En *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Lima: Idemsa, 2011, pp. 37-44.

226 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil*. Traducido del alemán por Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1953, tomo I, p. 118.

227 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Tomo II, Doctrinas Generales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, tomo II, p. 481.

228 Gonzales Barrón, Corina. *Código Civil comentado*. 5ta. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, tomo I, pp. 434-435.

puede ser entendida como una «costumbre buena» o «costumbre neutra». Este concepto, incluso, es variable dentro de una misma nación; existen ciertos poblados en el interior de las serranías o zonas amazónicas, que se rigen por costumbres diametralmente opuestas a las del resto del país.

El concepto de «buenas costumbres» está vinculado a actuar dependiendo del estricto cumplimiento de la normativa legal vigente, pero lo rebasa como definición porque también se toman en cuenta las valoraciones éticas, religiosas, culturales, etc. Entonces, concluye Corina Gonzales Barrón, señalando que las buenas costumbres están ligadas a la conformidad y aprobación que debe existir entre los actos humanos y la moral; por lo tanto, su valoración tiene necesariamente que quedar librada al arbitrio del juez, quien debe fundarse en las normas morales que puedan ser aplicables en su momento.

Como advierte Marcial Rubio,[229] el artículo V del Título Preliminar ha incurrido en un error de redacción. Según Rubio, el acotado artículo V, con relación a las buenas costumbres, debe interpretarse en el sentido de que: «Es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres» y no —como resulta de su texto— que «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres», pues según el texto sería necesario que las buenas costumbres estén recogidas en normas legales, en tanto que en la primera interpretación «la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación», con lo que estamos de acuerdo. No obstante, creemos que modificar el precepto resultaría innecesario, dado que todo el medio jurídico lo interpreta en su recto sentido.

En consecuencia, podemos afirmar que las buenas costumbres son las reglas de convivencia social aceptadas por la inmensa mayoría de miembros de una comunidad como de cumplimiento obligatorio.

Nulidad del acto jurídico[230]

Los actos jurídicos, para ser caracterizados como tales, deben estar orientados al logro de funciones socialmente razonables y dignas. En tal sentido, los actos jurídicos deben tener un contenido perfectamente lícito que no atente contra el orden público, las buenas costumbres y las normas legales imperativas.[231]

229 Rubio Correa, Marcial. *Título Preliminar.* «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo III, p. 92.

230 Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general.* Por publicar.

231 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Op. cit.,* p. 303.

Pues bien, habiendo delineado los alcances de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres como límites a la autonomía privada, corresponde precisar cuál es la sanción cuando los contratantes vulneran tales límites.

Recordando que el contrato es una especie de acto jurídico, debemos indicar que la sanción es la nulidad.[232]

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez señala que la nulidad viene a ser una sanción legal, la máxima sanción civil, cuando el acto jurídico se celebra sin sus requisitos de validez, o cuando se celebra con perturbaciones o distorsiones, puesto que lo priva de su existencia, validez y eficacia.[233]

El citado autor agrega que la nulidad como sanción puede alcanzar a la generalidad de los actos jurídicos, pues se funda en consideraciones de orden público. El carácter de sanción que tiene la nulidad surge de las propias disposiciones del Código Civil y es una consecuencia de la celebración de un acto jurídico con causal de nulidad existente al momento de su celebración.

En este marco, se entiende que el acto nulo, al tener una invalidez *ab initio*, también es ineficaz *ab initio*, es decir, su ineficacia se prolonga a partir del momento de su celebración. La nulidad, por tanto, es insubsanable, siendo inviable que el acto nulo se convalide mediante la figura de la confirmación.

Para que pueda sustentarse la nulidad de un acto jurídico es preciso identificar hechos e irregularidades que permitan alegar que se ha configurado alguna de las causales taxativamente establecidas en el artículo 219 del Código Civil. El texto de la norma es el siguiente:

> **Artículo 219.-** El acto jurídico es nulo:
>
> 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
>
> 2.- *Derogado. Este inciso fue derogado por el literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.*
>
> 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
>
> 4.- Cuando su fin sea ilícito.

232 Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2022, pp. 301-318.

233 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 487.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.

6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

7.- Cuando la ley lo declara nulo.

8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

De manera concreta, consideramos que las causales que pueden dar lugar a la nulidad del contrato por trasgresión de normas imperativas, orden público o buenas costumbres son las establecidas en los incisos 3, 4, 6, 7 y 8; sin embargo, consideramos importante recordar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de conservación de los actos jurídicos, por lo que la configuración de alguna de esas causales no necesariamente determinaría la nulidad total del contrato. Esto se encuentra consagrado en el artículo 224 del Código Civil, norma que precisa que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables; que la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas; y 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.[234]

Nulidad por objeto jurídicamente imposible

Al referirnos a esta causal es necesario destacar dos aspectos relevantes. El inciso 2 del artículo 219 sanciona con nulidad, entre otros supuestos, aquél según el cual el objeto del contrato es jurídicamente imposible.

Primero, que el análisis de la imposibilidad del objeto o de su carácter indeterminable debe efectuarse tomando como referencia el momento de la celebración del acto jurídico, ello porque la nulidad es una sanción de ineficacia originaria y estructural y, por ende, no opera respecto de causales sobrevinientes a la celebración del contrato.

En segundo lugar, debemos advertir que el objeto de todo contrato es la obligación y el objeto de toda obligación es la prestación. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que el contrato es una de las fuentes de las obligaciones.

Vistas así las cosas, y como afirma Lizardo Taboada, «el inciso 3 contiene una causal de nulidad por ausencia de ciertos requisitos que son de aplicación al

234 Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 301-318.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

objeto del acto jurídico, lo cual es correcto conceptualmente hablando, pues el objeto entendido como prestación debe reunir determinados requisitos para que el acto jurídico sea válido. No se trata, pues, de una causal de nulidad basada en la ausencia de un presupuesto del negocio jurídico, como lo sería la ausencia de objeto, sino se trata de una causal fundamentada en la ausencia de determinados requisitos de aplicación al objeto del negocio jurídico, al igual que la causal basada en la ausencia del requisito de la capacidad de ejercicio aplicable al sujeto, entendido igualmente como un presupuesto del negocio jurídico».[235]

Uno de esos requisitos es el de la licitud y legalidad, siendo nulo todo acto jurídico en el que las partes han pactado que se ejecuten obligaciones que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe ejecutar o que van contra el orden público o las buenas costumbres. Así, por ejemplo, será nulo el contrato por el que se pacte que el deudor suministre al acreedor productos que la ley prohíbe comercializar.

Nulidad por fin ilícito

Al referirse a la causal del inciso 4 del artículo 219, Lizardo Taboada[236] —el jurista que más ha aportado al desarrollo del estudio de la causa en el Perú—, luego de delinear las diferentes teorías sobre la causa, concluye en que la causal de nulidad por fin ilícito, contemplada en dicha norma, deberá entenderse como de aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo sea ilícita, por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Como anota Taboada,[237] se trata de una causal de nulidad por ausencia del requisito de la licitud, aplicable al fin que constituye uno de los elementos del acto jurídico, según nuestro Código Civil. No obstante, también precisa que la noción de causa consagrada en dicho cuerpo normativo debe entenderse dentro de las concepciones unitarias, en tanto la causa es un único elemento con un aspecto objetivo y uno subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la causa será la función jurídica con base en una función socialmente razonable y digna. Desde el punto de vista subjetivo, la causa será el propósito práctico de las partes integrado por los motivos comunes y determinantes de la celebración del negocio jurídico. La nulidad por ilicitud en el aspecto subjetivo se encuentra consagrada en el inciso 4 del artículo 219, mientras que la nulidad

235 Taboada Córdova, Lizardo. «Causales de nulidad del acto jurídico». En *Thēmis*, 1998, n.° 11, pp. 73 y 74. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237

236 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Op. cit.*, p. 339.

237 *Ibid.*, pp. 339 y 340.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por ausencia de causa en el sentido del aspecto objetivo fluye como nulidad virtual por contravención del artículo 140.

El citado autor, además, enfatiza que la causal de nulidad del inciso 4 del artículo 219 está referida únicamente al aspecto subjetivo, cuando un negocio haya sido celebrado por un motivo ilícito común y determinante para las partes.

En la jurisprudencia peruana podemos encontrar decisiones en las que los tribunales se han pronunciado a favor de una posición de la causa en la que se brinda relevancia al propósito perseguido por las partes.

Así, cabe citar el Considerando Cuarto de la Casación n.° 3098-2011-LIMA,[238] cuyo tenor es el siguiente:

> **Cuarto.-** Que, en relación a la Causao *(sic)* Causa Final el artículo 219 Inciso 4 del Código Civil [1]prevé que es nulo el acto jurídico cuando su fin sea ilícito con lo que queda claro que el ordenamiento jurídico nacional acoge el sistema *causalista diseñado por el Code Civil francés vinculando la ilegalidad a la ilicitud causal* de tal modo que un acto con causa ilícita en el sentido de ser contrario a la Ley o las buenas costumbres estará afectado por nulidad absoluta no exponiendo, sin embargo, la norma sustantiva qué debe entenderse por fin o causa ilícita por lo que de la interpretación sistemática y en su conjunto del artículo 219, inciso 4 del Código Civil con las demás normas que regulan el Acto Jurídico y los Contratos en nuestro medio es posible colegir que *la Causa se vincula a la idea de «causa concreta» es decir, a los propósitos o motivos comunes que dan lugar a la celebración del acto jurídico de tal modo que si estos fines o motivos son ilícitos el negocio será nulo por falta de un elemento estructural en tal sentido (sic) la causa se comporta como un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad evitando que puedan llegar a tener eficacia los actos jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico explicando en este mismo sentido el profesor Morales Moreno que la causa es un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad para apreciar en qué casos los vínculos jurídicos merecen la protección del derecho.* (El resaltado es nuestro)

En la Casación n.° 1375-2015-Puno[239] se sigue la misma lógica, calificando como nulo por causa ilícita aquel contrato que ha sido celebrado con el

238 Recuperado a partir de http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/3098-2011-LIMA.pdf.

239 Recuperado a partir de http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS1375-2015-PUNO.pdf.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

propósito de vulnerar el ordenamiento jurídico. Así, en el fundamento 14 se precisa lo siguiente:

> 14. En este sentido, se determina que en los autos no solo se ha probado que el acto jurídico cuestionado en la demanda fue celebrado en términos incompatibles con la regla de legitimación contenida en el artículo 315 del Código Civil, pues fue celebrado por quien carecía de tal calidad para vender —por lo menos para hacerlo en forma exclusiva—, sino también que *fue celebrado con la intención de burlar lo previsto en dicho artículo, por lo que se determina que, en este caso específico, la voluntad de las partes estuvo claramente encaminada por un interés contrario al ordenamiento jurídico, configurando así la causal de nulidad prevista en el artículo 219, inciso 4, del Código Civil (cuando su fin sea ilícito).*

La adopción de un criterio de causa que se enfoca en el propósito perseguido por los contratantes también puede apreciarse en el Considerando Cuarto de la Casación n.° 1438-2017, cuyo texto es el siguiente:

> **Cuarto**.- Respecto a la alegada infracción del artículo 219 inciso 4 del Código Civil, referido a la causal de nulidad del acto jurídico por fin ilícito: sobre este particular, resulta necesario precisar algunos conceptos a fin de llegar a una conclusión valedera sobre cuando *(sic)* estamos ante un acto jurídico afectado con fin ilícito. En principio, el inciso 3 del artículo 140 del Código Civil, que regula como requisito para la validez del acto jurídico el fin lícito, nuestro sistema jurídico civil ha adoptado una concepción neocausalista de la causa, que es una variante de las teorías subjetivas, por las cuales la causa debe entenderse únicamente como los móviles o motivos determinantes, personales y subjetivos que han llevado al sujeto a celebrar un acto jurídico, móvil éste que será distinto en cada acto jurídico concreto que se celebre según las partes intervinientes; empero, tal concepción nos puede llevar a confundir entre lo que se debe entender por fin o causa y los motivos. Para superar tal confusión, debe considerarse al fin o causa dentro de una concepción unitaria, que es la imperante en la actualidad en la doctrina civilista, la misma que señala que la causa es un único elemento, que cuenta con dos aspectos: objetivo y subjetivo. Así tenemos que, desde un punto de vista objetivo, la causa tal como debe entenderse en nuestro ordenamiento jurídico, será la función jurídica en base a la función socialmente razonable y digna que desempeña el acto jurídico; y desde el punto de vista subjetivo, la causa será el propósito práctico de las partes integrado por los móviles comunes y determinantes de la celebración

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> del acto jurídico, es decir lo que las partes persiguen con la celebración de éste. Con lo cual, para determinar la exista *(sic)* nulidad del acto jurídico por ilicitud del fin, no se deberá de tener en cuenta el aspecto objetivo del acto jurídico celebrado, pues todo acto jurídico siempre persigue una función jurídica y socialmente razonable de acuerdo al ordenamiento jurídico (en dependencia con cada tipo de contrato); sino, al aspecto subjetivo del mismo, es decir a los propósitos prácticos de las partes, integrados por los móviles comunes y determinantes que las han llevado a la celebración del acto jurídico, los mismos que deben ser contrarios no solamente al propio ordenamiento jurídico, sino contrario *(sic)* también al orden público o a las buenas costumbres. En esa línea de razonamiento; *el fin ilícito, como causal de nulidad del acto jurídico, se configurará cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es contraria no solamente al ordenamiento jurídico, sino también al orden público y a las buenas costumbres*, como ocurrirá por ejemplo si dos sujetos se vinculan por un acto jurídico con la finalidad de que uno de ellos actúe como sicario de la venganza personal de la otra parte respecto a un tercero. En tal sentido, en el presente caso, teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, los móviles que han tenido los demandados en la celebración del contrato de transferencia materia de controversia, no están vedados por el ordenamiento jurídico, ni por el orden público ni menos por las buenas costumbres, pues han buscado la producción de un efecto tutelado por el ordenamiento jurídico como es adquirir la propiedad de un bien a cambio del pago del precio respectivo, quedando fuera del análisis de esta causal, aquellos móviles estrictamente personales y psicológicos a los que en esencia alude la recurrente, que constituyen en estricto motivos, los cuales quedan fuera de sanción por parte del ordenamiento jurídico, debido a que éstos subyacen y perviven en el interior de los sujetos, resultando difícil que puedan trascender y tener relevancia para el derecho, pues el derecho no es psicología ni investigación agnóstica en el campo de la conciencia. (El resaltado es nuestro)

La causa, entonces, como causal de nulidad prevista en el inciso 4 del artículo 219, se identifica como el propósito de las partes, el cual se califica como ilícito por contravenir el ordenamiento jurídico, el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Desde esta perspectiva, la causa cumple una importante función de control o legalidad, en tanto está orientada a verificar e impedir que los contratantes

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ejerzan su autonomía privada en desmedro de normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres mediante la celebración de actos jurídicos que sólo serían legales en apariencia, pues el propósito o la finalidad concreta que se persigue a través de ellos es ilícito.

Podemos sintetizar lo expuesto afirmando que la ilicitud de la causa se determina cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que podrán recibir tutela jurídica, pues la intención concreta de los celebrantes del acto jurídico es contraria al ordenamiento jurídico.[240]

Lo que otorga el carácter ilícito al contrato es la ilicitud de la causa, la misma que —como ya ha advertido la doctrina autorizada— es el fin común buscado por las partes, es decir, el motivo o causa ilícita sólo convertirá al contrato en ilícito cuando las partes quieran utilizarlo como un instrumento para alcanzar un fin común perseguido por ellas, pero prohibido por el ordenamiento, o atentatorio de las buenas costumbres que imperan en la sociedad.

Así, pues, el límite al contenido del contrato viene impuesto, como ya lo hemos advertido, por el propio ordenamiento jurídico, que impide que, en razón a la autonomía privada, los particulares ordenen comportamientos que son considerados ilícitos por normas superiores.

¿Quién decidirá si el negocio contraviene o no las buenas costumbres y el orden público? Será la autoridad judicial. Así, queda sujeta al arbitrio judicial la pregunta de si concurre o no el supuesto de hecho; sin embargo, el juez no debe decidir según sus opiniones particulares en el orden moral ni tampoco según las doctrinas de una determinada clase o partido, sino tiene que hacer una abstracción de sus creencias para encontrar el modo de pensar mayoritario de la nación, es decir, tratar de encontrar cuál es el parecer de los ciudadanos, sólo así podría resolver con conocimiento de causa, y con espíritu de equidad y justicia.

Es entonces cuando peligrosamente se puede llegar a la situación en la que el juez, como ser humano, no pueda desvincularse de sus concepciones personales que motivan y rigen sus decisiones, y que podría —eventualmente— ser contrario al modo de pensar generalizado en la sociedad, haciendo que se declare la nulidad de negocios que, en estricto, no contravengan ninguna buena costumbre.

La infracción de las buenas costumbres tiene que operar mediante el mismo, o sea, en virtud de su conclusión o contenido.

240 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 494.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, Enneccerus[241] sostiene que en tanto el motivo y el fin no hayan sido recogidos en el negocio como causa o condición, no dan por sí solos al negocio el carácter de inmoral, sino sólo cuando también han influido sobre el negocio mismo, o sea cuando del contenido, motivo, fin y de las circunstancias concurrentes al tiempo de la conclusión del negocio, resulte para éste un carácter inmoral en conjunto. Si el contenido del negocio no es inmoral en sí, sino que la inmoralidad deriva de los motivos y del fin propuesto, tiene que haber infracción de las buenas costumbres por ambas partes.

Nulidad por no cumplir con la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Se sabe que no sólo los vicios de la voluntad afectan al acto jurídico, pues existen otros que también lo alteran en su validez y eficacia. Tales son los denominados vicios de forma, que emanan de la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley respecto de ciertos actos jurídicos.

La forma es el medio o mecanismo como se expresa la voluntad. Todos los actos jurídicos deben tener una forma. La regla es que los contratos pueden tener la forma que las partes quieran, y a tales contratos se les denomina *contratos no formales*.

Cabe recordar que los contratos formales son aquellos en los cuales la ley impone una forma, y puede hacerlo con dos alcances: puede exigir y ordenar una forma con tal intensidad que si no se cumple, el contrato es nulo, caso en el cual nos encontraremos ante contratos solemnes. O puede sólo recomendar una forma, caso en el cual esa forma únicamente servirá para efectos probatorios, supuesto en el cual estamos frente a un contrato *ad probationem*.

Podemos concluir afirmando que si la ley establece, bajo sanción de nulidad, una determinada forma, o las partes, en ejercicio de su autonomía privada, acuerdan una determinada forma, el no expresar su consentimiento a través de la forma prevista acarrea, conforme al inciso 6 del artículo 219 del Código Civil peruano, la nulidad del contrato.

Consideramos que al referirnos a las normas imperativas hemos dado varios ejemplos de normas en que la sanción de nulidad deriva del incumplimiento

241 Enneccerus, Ludwig. *Derecho Civil. Parte general. Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos, pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935, volumen segundo, p. 307.

de la forma exigida por la ley para la celebración de determinados actos jurídicos o contratos, nos remitimos a los mismos.[242]

Nulidad textual

Conforme a lo prescrito en el inciso 7, el acto jurídico adolece de nulidad «Cuando la ley lo declara nulo».

Con lo previsto en el inciso 7 del artículo 219 del Código Civil peruano, se da prioridad a las reglas y limitaciones que impone la ley a la autonomía privada. Esta causal, que da lugar a la denominada nulidad textual o expresa, comprende cualquier otro caso no incluido en las causales anteriores. Se trata de una prohibición o, cuando menos, de una limitación de celebrar actos jurídicos reprobados por la ley, imponiéndose la limitación a la capacidad de ejercicio de las personas.

Como hemos notado al referirnos a las normas imperativas, el Código Civil contiene normas en las que el incumplimiento de lo que prescriben, se sanciona de manera expresa con la nulidad.

Nulidad virtual

Tal cual se encuentra estructurado nuestro sistema jurídico, la nulidad puede ser textual o virtual. La primera se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 219 y la segunda en el inciso 8 de la misma norma.

Conforme a lo prescrito en el inciso 7, el acto jurídico adolece de nulidad «Cuando la ley lo declara nulo».

Según lo previsto en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, es nulo el acto jurídico «En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil sanciona con nulidad los actos jurídicos que contravienen las normas de orden público y las buenas costumbres.

La nulidad textual es aquella que se encuentra declarada directamente por una norma jurídica; la nulidad virtual o tácita es, por el contrario, aquella que

242 Cfr. Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agul. *Acto jurídico. Op. cit.*, pp. 301-318.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se deduce del contenido del acto jurídico, cuando el mismo vulnera el orden público, las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas.

En ese sentido, la nulidad virtual, por contraste con la nulidad textual o expresa, puede definirse como aquella que, sin venir directamente declarada por el supuesto de hecho de la norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico, por contravenir el orden público, las buenas costumbres o normas imperativas.

La oposición a las normas de orden público, como causal de nulidad absoluta, da cabida a las denominadas nulidades virtuales, que resultan de la interpretación de la norma legal, y en eso se diferencia esta causal de la estudiada anteriormente, que da cabida a nulidades textuales. Esta causal se fundamenta en la atenuación de la autonomía de la voluntad por el orden público. La nulidad virtual tiene un concepto contrapuesto al de nulidades expresas o textuales, por lo que en esta causal quedan comprendidos los actos jurídicos celebrados en contravención a las normas de orden público y queda planteada, así, la nulidad virtual como sanción jurídica cuando se ha celebrado con violación de normas imperativas, que son aquellas en las que se expresa el orden público.[243]

Desde esta perspectiva, Taboada advierte que la admisión de la nulidad virtual implica reconocer que las normas, en infinidad de supuestos, indirecta o tácitamente declaran nulidades, cuando establecen determinados requisitos para la configuración de los actos jurídicos, de modo tal que todos los actos jurídicos que se celebre sin cumplir con dicho requisito de orden legal serán nulos, sin necesidad de norma expresa que lo disponga, por tratarse de actos con contenido prohibido o no permitido por el sistema jurídico, es decir, por tratarse de actos jurídicos cuyo contenido no se ajusta a los requisitos legales.[244]

La importancia de la nulidad virtual radica en que funciona como un mecanismo de salvaguarda del principio de legalidad, ya que hace innecesaria la exigencia de que la prohibición sea literal o directa.

En este marco, cabe indicar que la razón por la cual el ordenamiento jurídico peruano ampara la institución de la nulidad virtual, pese a no tutelar el principio de seguridad jurídica con la misma fuerza que lo hace la nulidad expresa o textual, es porque a través de ella busca salvaguardar otro principio esencial. Así, la importancia de la nulidad virtual radica en que funciona como un mecanismo de salvaguarda del principio de legalidad, ya que hace innecesaria la exigencia de que la prohibición sea literal o directa.

243 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, pp. 495 y 496.

244 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Op. cit.*, p. 327.

Sostiene Taboada Córdova[245] que la categoría de nulidad virtual exige, por ende, una interpretación no sólo de la norma jurídica, sino también de las bases o fundamentos del sistema jurídico conformado por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. En otras palabras, en la mayoría de los casos se requiere una interpretación integral del sistema jurídico, y no sólo de sus normas, sino también de sus fundamentos, lo que exige a su vez una delicada labor de análisis del sistema jurídico en su totalidad. Como es evidente, esta figura hace mucho más complicada y delicada la labor interpretativa de los jueces al administrar justicia.

Es, precisamente, la autoridad judicial o, de ser el caso, arbitral, quien decidirá si un contrato contraviene o no las buenas costumbres y el orden público. Así, queda sujeta al arbitrio del juzgador la pregunta de si concurre o no el supuesto de hecho; sin embargo, éste no debe decidir según sus opiniones particulares en el orden moral, ni tampoco según las doctrinas de una determinada clase o partido, sino tiene que hacer una abstracción de sus creencias para poder encontrar el modo de pensar mayoritario de la nación, es decir tratar de encontrar cuál es el parecer de los ciudadanos; sólo así podría resolver con conocimiento de causa, y con espíritu de equidad y justicia.

Es, entonces, cuando peligrosamente se puede llegar a la situación en la que el juzgador, como ser humano, no pueda desvincularse de sus concepciones personales que motivan y rigen sus decisiones, y que podría —eventualmente— ser contrario al modo de pensar generalizado en la sociedad, haciendo que se declare la nulidad de costumbres que, en estricto, no contravengan ninguna buena costumbre.

Ni nulo, ni válido, sino todo lo contrario...[246]

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma del 2005
Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.	**Artículo VIII.-** Nulidad Son nulos, total o parcialmente, los actos jurídicos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, salvo disposición legal distinta.

245 *Ibid.*, pp. 325-328.

246 Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984. Op. cit.*, pp. 40-41.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para cerrar nuestros comentarios, consideramos importante remitirnos a la propuesta de reforma presentada por el Anteproyecto de reforma del Código Civil del año 2005. El artículo VIII propuesto, correspondía a las normas previstas en el actual artículo V del Título Preliminar. No obstante, se le introdujo algunas modificaciones que resulta importante comentar.

Siguiendo el orden de la Exposición de Motivos, nos enfocaremos primero en la distinción que realizaba la Comisión entre nulidad total y nulidad parcial, distinción que —como acepta la propia Comisión— está ampliamente reconocida en el Derecho Civil contemporáneo.

Según se indicaba en la Exposición de Motivos, la norma del artículo vigente, en una interpretación demasiado literal, puede conducir a que sólo haya nulidad total.

Sin embargo, como reconocía la propia Comisión, las reglas de conservación de los actos, presentes ya en el Libro de Acto Jurídico del Código de 1984, pueden perfectamente permitir la nulidad parcial. Los requisitos para que ello ocurra son conocidos, por lo que la *necesidad* y *urgencia* de reforma —nuevamente— estaban ausentes.

Siguiendo la tónica que caracterizaba al Anteproyecto del Título Preliminar del 2005, se estaba aclarando algo que no era necesario aclarar, pero ello no era lo más grave.

En efecto, lo más grave era el empleo de la frase «salvo disposición legal distinta».

El principio de siempre, que se encuentra en nuestro Código Civil, es que todo acto jurídico contrario al orden público o a las buenas costumbres es nulo, pues, en definitiva, equivale a decir que ese acto jurídico es contrario al ordenamiento jurídico; sin embargo, de acuerdo con el artículo VIII del Anteproyecto del año 2005, el legislador puede autorizar tal acto y validarlo.

Es evidente que si el legislador lo autorizara, entonces ese acto ya no sería contrario a las normas legales y, por consiguiente, ya no sería contrario al orden público, por lo que esa salvedad resultaría, en este caso, redundante e inútil.

En el supuesto de que el acto jurídico fuese nulo por ir en contra de las buenas costumbres, esa salvedad resultaría peligrosa e injustificada. Se estaría sosteniendo que una norma del legislador podría validar un acto jurídico abiertamente inmoral por ser contrario a las buenas costumbres. Resulta evidente, entonces, que para lograrlo esa norma debería ser también abiertamente inmoral. Se estaría reconociendo —en texto expreso de la ley— que debe permitírsele al legislador validar lo inmoral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Legítimo interés

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

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

La capacidad de iniciar acciones judiciales es un derecho fundamental en todo Estado de derecho; sin embargo, este derecho no es absoluto y se encuentra sujeto a ciertos requisitos y limitaciones que buscan evitar el uso indebido del sistema judicial. Uno de estos requisitos es demostrar un interés legítimo, ya sea económico o moral, para ejercer una acción judicial.

Más allá de que, en los hechos, cualquiera puede recurrir a los tribunales de justicia, el derecho de acción no se concibe como un ejercicio vacío o abstracto. Para que una persona pueda acudir a los tribunales en busca de tutela judicial no basta con la mera invocación de la ley, sino que se requiere un elemento esencial: el interés para obrar..[247] Este principio, arraigado en la necesidad de asegurar la eficiencia del sistema judicial y evitar litigios superfluos, establece que sólo quien tenga un interés legítimo, económico o moral, directamente afectado por la cuestión litigiosa, estará habilitado para iniciar una acción judicial.

El interés para obrar, lejos de ser un concepto estático e inmutable, se erige como un pilar fundamental del Derecho Procesal moderno, cuya evolución ha estado ligada a la propia transformación del concepto de justicia y a la búsqueda de una tutela judicial efectiva. Su importancia radica en su capacidad para asegurar que los tribunales se ocupen únicamente de controversias reales y con trascendencia jurídica, evitando así el ejercicio abusivo del derecho de acción y garantizando la eficiencia del sistema judicial.

Para comprender la relevancia del interés para obrar es necesario remontarse a los orígenes del derecho procesal. En sus inicios, el acceso a la justicia estaba supeditado a formalismos y ritualismos que dificultaban la defensa de los derechos. La acción, entendida como el poder de acudir al órgano judicial,

247 Avendaño Valdez, Juan Luis. «El interés para obrar». En *Thēmis*, 2010, n.º 58, p. 64.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se encontraba limitada a supuestos específicos y su ejercicio estaba condicionado al cumplimiento de requisitos estrictos.[248]

Con el paso del tiempo, y gracias a la influencia de corrientes como el iusnaturalismo[249] y la Ilustración,[250] se fue abriendo paso la idea de que el acceso a la justicia era un derecho fundamental de todo ciudadano. Esta evolución trajo consigo la necesidad de establecer mecanismos que garantizaran un uso responsable de este derecho, evitando que se convirtiera en una herramienta de abuso o de presión.

Es en este contexto donde surge con fuerza el derecho de acción y, dentro de él, el requisito del interés para obrar. Ya no bastaba con la mera invocación de la ley, sino que se requería que el accionante tuviera un interés real y legítimo en la tutela judicial que se solicitaba.

El interés para obrar se configura, así, como un presupuesto procesal, es decir, como un requisito esencial para que la pretensión del actor pueda ser analizada por el órgano judicial.[251] Su ausencia impide que el proceso continúe, ya que se considera que no existe una verdadera controversia que deba ser resuelta por los tribunales.

Este presupuesto procesal se encuentra estrechamente relacionado con principios fundamentales del Derecho Procesal, como el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien el acceso a la justicia se reconoce como un derecho fundamental, éste no es absoluto e ilimitado. El interés para obrar actúa como un filtro que permite conciliar este derecho con la necesidad de garantizar la eficiencia del sistema judicial y evitar el ejercicio abusivo del derecho de acción.

Por otro lado, el interés para obrar también se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva.[252] Este derecho implica que toda persona tiene derecho a que su pretensión sea examinada por un juez imparcial e independiente, quien debe dictar una resolución fundada en derecho y que ponga fin al conflicto;

248 Fernández Baquero, María Eva. *Procedimiento civil romano*. Granada: Universidad de Granada, 2013. Disponible en: https://digibug.ugr.es/handle/10481/27353

249 Carrillo de la Rosa, Yezid y Ahneyenzy Carrillo Velásquez. «El pensamiento iusnaturalista y la interpretación jurídica». En *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2014, vol. VI, n.° 12, p. 92.

250 Rodríguez, Pedro Gerardo. «De nuevo, la justicia». En *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. XXXII, n.° 4, cuarto trimestre, p. 6.

251 Viale Salazar, Fausto. «Legitimidad para obrar». En *Derecho PUCP*, 1994, n.° 48, p. 31.

252 López Olvera, Miguel Alejandro. *Los presupuestos procesales y la tutela judicial efectiva*. México D. F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/38.pdf

sin embargo, para que la tutela judicial sea efectiva es necesario que la pretensión del actor se funde en un interés real y concreto que justifique la intervención del órgano judicial.

De otro lado, es importante distinguir el interés para obrar de otras figuras afines que también inciden en la posibilidad de acudir a los tribunales:

- **Legitimación procesal**: se entiende como «la capacidad para ser parte del proceso de manera concreta; en ese sentido, la legitimación se refiere a la capacidad que tiene un sujeto de derecho de ser parte en un proceso determinado».[253]

- **Capacidad procesal**: se refiere a la aptitud de una persona para ser parte en un proceso y realizar válidamente los actos procesales. Se distingue entre capacidad para ser parte (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones procesales) y capacidad para comparecer en juicio (aptitud para actuar por sí mismo en el proceso). La falta de capacidad procesal puede ser suplida mediante la intervención de un representante legal.[254]

El interés para obrar juega un papel crucial en la dinámica procesal, ya que actúa como un filtro que evita que los tribunales se vean desbordados por demandas infundadas o carentes de trascendencia jurídica. Su función principal es garantizar que los recursos judiciales se destinen a resolver conflictos reales y que la administración de justicia sea eficiente.[255]

Asimismo, la falta de interés para obrar puede ser alegada en la fase postulatoria del proceso, en la etapa de saneamiento procesal o, como mucho, excepcionalmente en la sentencia, como bien señala Avendaño; «más allá de estos momentos procesales, el análisis del interés para obrar pierde toda utilidad y su inexistencia no produce invalidez ni mucho menos la afectación a derecho constitucional alguno [...]».[256] Si se declara la falta de interés, el proceso se archiva sin que se entre a analizar el fondo del asunto. Esto permite evitar dilaciones innecesarias y asegura que los recursos judiciales se destinen a casos que realmente lo ameriten.

Sin duda, el interés para obrar se erige como un puente entre dos principios fundamentales, pero a veces contrapuestos: la economía procesal y la

253 Prado Bringas, Rafael y Orestes Zegarra Valencia. «La legitimación en el proceso civil peruano». En *Ius et Veritas*, 2018, n.º 56, p. 48.

254 *Loc. cit.*

255 Avendaño Valdez, Juan Luis. «El interés para obrar». *Op. cit.*, p. 65.

256 *Ibid.*, p. 66.

tutela efectiva de los derechos. Su función principal es encontrar un equilibrio que, sin restringir el acceso a la justicia, evite el ejercicio abusivo del derecho de acción y promueva la eficiencia del sistema judicial.

Pero no basta con alegar cualquier interés para justificar el inicio de un proceso judicial. El interés para obrar debe ser:

- **Real:** debe existir, estar basado en la necesidad de tutela de un derecho.
- **Actual:** debe existir al momento de interponer la demanda y mantenerse durante todo el proceso.
- **Personal y directo:** debe afectar de forma directa e inmediata al sujeto que pretende ejercitar la acción.

De otro lado, es importante destacar que el interés para obrar debe ser personal, actual, directo y real.[257] Será personal, cuando el individuo que acciona sea titular del derecho que se considera lesionado, el interés debe existir al momento de interponer la demanda, la afectación debe ser consecuencia directa del acto impugnado; y, por último, debe tratarse de un caso concreto y no de una mera hipótesis; sin embargo, es admisible que el accionante pueda facultar a un tercero para que actúe en su representación, esto es lo que normalmente ocurre con los abogados, quienes están legalmente autorizados para representar a sus clientes en los procesos.

Asimismo, debe ser actual, eso significa que debe existir o encontrarse presente en el momento de iniciar el proceso judicial y mantenerse durante todo su desarrollo. Esto implica que el interés deba existir al momento de presentar la demanda. No se puede demandar por un derecho que aún no se tiene o por un daño que aún no se ha producido. Esto significa que la «necesidad de tutela no puede ser prematura ni extemporánea, tiene que ser vigente y urgente para el momento».[258]

El interés para obrar debe ser real, es decir, debe estar relacionado con hechos concretos y demostrables. Por ejemplo, no basta con alegar que se teme que la contraparte incumplirá un contrato en el futuro. Para que exista un interés para obrar real en demandar se debe demostrar que existen indicios serios y objetivos que permiten presumir un incumplimiento inminente.

257 *Ibid.*, p. 44.
258 *Ibid.*, p. 45.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La exigencia de estos requisitos evita la interposición de demandas con fines dilatorios, especulativos o simplemente para causar molestias a la contraparte. Se busca que la intervención del órgano judicial esté justificada por la existencia de un conflicto real que requiere un pronunciamiento judicial.

El derecho de acción, aunque fundamental, no es absoluto. Su ejercicio está sujeto a ciertos límites, entre ellos, la buena fe y el respeto a los derechos de la contraparte. El interés para obrar actúa como un freno al ejercicio abusivo o desviado del derecho de acción, evitando que se utilice como un mecanismo de presión, venganza o enriquecimiento sin causa. De hecho, como bien señala Priori Posada,[259] «los derechos procesales como los de acción y contradicción, son derechos abstractos y constitucionales, pero admiten límites». Uno de esos límites lo establece el artículo 103 de la Constitución Política al señalar que no ampara el abuso del derecho.

En líneas generales podemos considerar abusivo el ejercicio del derecho de acción cuando se utiliza con fines distintos a la tutela de un derecho legítimo, como, por ejemplo:

- Para causar un perjuicio a la contraparte, aunque no se obtenga un beneficio propio.
- Para obtener un beneficio que no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico.
- Para dilatar el cumplimiento de una obligación.
- Para presionar a la contraparte a realizar un acto jurídico que no está obligada a realizar.

A estas situaciones, se agregan aquellas estudiadas por el profesor Priori,[260] como el ejercicio de defensa de forma manifiestamente infundada, el ofrecimiento de medios probatorios con fines claramente dilatorios, la interposición de medios de impugnación con propósitos dilatorios, el inicio de procesos de conocimiento con el ánimo de entorpecer la ejecución, y, también, el proceso de amparo contra resoluciones judiciales.

Si bien se limita el acceso a la justicia al exigir un interés concreto, no lo impide. Su función no es restringir el derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva, sino garantizar que este derecho se ejerza de forma responsable y se destine a la protección de intereses legítimos.

259 Priori Posada, Giovanni. «El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal». En *Derecho & Sociedad*, 2008, n.º 30, p. 330.

260 *Ibid.*, p. 331 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El equilibrio entre la restricción del acceso a la justicia y la protección de los derechos subjetivos se logra mediante una aplicación ponderada y razonable del principio del interés para obrar. Los jueces, al momento de analizar la concurrencia del interés, deben considerar las particularidades del caso concreto y ponderar los derechos en juego, buscando una solución que, sin desproteger al titular del derecho, evite el ejercicio abusivo o desproporcionado del derecho de acción.

Finalmente, cabe agregar que el interés para obrar es conocido en la doctrina procesalista como «interés procesal», para facilitar su distinción de otra institución jurídica conocida como «legitimidad para obrar». Esta última se presenta cuando al iniciar un proceso, el demandante, con su accionar, intenta establecer una relación con el juez; y, sobre todo, con el demandado, quien viene a representar el sujeto pasivo de su pretensión.[261] En este sentido, en la Sentencia de Casación n.º 32015-2019-Lambayeque, la Corte Suprema consideró que la legitimidad para obrar es uno de los presupuestos procesales o de fondo, llamados también condiciones de la acción. La legitimidad para obrar se manifiesta, entonces, con «la identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal». De modo que «para tener legitimidad para obrar activa (del demandante) no es necesario ser titular de un derecho, sino expresar una posición habilitante para demandar, toda vez que la titularidad del derecho es una cuestión de fondo que deberá ser dilucidada en la sentencia, en tanto que la posición habilitante es una condición procesal mínima para establecer la existencia de una relación jurídico procesal válida» (fundamento noveno, Casación n.º 589-2010-Lima).

Con el mismo ánimo de precisar aquello que debe entenderse por legitimidad para obrar, la Sentencia de Casación n.º 2060-2017-Callao, en su fundamento séptimo, señala que se trata de un «requisito fundamental para el ejercicio del derecho de acción, pues la falta de éste implica la posibilidad de que exista un pronunciamiento válido sobre el fondo por no haber coincidencia o identidad entre las partes que conforman la relación jurídica y las que integran la relación jurídica procesal». En esta sentencia, la Corte Suprema distingue la legitimidad para obrar de la tutela jurisdiccional efectiva. En su fundamento cuarto, se indica que «la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio».

261 *Ibid.*, p. 47.

Como hemos indicado en párrafos anteriores, la doctrina y la jurisprudencia, consideran a la legitimidad para obrar como uno de los presupuestos procesales de fondo, sumándose al interés para obrar y la posibilidad jurídica (fundamento décimo cuarto, Casación n.º 15258-2014-Ancash). De modo que si este requisito estuviese ausente, cualquiera de las partes podría interponer una excepción por falta de legitimidad para obrar. Esta excepción procesal puede ser planteada tanto por el demandado como por el demandante, pero los efectos y naturaleza son distintos. Si nos encontramos frente a una excepción de falta de legitimidad para obrar del «demandado», «la naturaleza es «dilatoria», pues se suspende el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal entre las personas que el auto resolutorio ordene y dentro del plazo que éste fije; sin embargo, si se trata de una excepción de falta de legitimidad para obrar del «demandante», su naturaleza será «perentoria», pues se declarará la nulidad de todo lo actuado y, consecuentemente, se declarará improcedente la demanda».[262]

Pero el tenor del artículo VI no solamente alude al «interés para obrar», sino que, además, establece que el legítimo interés que motive la acción debe ser «económico o moral».

Lo primero podría entenderse cuando la pretensión del accionante busca obtener un beneficio o evitar un perjuicio patrimonial. Por ejemplo, el acreedor que demanda al deudor el pago de una suma de dinero, o el propietario que acciona por daños a su propiedad. Y, en el segundo caso, es decir, del legítimo interés moral, éste podría presentarse cuando lo que se ve afectado es un bien intangible, como el honor, la intimidad o la propia imagen. En este caso, la ley suele ser más restrictiva, limitando la legitimación activa a aquellos casos en que el interés moral se refiere directamente al agente o a su familia, salvo que exista una disposición legal expresa que lo ampare. Un ejemplo de ello sería la acción de reclamación de la filiación, o la acción de protección del honor frente a calumnias; sin embargo, el uso de estos términos ha sido criticado por Monroy Gálvez,[263] por utilizarse el concepto de interés de manera totalmente ajena a la acepción procesal.

Para Ariano Deho, el interés al que alude el artículo VI consiste en «aquella *utilidad* que podría producirle al demandante la estimación de su demanda —una utilidad, hay que remarcarlo, a "medirse" en vía, simplemente, hipotética, esto es, en base al solo tenor de la demanda— al establecer que tal interés pueda

262 Cassasa Casanova, Sergio. *Las excepciones en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 110.

263 Monroy Gálvez, Juan. «El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984». En *Thēmis,* 1994, n.° 30, p. 46.

ser no solo *económico* (o si se prefiere, *material* o *patrimonial*), sino también *moral* (o si se prefiere, *inmaterial, existencial* o, simplemente, *no patrimonial*) permite cubrir todo el *espectro* de *ventajas sustanciales* que *potencialmente* podrían producirse en la esfera del demandante con la intervención de los órganos jurisdiccionales».[264]

A esto se suma, como bien precisa Ariano,[265] que dicho interés, debe ser «legítimo», pues así lo exige el artículo VI. De modo que se declarará la improcedencia de una demanda cuando el beneficio o utilidad que el demandante busca conseguir carece de legitimidad, es decir, cuando se evidencia una clara contradicción con el marco legal vigente. En otras palabras, la pretensión del demandante se considera improcedente si se opone de manera evidente a los principios y normas establecidos en el ordenamiento jurídico.

Para la autora citada, el tenor del artículo VI presenta un alcance limitado, pues la indagación del interés solamente cobra relevancia cuando al momento de presentada la demanda, lo que se pretende es «la declaración o inexistencia de un derecho (o de lo que fuere)», de modo que «se tendrá que evaluar la *utilidad* (económica o moral) que tal declaración puede producir en la esfera jurídica del demandante, pues si la declaración de nada le sirve, el juez estará exonerado de emitir una decisión de fondo y, del todo legítimamente, podrá declarar improcedente la demanda *ex* inciso 2 del artículo 427 CPC».[266]

Ahora bien, desde la perspectiva del demandado, la evaluación del interés pareciera una tarea obvia, pues se entiende que su presencia es requerida para «contestar una acción»; sin embargo, como bien señala Ariano,[267] no se debe descartar toda relevancia práctica de esta parte del artículo VI, especialmente si no se asocia «contestar», únicamente, con el acto descrito en el artículo 442 del Código Procesal Civil, sino con el contenido concreto de las defensas del demandado. Explica que es importante recordar que cuando alguien es demandado, el Código Procesal Civil le impone la carga de tomar una posición respecto a la demanda en su contra. Para liberarse de esta carga, un demandado podría: (i) plantear cuestiones de orden procesal para liberarse del proceso (lo que el artículo 446 del Código Procesal Civil llama «excepciones»); y/o, (ii) en la contestación de la demanda: a) asumir una posición de mera defensa (inciso 2 del artículo 442 del Código Procesal Civil), es decir, negar los hechos constitutivos del derecho alegados por el demandante o admitir algunos o todos

264 Ariano Deho, Eugenia. «Hacia una reinterpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: en la búsqueda de los parámetros del "interés para obrar"». En *Ius et Veritas,* 2020, n.° 60, p. 113.

265 *Ibid.*, p. 114.

266 *Ibid.*, p. 116.

267 *Ibid.*, p. 117.

esos hechos, pero no sus consecuencias jurídicas; o, b) excepcionar, es decir, alegar otros hechos (inciso 4 del artículo 442 del Código Procesal Civil), que pueden ser impeditivos, modificativos o extintivos del derecho afirmado por el demandante.

Sobre estas últimas alegaciones podría realizarse un «juicio» de utilidad bajo los parámetros del artículo VI del Título Preliminar. Si el artículo VI exige la presencia de un interés (legítimo, económico o moral) para que una demanda sea procedente y se pueda obtener una decisión de fondo, es evidente que ese enfoque de utilidad aplicado a las alegaciones del demandado no puede llevar a la improcedencia de su «contestación» (el acto del artículo 442 del Código Procesal Civil), sino sólo a un juicio hipotético sobre la utilidad de esas alegaciones en la esfera del demandado, para decidir si deben ser analizadas al pronunciarse sobre el fondo o, por el contrario, excluirlas.

Sin embargo, a pesar de las críticas realizadas por Ariano,[268] ella concluye en que el artículo VI del Título Preliminar presenta una «gran utilidad», entre varias razones, al permitir develar el contenido del «interés para obrar» del Código Procesal Civil y entender que su ausencia, vuelve improcedente una demanda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

268 *Ibid.*, p. 118.

Aplicación de norma pertinente por el juez

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

El artículo VII del Título Preliminar refiere al principio *iura novit curia*, cuya traducción literal es «el juez conoce el derecho». El mismo constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho Procesal moderno. Este axioma jurídico establece que es responsabilidad del juez conocer y aplicar correctamente el derecho pertinente al caso, independientemente de las alegaciones jurídicas presentadas por las partes en litigio.

Siguiendo a Gil García,[269] diremos que este principio puede desglosarse en tres aspectos fundamentales:

1. El deber judicial de conocimiento del ordenamiento jurídico.
2. La facultad del juez de aplicar las normas jurídicas que estime correctas.
3. La no vinculación del juez a las normas jurídicas alegadas por las partes.

Este principio tiene implicaciones profundas en la administración de justicia. El principio *iura novit curia* no sólo libera a las partes de la carga de probar el derecho aplicable,[270] sino que también otorga al juez un papel activo en la determinación del marco jurídico del caso.

Breve contexto histórico

El principio *iura novit curia* tiene raíces profundas en la historia del Derecho occidental. Aunque su formulación explícita se atribuye a los glosadores

269 Gil García, María Olga. «El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano». En *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano,* abril 2022, p. 190 y ss.

270 Hunter Ampuero, Iván. «*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena». En *Revista de Derecho,* 2010, vol. 23, n.° 2, p. 200.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

medievales, sus orígenes conceptuales se remontan al Derecho Romano.[271] Del estudio de la doctrina romanista, según Gil García,[272] se desprende que en el sistema jurídico romano clásico, el pretor, al formular la fórmula procesal, ya aplicaba implícitamente este principio al determinar el derecho aplicable al caso.

Aunque no existía una formulación explícita del principio, sus fundamentos ya estaban presentes. En el procedimiento formulario romano, el pretor, al redactar la fórmula, aplicaba implícitamente este concepto al determinar el derecho aplicable.[273]

Durante la Edad Media, con el desarrollo del *ius commune*, el principio adquirió mayor relevancia. En este período se consolidó la idea de que el juez, como representante del poder público, tenía el deber de conocer y aplicar el derecho.[274] Los glosadores y comentaristas jugaron un papel crucial en la formulación explícita del principio.

Con el surgimiento del Estado moderno, el principio adquirió nuevas dimensiones. Álvarez Añaños[275] explica que a pesar de la centralización del poder, en España, por ejemplo, se mantienen jurisdicciones especializadas como la señorial y eclesiástica, asumiendo el juez la función de aplicar la norma pertinente de modo a limitar la capacidad omnímoda del monarca.

La codificación del siglo XIX marcó un punto de inflexión en la evolución del principio. Según Merryman y Pérez-Perdomo,[276] la idea de un Derecho codificado y sistemático reforzó la expectativa de que los jueces conocieran y aplicaran correctamente todo el corpus jurídico.

En el siglo XX, el principio ha enfrentado nuevos desafíos y reinterpretaciones. Taruffo[277] analiza cómo la creciente complejidad del derecho y la globalización han llevado a reexaminar los límites y alcances del principio en la práctica judicial contemporánea.

271 Gil García, María Olga. «El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano». *Op. cit.*, 2022, p. 186.

272 *Ibid.*, p. 200.

273 Silva Sánchez, Antonio. «En torno al *ordo iudiciorum privatorum*». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1994-1995, n.º 12-13, p. 482.

274 Ciuro Caldani, Miguel Ángel. (s.a.). «Reflexiones sobre el papel del juez». En *La cultura occidental (con especial referencia a la Argentina actual)*, p. 5. Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3282/reflexionessobreelpapeldeljuez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

275 Álvarez Añaños, María Ángeles (s. f.). *Poder y Estado moderno*, p. 21. Disponible en: http://www.moderna.ih.csic.es/cordoba/Poder_y_Estado_moderno.pdf

276 Merryman, John Henry y Rogelio Pérez-Perdomo. *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica. Traducción a cargo de Eduardo Suárez, 2015, p. 43.

277 Taruffo, Michele. «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa». En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, n.º 29, pp. 249-271.

Justificación teórica

La justificación teórica del principio *iura novit curia* se basa en varios fundamentos filosóficos y jurídicos.

Mauro Cappelletti[278] argumenta que el principio refleja una división fundamental entre las funciones de las partes (presentar hechos) y del juez (aplicar el derecho). Esta separación busca garantizar la objetividad y la correcta aplicación de la ley.

Para Ferrajoli, la relación existente entre el juez y la ley obliga al primero a «aplicar la ley a menos que considere que ha de alegar su invalidez, lo que equivale a decir que tiene la obligación de alegar su invalidez a menos que entienda que debe aplicarla porque la juzga no invalida, es decir, valida».[279]

Eduardo J. Couture[280] sostiene que el principio contribuye a la eficiencia del sistema judicial al evitar la necesidad de probar el derecho aplicable en cada caso. Su aplicación responde a una necesidad de economía procesal. Evita la necesidad de probar el derecho aplicable, agilizando los procesos judiciales. Esto se traduce en un ahorro de tiempo y recursos tanto para las partes como para el sistema judicial en su conjunto. El principio refuerza la previsibilidad y coherencia en la aplicación del Derecho, elementos clave de la seguridad jurídica en un Estado de derecho.[281]

Finalmente, Habermas[282] argumenta que la aplicación correcta e imparcial del derecho por parte de los jueces es fundamental para la legitimidad del sistema judicial en una democracia. En efecto, argumenta que la aplicación correcta e imparcial del derecho por parte de los jueces es fundamental para la legitimidad del sistema judicial en una democracia. Esta idea, según Habermas, se relaciona estrechamente con el principio *iura novit curia* de varias maneras:

- **Legitimidad democrática**: Habermas sostiene que en una democracia, la legitimidad del sistema judicial depende no sólo de la creación democrática de las leyes, sino también de su aplicación correcta

278 Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, pp. 85-100.

279 Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011, p. 523.

280 Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 286.

281 Arcos Ramírez, Federico. *La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho. De la previsibilidad a la argumentación*, 2002, pp. 191-218. Disponible en Dialnet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=756887

282 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 696.

e imparcial. El principio *iura novit curia* contribuye a este objetivo al asegurar que el derecho se aplique correctamente, independientemente de cómo lo hayan presentado las partes.

- **Racionalidad comunicativa**: Habermas enfatiza la importancia de la racionalidad comunicativa en el proceso judicial. El principio *iura novit curia* puede verse como una herramienta que permite al juez participar activamente en este proceso comunicativo, corrigiendo errores en la interpretación legal y asegurando que el diálogo jurídico se base en una comprensión correcta del derecho aplicable.
- **Imparcialidad judicial**: para Habermas, la imparcialidad judicial es crucial para la legitimidad del sistema. El principio *iura novit curia* puede contribuir a esta imparcialidad al permitir que el juez se base en el derecho correcto, más allá de los *argumentos* presentados por las partes, lo que puede ayudar a neutralizar posibles desequilibrios entre las partes debido a diferencias en sus recursos o habilidades legales.
- **Tensión entre facticidad y validez**: Habermas discute la tensión entre la realidad fáctica del derecho (cómo se aplica en la práctica) y su validez normativa (cómo debería aplicarse idealmente). El principio *iura novit curia* puede verse como un intento de resolver esta tensión, al permitir que los jueces apliquen el derecho correctamente incluso cuando las partes no lo han invocado adecuadamente.
- **Papel del juez en la democracia**: Habermas ve a los jueces como guardianes de la integridad del sistema legal. El principio *iura novit curia* refuerza este papel al dar a los jueces la responsabilidad y la autoridad para aplicar el derecho correcto, contribuyendo así a la coherencia y la integridad del sistema legal.

El principio *iura novit curia* en el Derecho peruano

Como venimos señalando, el artículo VII del Título Preliminar, conocido también con el aforismo *iura novit curia* es, principalmente, una restricción a la facultad del juzgador del principio de autoridad que éste tiene en el proceso. En efecto, como señala Marianella Ledesma,[283] el juez tiene libre facultad para calificar libremente la relación jurídica en litigio, apartándose del marco jurídico

283 Ledesma, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil.* Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo I, p. 64.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

invocado por las partes, en la medida en que lo que es objeto de decisión es el petitorio y no las razones jurídicas expuestas; sin embargo, como reconocen muchos autores, esta facultad debe ser operada con sumo cuidado para no alterar el petitorio ni los hechos expuestos por la parte demandante, exigiendo la congruencia entre lo pretendido y lo que declara el juzgador. En otras palabras, lo que debe evaluar el juez es aquello que ha sido formulado como pretensión y aceptado como materia controvertida, sin que pueda resolver algo distinto; todo ello, dentro del principio de congruencia y con el ánimo de soslayar cualquier situación de indefensión.[284]

Con arreglo al principio *iura novit curia,* que reconoce nuestro sistema jurídico, es el juez, como titular de la potestad jurisdiccional, el que tiene el poder-deber de proporcionar el derecho aplicable al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes conforme a las pretensiones planteadas. Este principio se funda en la presunción lógica de que el juez está capacitado e instruido para conocer el derecho y, en consecuencia, no se encuentra vinculado por las calificaciones de las partes, salvo el límite de respetar el principio de congruencia.[285]

Al respecto, cabe citar la posición asumida por la jurisprudencia peruana en la Casación n.° 1708-96/Lima, publicada el 4 de junio de 1998, en la que se reconoció que invocar una norma legal es siempre una cuestión de derecho:

> En cuanto al derecho aplicable, es precisamente en aplicación del artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que recoge el principio *iura novit curia*, que el juez aplica el derecho, aun cuando no haya sido invocado por las partes, por lo que la invocación de una norma legal, siempre será una cuestión de *iure*, un fundamento de hecho, y dado su carácter general, su aplicación está más allá de la invocación que de ella hagan las partes, por lo que considerar que la aplicación de una norma legal es una cuestión de hecho, como pretende la recurrente, es impropio.

Por cuanto el principio *iura novit curia* se construye sobre una presunción *iuris et de iure*, los jueces (en tanto que operadores jurisdiccionales encargados de seleccionar la norma jurídica pertinente, de interpretar dicha norma pertinente, motivar su decisión en la norma pertinente, y de declarar los efectos

284 Rosas Berastain Verónica y Giannina Molina Agui. «El alcance subjetivo de la excepción de prescripción extintiva en un proceso de nulidad de acto jurídico con pluralidad subjetiva». En *La prescripción, caducidad y otras excepciones en la jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 133 y 134.

285 Hundskopf Exebio, Oswaldo. «Aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje». En *Ius Et Praxis*, 2013, n.° 44, p. 46.

EDUARDO CASTILLO FREYRE

jurídicos de la norma pertinente) quedan obligados a emitir su decisión conforme con el sistema de fuentes legalmente establecido. Por lo tanto, es lógico que se afirme que el tribunal (la curia) tiene el deber de conocer el ordenamiento jurídico: ese deber se formula mediante el principio *iura novit curia*.[286]

A nivel jurisprudencial se reconoce que el principio *iura novit curia* consagrado en el artículo VII del Código Procesal Civil cumple dos funciones, a saber, una supletoria y una correctiva. Al respecto, cabe citar el considerando sexto de la Casación n.° 554-2004-Cusco:

> SEXTO
>
> - Que, el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Tal precepto se encuentra comprendido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil y es conocido como el principio *iura novit curia*. La norma procesal citada cumple dos funciones: 1) una supletoria, cuando las partes han omitido los fundamentos de derecho o la invocación de la norma jurídica que sustente la demanda y demás actos postulatorios; y, 2) una correctiva cuando las partes han invocado equivocadamente una norma jurídica como sustentatoria de sus peticiones, en cuyo caso el juez debe corregir el error aplicando la norma jurídica pertinente; [...]

Por lo expuesto y a partir del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, podemos afirmar que el mismo no faculta a los jueces a resolver algo distinto a lo que ha sido objeto del petitorio, lo que no necesariamente implica que se encuentren impedidos de realizar una evaluación sobre la base de normas o fundamentos jurídicos distintos de aquellos que han sustentado la posición de las partes.

En esa línea se puede reconocer al *iura novit curia* como aquella presunción de que el juez conoce el derecho, lo que determina que ostente el poder/deber de realizar de oficio su propio análisis de los fundamentos de derecho invocados por las partes, a efectos de que resulten aplicables a las pretensiones invocadas. De no ajustarse el derecho al hecho, el juez podrá y deberá redireccionar la pretensión a la norma correspondiente. El principio de congruencia constituye el límite a ese poder/deber del juez.[287]

286 Trabajo *Iura novit curia,* publicado en la web del Poder Judicial, p. 11. En https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcca390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcca390e0080

287 Coca Guzmán, Saúl José. *¿Qué es el principio* iura novit curia*? (artículo VII del Título Preliminar del Código Civil).* Disponible en https://lpderecho.pe/principio-iura-novit-curia-titulo-preliminar-codigo-civil/

De lo expuesto, nos interesa destacar que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil no faculta a los jueces a resolver algo distinto a lo que ha sido objeto del petitorio, lo que no necesariamente implica que no puedan realizar una evaluación sobre la base de normas o fundamentos jurídicos distintos a aquellos que han sustentado la posición de las partes.[288]

Reconocimiento en diferentes sistemas legales

El principio *iura novit curia* ha sido reconocido y aplicado de diversas formas en diferentes sistemas legales.

El sistema romano-germánico, también conocido como Derecho continental o *civil law*, tiene sus raíces en el Derecho Romano y se ha desarrollado a lo largo de los siglos en Europa continental y en muchas otras partes del mundo. Este sistema jurídico se caracteriza por su énfasis en el Derecho codificado y en la aplicación de principios generales del derecho, en contraposición al sistema del *common law* que se basa más en la jurisprudencia y los precedentes.

Dentro de este sistema, el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) juega un papel fundamental. Como señalan David y Jauffret-Spinosi,[289] este principio está profundamente arraigado en los países que siguen el sistema romano-germánico. La aplicación de este principio implica que los jueces tienen la responsabilidad de conocer y aplicar el derecho pertinente a cada caso, independientemente de los argumentos legales presentados por las partes.

En Francia, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 12 establece explícitamente que «El juez resuelve el litigio de conformidad con las normas de derecho que le son aplicables» (*Code de Procédure Civile*, 2023).[290] Esto refleja la amplia aplicación del principio *iura novit curia* en el sistema judicial francés.

En Alemania, el principio se manifiesta en el § 138 del Código de Procedimiento Civil alemán (*Zivilprozessordnung*), que exime a las partes de la obligación de probar el derecho vigente, dejando esta tarea al juez (*Bundesministerium*

288 Rosas Berastain Verónica y Giannina Molina Agui. «El alcance subjetivo de la excepción de prescripción extintiva en un proceso de nulidad de acto jurídico con pluralidad subjetiva». *Op. cit.*, p. 134.

289 David, René y C. Jauffret-Spinosi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 65-80.

290 *Code de Procédure Civile. Légifrance*, 2023. En https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

der Justiz, 2023).[291] Rosenberg *et al.*[292] señalan que los jueces alemanes tienen un deber activo de investigar y aplicar el derecho pertinente, incluso si las partes no lo han invocado de manera correcta.

En Italia, el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil italiano establece que «Al pronunciar sobre la causa, el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según equidad» (*Codice di Procedura Civile*, 2023).[293] Taruffo[294] argumenta que esto implica una aplicación amplia del principio *iura novit curia* en el sistema judicial italiano.

La aplicación de este principio en los países mencionados refleja un enfoque más inquisitorial en el proceso judicial, donde los jueces tienen un papel activo en la determinación y aplicación del derecho. Esto contrasta con el sistema adversarial típico del *common law*, donde los jueces tienden a tener un papel más pasivo y se espera que las partes presenten todos los argumentos legales relevantes.

Sin embargo, es importante señalar que la aplicación del principio *iura novit curia* no es uniforme en todos los países del sistema romano-germánico. Como señala Damaska,[295] existen variaciones en la forma en que se interpreta y aplica este principio en diferentes jurisdicciones, influenciadas por factores históricos, culturales y prácticos.

Además, en las últimas décadas se ha observado una cierta convergencia entre los sistemas de *civil law* y *common law*, lo que ha llevado a algunos académicos a cuestionar la rigidez de esta distinción tradicional. Por ejemplo, Van Caenegem[296] argumenta que la creciente importancia de la jurisprudencia en los países de *civil law* y la codificación en los países de *common law* están difuminando las líneas entre estos dos sistemas.

Por su parte, el sistema del *common law*, originado en Inglaterra y adoptado por numerosos países de habla inglesa, se caracteriza tradicionalmente por su enfoque basado en la jurisprudencia y los precedentes judiciales. En este

291 Bundesministerium der Justiz. *Zivilprozessordnung*, 2023. Disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/

292 Rosenberg, L., K. H. Schwab y P. Gottwald. *Zivilprozessrecht*, 2010, 17th ed., C.H. Beck, pp. 425-440.

293 *Codice di procedura civile*. Altalex, 2023. Disponible en https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-civile

294 Taruffo, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza, 2009, pp. 180-195.

295 Damaska, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986, pp. 45-70.

296 Van Caenegem, Raoul Charles. *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 175-190.

sistema, históricamente, se ha dado mayor importancia al papel de las partes en la presentación de argumentos legales, con los jueces desempeñando un rol más pasivo en comparación con sus homólogos en el sistema romano-germánico; sin embargo, como señala Jolowicz,[297] en las últimas décadas se ha observado una evolución significativa en la aplicación del principio *iura novit curia* dentro de los sistemas de *common law*, particularmente, en Inglaterra y Gales. Esta tendencia refleja un cambio gradual hacia un enfoque más inquisitorial en ciertos aspectos del proceso judicial.

La reforma más notable en este sentido fue la introducción de las Reglas de Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules* - CPR) en 1999 en Inglaterra y Gales. Estas reglas, que surgieron como resultado del informe de Lord Woolf sobre el acceso a la justicia, otorgaron a los jueces mayores poderes de gestión de casos y un papel más activo en la conducción de los procedimientos judiciales.[298]

La Regla 1.4 de las CPR establece que el tribunal debe manejar activamente los casos, lo que incluye «identificar los problemas en una etapa temprana» y «decidir rápidamente qué problemas necesitan una investigación completa y un juicio y, en consecuencia, deshacerse sumariamente de los otros».[299] Esto implica un papel más proactivo de los jueces en la determinación y aplicación del derecho relevante.

Andrews[300] señala que estas reformas han llevado a un «nuevo paisaje procesal» en Inglaterra y Gales, donde los jueces tienen una mayor responsabilidad en la gestión de casos y en la aplicación del derecho. Esto representa un alejamiento del enfoque tradicionalmente pasivo de los jueces en el sistema de *common law*. Por su parte, Zuckerman[301] va más allá y sugiere que las CPR han introducido un «deber judicial de hacer justicia», que incluye la obligación de los jueces de aplicar el derecho correcto, incluso si las partes no lo han planteado adecuadamente. Esto se acerca mucho a la aplicación del principio *iura novit curia,* tal como se entiende en los sistemas de Derecho Civil.

En el caso de Plebgate (Mitchell vs. News Group Newspapers Ltd. [2013] EWCA Civ. 1537), la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales enfatizó la

297 Jolowicz, J. A. «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, n.° 2, pp. 281-295.

298 Woolf, H. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*. London: Stationery Office; 1996, pp. 14-25.

299 Ministry of Justice. *Civil Procedure Rules*, 2023. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil

300 Andrews, N. «Andrews on Civil Processes». En *Intersentia*, 2013, vol. 1, pp. 75-90.

301 Zuckerman, A. *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*. Sweet & Maxwell, 2013, 3rd ed., pp. 140-155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

importancia del papel activo del juez en la gestión de casos y en la aplicación de las reglas procesales, lo que demuestra cómo estos cambios se están manifestando en la práctica judicial.[302]

Sin embargo, es importante señalar que, a pesar de estos avances, la aplicación del principio *iura novit curia* en los sistemas de *common law* sigue siendo más limitada que en los sistemas de Derecho Civil. Como señala Jolowicz,[303] existe una tensión continua entre el deseo de eficiencia judicial y la tradición adversarial del *common law*.

Además, la aplicación de este principio varía entre las diferentes jurisdicciones de *common law*. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, aunque ha habido una tendencia hacia un mayor activismo judicial en ciertas áreas del Derecho, como el Derecho Constitucional, el sistema sigue siendo predominantemente adversarial.[304]

En Australia, el caso Dupas vs. The Queen [2010] HCA 20 ilustra cómo los tribunales han luchado con la cuestión de hasta qué punto los jueces deben ir más allá de los argumentos presentados por las partes. En este caso, el Tribunal Superior de Australia sostuvo que los jueces tienen el deber de considerar todos los aspectos relevantes del Derecho, incluso si no han sido planteados por las partes, pero deben hacerlo con precaución y respetando los principios del debido proceso[305] (*High Court of Australia*, 2010).

Por otra parte, y en tercer lugar, podemos decir que los sistemas jurídicos mixtos representan una fascinante confluencia de tradiciones legales, combinando elementos del Derecho Civil (romano-germánico) y del *common law*. Estas jurisdicciones, como Escocia y Québec, ofrecen un terreno fértil para el estudio comparativo del derecho, particularmente en lo que respecta a la aplicación de principios fundamentales como el *iura novit curia*.

Escocia, a pesar de ser parte del Reino Unido, mantiene un sistema legal distinto que se caracteriza por su naturaleza mixta. Como explican Reid y Zimmermann,[306] el Derecho escocés tiene sus raíces en el Derecho Romano

302 EWCA (England and Wales Court of Appeal). *Mitchell vs. News Group Newspapers Ltd.* [2013] EWCA Civ. 1537. Disponible en https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/1537.html

303 Jolowicz, J. A. «Modelos adversariales e inquisitivos de procedimiento civil». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, n.º 2, pp. 281-295.

304 Resnik, Judith. «Managerial Judges». En *Harvard Law Review*, 1982, vol. 96, n.° 2, pp. 374-448.

305 High Court of Australia. *Dupas vs. The Queen [2010] HCA 20*. Disponible en http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2010/HCA/20

306 Reid, Kenneth y Reinhard Zimmermann. *A History of Private Law in Scotland: Introduction and Property*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 3-20.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y el Derecho canónico, pero también ha sido influenciado significativamente por el *common law* inglés a lo largo de los siglos.

En el contexto escocés, la aplicación del principio *iura novit curia* refleja esta dualidad. Por un lado, los jueces escoceses tienen una mayor libertad para investigar y aplicar el derecho relevante en comparación con sus homólogos ingleses; sin embargo, como señala Whitty,[307] esta libertad no es tan amplia como en los sistemas de Derecho Civil puro. Los jueces escoceses generalmente esperan que las partes presenten argumentos legales completos, pero tienen la facultad de ir más allá de estos argumentos cuando lo consideran necesario para hacer justicia.

El caso Wilson vs. Jaymarke Estates Ltd. [2007] UKHL 29 ilustra este enfoque matizado. En este caso, la Cámara de los Lores (ahora reemplazada por la Corte Suprema del Reino Unido) aplicó un principio legal que no había sido argumentado por las partes, demostrando la disposición de los tribunales escoceses a aplicar el derecho más allá de los argumentos presentados, cuando ello es necesario.[308]

Quebec, por otro lado, representa un ejemplo único de sistema mixto en América del Norte. Siendo una provincia de Canadá, Quebec mantiene un sistema de Derecho Civil en Derecho Privado, mientras que el Derecho Público sigue el modelo del *common law*. Esta dualidad se refleja en la aplicación del principio *iura novit curia*.

Jutras[309] explica que en Quebec, al igual que en otros sistemas de Derecho Civil, los jueces tienen un papel más activo en la determinación y aplicación del Derecho; sin embargo, la influencia del *common law* canadiense ha llevado a una aplicación más moderada de este principio en comparación con los sistemas de Derecho Civil puro.

El Código de Procedimiento Civil de Quebec, en su artículo 17, establece: «El juez no puede basar su decisión en un medio de derecho que no haya sido invocado por las partes, a menos que les haya dado la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto».[310] Esta disposición refleja un equilibrio entre

307 Whitty, N. R. «The Civilian Tradition and Debates on Scots Law». En *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, , 2003, n.° 2, , pp. 227-239.

308 UKHL (United Kingdom House of Lords). *Wilson vs. Jaymarke Estates Ltd. [2007] UKHL 29*. Disponible en https://publicationsarliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070530/jay-1.htm

309 Jutras, D. «Alternative Dispute Resolution and the Quebec Civil Code». En J. C. Smith y D. N. Weisstub (eds.). The *Western Idea of Law*. Butterworths, 2003, pp. 245-255.

310 Légis Québec. *Code de procédure civilem*, 2023. Disponible en http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/C-25.01

el principio *iura novit curia* y el respeto por el proceso adversarial típico del *common law.*

El caso Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Quebec Inc., [2001] 2 SCR 743, ilustra cómo los tribunales de Quebec navegan en esta dualidad. En este caso, la Corte Suprema de Canadá reconoció la naturaleza mixta del sistema legal de Quebec y aplicó principios tanto del Derecho Civil como del *common law.*[311]

Palmer[312] argumenta que los sistemas mixtos como Escocia y Quebec ofrecen un «laboratorio natural» para el estudio comparativo del Derecho, permitiendo observar cómo principios como *iura novit curia* pueden adaptarse y evolucionar en contextos legales híbridos. Sin embargo, es importante notar que la aplicación del principio *iura novit curia* en sistemas mixtos no está exenta de desafíos. Örücü[313] señala que la coexistencia de tradiciones legales diferentes puede llevar a tensiones y conflictos en la interpretación y aplicación del derecho.

Además, como argumenta Glenn,[314] los sistemas mixtos están en constante evolución, influenciados por tendencias globales en la práctica legal y la teoría jurídica. Esto significa que la aplicación del principio *iura novit curia* en estas jurisdicciones puede cambiar con el tiempo, reflejando desarrollos tanto en el Derecho Civil como en el *common law.*

De otro lado, en el contexto del arbitraje internacional la aplicación del principio *iura novit curia* adquiere matices particulares, reflejando la compleja interacción entre diferentes sistemas legales, la autonomía de las partes y los poderes de los árbitros.

Gary Born,[315] una autoridad reconocida en el campo del arbitraje internacional, señala que la aplicación del principio *iura novit curia* en este ámbito no es uniforme y depende de varios factores, principalmente, de las reglas elegidas por las partes y la sede del arbitraje. Esta variabilidad refleja una tensión

311 SCC (Supreme Court of Canada). *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Quebec Inc., [2001] 2 SCR 743.* Disponible en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1890/index.do

312 Palmer, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 2nd ed., pp. 85-95.

313 Örücü, Esin. «What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?». En *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12, n.° 1, pp. 8-12.

314 Glenn, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law.* Oxford: Oxford University Press, 2014, 5th ed., pp. 125-140.

315 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration.* La Haya: Kluwer Law International, 2014, 2nd ed., pp. 2620-2635.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fundamental en el arbitraje internacional entre el respeto a la autonomía de las partes y la necesidad de otorgar a los árbitros suficiente autoridad para resolver las disputas de manera eficaz y justa.

La autonomía de las partes, principio fundamental del arbitraje internacional, permite a los litigantes elegir las reglas que gobernarán su procedimiento arbitral. Algunas reglas institucionales, como las de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), otorgan a los árbitros un amplio margen para aplicar el derecho que consideren apropiado. El artículo 21(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que «las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas».[316]

Sin embargo, otras reglas pueden ser más restrictivas. Por ejemplo, las Reglas de la CNUDMI (Uncitral) son más cautelosas en este aspecto. El artículo 35(1) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI establece que «el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio».[317]

La sede del arbitraje también juega un papel crucial en la determinación de cómo se aplica el principio *iura novit curia*. Como explica Waincymer,[318] las leyes de la sede del arbitraje pueden influir en la medida en que los árbitros pueden aplicar el derecho más allá de lo argumentado por las partes. Por ejemplo, en jurisdicciones de tradición civilista, los árbitros pueden tener más libertad para aplicar el «principio *iura novit curia*», mientras que en jurisdicciones de *common law*, pueden estar más restringidos.

El caso Bogdan Bondaryev vs. Sergey Belokrylov (Tribunal Federal Suizo, 2017) ilustra cómo la sede del arbitraje puede influir en la aplicación del principio. En este caso, el Tribunal Federal suizo confirmó que los árbitros tienen el derecho y el deber de aplicar el derecho *ex officio*, incluso si las partes no lo han invocado, siempre que se dé a las partes la oportunidad de ser escuchadas sobre los puntos de derecho no alegados.[319]

316 CCI (Cámara de Comercio Internacional). *Reglamento de Arbitraje*, 2021. Disponible en https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/

317 CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*, 2021. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf

318 Waincymer, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration.* La Haya: Kluwer Law International, 2012, pp. 740-755.

319 *BGer* (*Bundesgericht*), 2017. 4A_525/2017. Disponible en https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F09-08-2018-4A_525-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&

Sin embargo, la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional no está exenta de controversias. Algunos argumentan que una aplicación demasiado amplia de este principio puede entrar en conflicto con las expectativas de las partes y potencialmente socavar la finalidad de los laudos arbitrales. Kaufmann-Kohler[320] advierte que los árbitros deben ser cautelosos al aplicar el derecho no invocado por las partes para evitar sorpresas y garantizar el debido proceso.

El caso Araújo vs. Noorland General Trading LLC de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales ilustra los riesgos de una aplicación inadecuada del principio. En este caso, la corte anuló un laudo arbitral porque el árbitro había aplicado una disposición legal que no había sido invocada por las partes sin darles la oportunidad de presentar argumentos al respecto.[321]

Por otro lado, una aplicación demasiado restrictiva del principio puede llevar a resultados injustos o incoherentes. Lew *et al.*[322] argumentan que los árbitros deben tener cierta flexibilidad para aplicar el derecho correcto para hacer justicia en el caso concreto.

La tensión entre la autonomía de las partes y los poderes de los árbitros en relación con la aplicación del principio *iura novit curia* también se refleja en los debates sobre la redacción de las cláusulas arbitrales. Blackaby *et al.*[323] sugieren que las partes que deseen limitar la aplicación de este principio deberían considerar incluir disposiciones específicas en sus acuerdos de arbitraje.

Aplicación práctica del principio según las áreas del Derecho

La aplicación práctica del principio *iura novit curia* varía significativamente según el área del Derecho y el sistema jurídico en cuestión, reflejando las particularidades y necesidades de cada ámbito legal.

En el Derecho Civil, el principio encuentra su expresión más amplia y tradicional. Los jueces civiles gozan de una considerable libertad para interpretar y aplicar las normas jurídicas que consideren pertinentes al caso, incluso si éstas no han sido invocadas por las partes. Esta facultad se fundamenta en

320 Kaufmann-Kohler, Gabrielle. «The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions». En *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n.° 4, pp. 631-638.

321 EWCA (England and Wales Court of Appeal). *Araújo vs. Noorland General Trading LLC [2014]* EWHC 3745 (Comm), 2014, párrafos 28-35.

322 Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 421-425.

323 Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 6th ed., pp. 180-195.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la idea de que el juez es el mejor posicionado para determinar el derecho aplicable y garantizar así la justicia material del caso; sin embargo, esta libertad no es absoluta. Como señala Taruffo en su obra *La prueba de los hechos*,[324] los jueces deben equilibrar su poder de aplicación del derecho con el respeto al principio de contradicción, asegurando que las partes tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de normas no invocadas inicialmente.

El ámbito del Derecho Penal presenta matices importantes en la aplicación del principio. Aquí, el *iura novit curia* se ve limitado por principios fundamentales como el de legalidad y el derecho de defensa. Según Roxin en su famosa obra *Derecho Penal: Parte general*,[325] los jueces penales están más restringidos en su capacidad de modificar la calificación jurídica de los hechos, especialmente si esto pudiera resultar en una condena más severa. No obstante, el principio sigue siendo relevante en aspectos como la interpretación de las normas penales y la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad no alegadas por las partes.

En el Derecho Administrativo, la aplicación del principio *iura novit curia* adquiere características particulares debido a la naturaleza especial de las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos. García de Enterría y Fernández[326] explican cómo los tribunales administrativos deben equilibrar la aplicación del principio con el respeto a la discrecionalidad administrativa y la protección de los derechos de los administrados. En este contexto, el principio sirve como herramienta para garantizar la legalidad de la actuación administrativa, permitiendo a los jueces aplicar normas no invocadas por las partes cuando sea necesario para proteger el interés público o los derechos fundamentales.

Y como ya hemos señalado, el arbitraje internacional representa un campo particularmente interesante para la aplicación del principio. Aquí, el *iura novit curia* se enfrenta a desafíos únicos debido a la naturaleza híbrida del arbitraje que combina elementos de diferentes tradiciones jurídicas. Según Gaillard,[327] la aplicación del principio en el arbitraje internacional varía significativamente según las reglas elegidas por las partes y la sede del arbitraje. En algunos casos, los árbitros gozan de amplias facultades para determinar y aplicar el derecho mientras que en otros están más limitados por las alegaciones de las partes. Esta variabilidad refleja la tensión entre la autonomía de las partes y la necesidad de llegar a decisiones justas y fundamentadas en derecho.

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

324 Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 542.

325 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, tomo I, p. 1072.

326 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2022, p. 876.

327 Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, pp. 788-795.

Limitaciones y críticas al principio

El principio *iura novit curia*, a pesar de su importancia en los sistemas jurídicos modernos, no está exento de limitaciones y críticas. Éstas se han intensificado en las últimas décadas debido a la creciente complejidad del panorama jurídico global.

Una de las principales críticas al principio se centra en la posible vulneración del derecho de defensa. Montero Aroca[328] argumenta que la aplicación estricta del *iura novit curia* puede llevar a situaciones en las que las partes se vean sorprendidas por la aplicación de normas o interpretaciones jurídicas que no tuvieron oportunidad de debatir. Esto podría comprometer el principio de contradicción, fundamental en un proceso justo.

Para mitigar este riesgo, algunos sistemas jurídicos han implementado mecanismos de salvaguarda. Por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando el juez considere aplicar una calificación jurídica sustancialmente distinta a la planteada por las partes debe informarles y darles la oportunidad de pronunciarse al respecto. Esta práctica, conocida como «tesis de desvinculación», busca equilibrar la aplicación del *iura novit curia* con el respeto al derecho de defensa.

Otra limitación significativa surge en casos que involucran derecho internacional o extranjero. Michaels[329] señala que la creciente internacionalización de las relaciones jurídicas plantea desafíos significativos para el principio. Los jueces nacionales a menudo se enfrentan a la necesidad de aplicar normas de sistemas jurídicos con los que no están familiarizados. En estos casos, la presunción de que «el juez conoce el derecho» se vuelve problemática.

Para abordar esta cuestión, algunos países han adoptado enfoques innovadores. Por ejemplo, en Alemania, el *Zivilprozessordnung* (Código de Procedimiento Civil) permite a los jueces solicitar informes de expertos sobre el contenido del derecho extranjero; sin embargo, esta práctica ha sido criticada por algunos académicos, como Basedow,[330] quien argumenta que puede llevar a una aplicación inconsistente del Derecho extranjero.

328 Montero Aroca, J. *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal frente a los poderes del juez civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 101.

329 Michaels, Ralf. «Global Legal Pluralism». En *Annual Review of Law & Social Science*, 2009, vol. 5, n.° 1-35.

330 Basedow, Jürgen. «The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law (August 1, 2014)». En *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 52)*, pp. 85-97, Jürgen Basedow and Knut Benjamin Pissler, eds., Mohr Siebeck 2014, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/17, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2535728

La tensión entre el principio *iura novit curia* y el principio dispositivo en el proceso civil representa otra área de debate. El principio dispositivo, que otorga a las partes el control sobre el objeto del litigio, puede entrar en conflicto con la facultad del juez de aplicar el derecho que considere correcto. Taruffo[331] explora esta tensión y sugiere que un equilibrio adecuado requiere una redefinición de los roles tradicionales de jueces y partes en el proceso civil.

En el ámbito del arbitraje internacional, la aplicación del *iura novit curia* es, particularmente, controvertida. Born, en «International Commercial Arbitration»,[332] destaca cómo la naturaleza consensual del arbitraje y la diversidad de tradiciones jurídicas involucradas complican la aplicación del principio. Algunos argumentan que los árbitros deberían limitarse estrictamente a las normas y argumentos legales presentados por las partes, mientras que otros defienden una aplicación más flexible del principio para asegurar decisiones justas y fundamentadas en derecho.

La era de la información también ha planteado nuevos desafíos al principio. Susskind en *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*,[333] argumenta que el acceso masivo a información jurídica a través de tecnologías digitales ha transformado las expectativas sobre el conocimiento judicial. Esto plantea la cuestión de si el principio *iura novit curia* debería evolucionar para reflejar estas nuevas realidades, quizás requiriendo que los jueces utilicen activamente herramientas de investigación legal digital.

Finalmente, el pluralismo jurídico en sociedades multiculturales presenta otro desafío al principio. Santos[334] examina cómo la coexistencia de múltiples sistemas normativos dentro de un mismo espacio político puede complicar la aplicación del *iura novit curia*. En contextos donde existen sistemas jurídicos indígenas o religiosos reconocidos por el Estado, la presunción de que el juez conoce todo el derecho aplicable se vuelve particularmente problemática.

El principio *iura novit curia* en la era de la información

La era digital ha transformado profundamente el panorama jurídico, planteando nuevos desafíos y oportunidades para la aplicación del principio *iura novit curia*. Este cambio paradigmático afecta no sólo la forma en que los jueces

331 Taruffo, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 397 y ss.

332 *Idem*

333 Susskind, Richard E. *Tomorrow's lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 30-45.

334 De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid: Trotta, 2009, p. 708.

acceden y procesan la información legal, sino también las expectativas sobre su conocimiento y aplicación del derecho.

El impacto de las tecnologías de la información en el principio *iura novit curia* es multifacético y profundo. Susskind, en su obra seminal *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*,[335] antes mencionada, argumenta que la revolución digital está redefiniendo fundamentalmente la práctica legal; y, por extensión, la función judicial. El acceso instantáneo a vastas bases de datos jurídicas, la inteligencia artificial capaz de realizar análisis legales complejos, y la globalización facilitada por la tecnología están desafiando las nociones tradicionales de lo que significa «conocer el derecho».

Una de las transformaciones más significativas es el acceso sin precedentes a información jurídica. Bases de datos como LexisNexis, Westlaw y sus equivalentes en diferentes jurisdicciones han puesto al alcance de jueces y abogados un volumen de información jurídica que habría sido inimaginable hace unas décadas. Como señala Paliwala,[336] esto ha democratizado el acceso al conocimiento legal, pero también ha planteado nuevas preguntas sobre la profundidad y amplitud del conocimiento que se espera de los jueces.

La inteligencia artificial y el aprendizaje automático están añadiendo otra capa de complejidad. Sistemas como ROSS Intelligence o Lex Machina son capaces de realizar análisis jurídicos sofisticados en cuestión de segundos. Ashley[337] explora cómo estas tecnologías podrían complementar o incluso desafiar la aplicación tradicional del *iura novit curia*. ¿Debería un juez confiar en el análisis de un sistema de inteligencia artificial para identificar leyes relevantes no citadas por las partes? ¿Cómo afecta esto a la noción de que el juez «conoce el derecho»?

La globalización facilitada por la tecnología también está desafiando la aplicación tradicional del *iura novit curia*. Michaels[338] señala que los jueces ahora se enfrentan regularmente a casos que involucran elementos de derecho extranjero o internacional. La tecnología facilita el acceso a esta información, pero también plantea preguntas sobre la competencia de los jueces para interpretar y aplicar correctamente leyes de sistemas jurídicos con los que pueden no estar familiarizados.

335 *Idem*

336 Paliwala, Abdul. *A history of legal informatics*. Zaragoza: Prensas Universitarias, Lefis Series, 2010, p. 288.

337 Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics*. Cambridge University Press, 2017, p. 426.

338 *Idem*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las expectativas modernas sobre el conocimiento judicial también están evolucionando. Como observa Sourdin,[339] el público espera cada vez más que los jueces utilicen todas las herramientas tecnológicas disponibles para garantizar decisiones informadas y precisas. Esto podría implicar una reinterpretación del principio *iura novit curia* para incluir no sólo el conocimiento personal del juez, sino también su capacidad para utilizar eficazmente las herramientas de investigación y análisis digital.

Sin embargo, esta abundancia de información también presenta desafíos. Schauer, en *Thinking like a Lawyer*,[340] advierte sobre el riesgo de «parálisis por análisis» en el contexto judicial. La sobrecarga de información puede llevar a demoras en la toma de decisiones o a una dependencia excesiva de la tecnología en detrimento del juicio humano.

Además, la confiabilidad y la autenticidad de la información en línea plantean preocupaciones significativas. Germain, en «Digitizing the World's Laws»,[341] destaca la importancia de garantizar la integridad y autenticidad de las fuentes legales digitales. Los jueces deben ser capaces de navegar este panorama digital complejo, distinguiendo entre fuentes confiables y potencialmente engañosas.

La era de la información también ha traído consigo nuevas áreas del Derecho, como leyes de ciberseguridad o regulación de las criptomonedas, que evolucionan rápidamente. Esto plantea un desafío adicional para el principio *iura novit curia*, ya que los jueces deben mantenerse actualizados en campos legales emergentes y altamente técnicos.

En respuesta a estos desafíos, muchos sistemas judiciales están implementando programas de formación continua en tecnología legal. Por ejemplo, el Centro de Estudios Judiciales de Canadá ofrece regularmente cursos sobre el uso de herramientas digitales en la práctica judicial. Estas iniciativas buscan equipar a los jueces con las habilidades necesarias para aplicar el principio *iura novit curia* en la era digital.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

339 Sourdin, Tania. «Judge vs. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making». En *UNSW Law Journal,* 2018, vol. 41, n.° 4, pp. 1114-1133.

340 Schauer, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 239.

341 Germain, Claire M. «Digitizing the World's Laws». En Danner, Richard y Jules Winterton (eds.). *International Handbook of Information Management*. Routlege, 2011, vol. 181, p. 195.

Deber de administrar justicia por parte de los jueces

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

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano establece un principio fundamental en la administración de justicia: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano».

Esta disposición, aparentemente sencilla, encierra una compleja realidad jurídica y plantea desafíos significativos para la función judicial. Nos proponemos analizar en profundidad este artículo, explorando su fundamento histórico, su naturaleza jurídica, sus implicaciones prácticas y los desafíos que presenta para el sistema jurídico peruano.

Fundamento histórico y comparado

La evolución histórica del principio que obliga a los jueces a resolver casos incluso ante la ausencia o deficiencia de la ley es un tema fascinante que refleja el desarrollo del pensamiento jurídico a lo largo de los siglos. Este principio, fundamental para garantizar la justicia y evitar la arbitrariedad, tiene raíces profundas en la tradición jurídica occidental.

En el Derecho Romano, ya se reconocía la importancia de que los jueces resolvieran casos incluso en ausencia de una ley específica. Juliano, en el Digesto (1.3.12), afirmaba: «No pueden preverse por las leyes o por los senadoconsultos todos los casos que alguna vez ocurran, pero cuando en algún caso su sentido es manifiesto, el que ejerce la jurisdicción puede aplicarlo a casos semejantes y establecer así el derecho».[342]

342 García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho Privado romano*. Madrid: Ediciones Académicas, 2008, p. 98.

Esta idea sentó las bases para el desarrollo posterior del principio. El concepto romano de *aequitas* (equidad) también jugó un papel importante en este contexto, permitiendo a los jueces adaptar el derecho estricto (*ius strictum*) a las circunstancias particulares de cada caso para lograr soluciones justas.[343]

Durante la Edad Media, el Derecho canónico desarrolló el concepto de «equidad canónica» (*aequitas canonica*), que permitía a los jueces eclesiásticos apartarse de la letra estricta de la ley para lograr soluciones justas. Helmholz[344] explica que este concepto se basaba en la idea de que la ley debía ser interpretada y aplicada de acuerdo con los principios de la caridad cristiana y la razón natural. Este concepto influyó significativamente en el desarrollo del Derecho Civil continental.

En el ámbito del Derecho secular, los glosadores y comentaristas medievales, como Accursius y Bartolus de Saxoferrato, desarrollaron técnicas de interpretación y aplicación del derecho que permitían a los jueces resolver casos no previstos específicamente por la ley, basándose en principios generales y en la analogía.[345]

El principio se consolidó con la Revolución Francesa y la codificación napoleónica. El artículo 4 del Código Civil francés (de 1804) establecía: «El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia».[346]

Esta disposición fue revolucionaria en su tiempo y se convirtió en un modelo para muchos códigos civiles posteriores. Reflejaba la desconfianza revolucionaria hacia los jueces del Antiguo Régimen y buscaba limitar su discrecionalidad, al tiempo que garantizaba que todos los casos fueran resueltos de acuerdo con la ley.

En Alemania, la Escuela Histórica del Derecho, liderada por Savigny, desarrolló la idea de que el Derecho era un producto orgánico de la historia y la cultura de un pueblo, y que los jueces tenían un papel importante en su desarrollo y aplicación.[347] Esta concepción influyó en la redacción del Código Civil alemán (*BGB*) de 1900, que en su artículo 1 reconoce el papel de la costumbre como fuente de derecho.

343 Buckland, W. W. y P. Stein, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1963, p. 780.

344 Helmholz, R. H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Athens: University of Georgia Press, 1996, p. 514.

345 Bellomo, Maulio. *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*. Washington, D. C.: Catholic University of America Press, 1995. Disponible en https://doi.org/10.2307/j.ctt4cg8mj

346 Carbonnier, Jean. *Droit civil: Introduction*. París: Presses Universitaires de France, 1994, p. 24.

347 Von Savigny, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840.

En el contexto peruano, la evolución de este principio se puede trazar a través de los tres principales Códigos Civiles que han regido en nuestro país:

a) El Código Civil de 1852, en su artículo 9, ya establecía que «los jueces no pueden dejar de administrar justicia por falta u oscuridad de la ley».[348] Esta disposición reflejaba la influencia del Código Civil francés y la preocupación por evitar la denegación de justicia.

b) El Código Civil de 1936 mantuvo una disposición similar en su artículo XXIII del Título Preliminar.[349] Este Código, influenciado por el movimiento de socialización del Derecho, amplió el papel del juez en la interpretación y aplicación de la ley.

c) El Código Civil de 1984, en su actual artículo VIII del Título Preliminar, refina y amplía este principio:

> Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.[350]

Esta evolución refleja una creciente sofisticación en la comprensión del papel del juez y la naturaleza del sistema jurídico. Se pasa de una simple prohibición de denegación de justicia a un mandato más complejo que reconoce el papel creativo del juez dentro de los límites del sistema jurídico.

Marcial Rubio[351] señala que esta disposición reconoce tres niveles de fuentes que el juez debe considerar: primero, la ley; en su defecto, los principios generales del derecho; y, entre éstos, preferentemente los que inspiran el Derecho peruano. Esto refleja un equilibrio entre la necesidad de certeza legal y la flexibilidad necesaria para adaptar el derecho a nuevas situaciones.

En el ámbito internacional, esta evolución se ha visto reflejada en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que en su artículo 25 establece el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, lo que implícitamente requiere que los jueces sean capaces de resolver todos los casos que se les presenten.

ESTUDIO ENRIQUE CASTILLO PEYRE

348 Basadre, Jorge. *Historia del Derecho peruano*. Lima: Studium, 1983, p. 317.

349 De Trazegnies, Fernando. «La transformación del derecho de propiedad». En *Derecho PUCP*, 1978, n.° 33, pp. 75-104.

350 Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las personas: Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 45.

351 Rubio Correa, Marcial *El sistema jurídico: introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, pp. 140-155.

La obligación de los jueces de resolver casos incluso ante lagunas legales es un principio fundamental en diversos sistemas jurídicos, aunque su formulación y alcance varían según el contexto legal y cultural de cada país. Este principio refleja la necesidad de garantizar el acceso a la justicia y la seguridad jurídica, evitando situaciones de denegación de justicia. A continuación, se presenta un análisis más profundo de cómo este principio se manifiesta en diferentes jurisdicciones:

En el sistema jurídico español, el principio *iura novit curia* está consagrado en el artículo 1.7 del Código Civil, que establece:

> Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.[352] (Código Civil español, 1889, actualizado en 2021)

Además, el artículo 1.6 del mismo Código reconoce a la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico. Díez-Picazo y Gullón[353] explican que esta disposición refleja la concepción del juez como un «órgano vivo» del ordenamiento jurídico, capaz de adaptar e interpretar la ley para resolver casos no previstos explícitamente por el legislador.

La doctrina española ha desarrollado el concepto de «integración del ordenamiento jurídico» para explicar cómo los jueces deben proceder en casos de lagunas legales. Esto implica el uso de la analogía, los principios generales del derecho y la equidad como herramientas para llenar estos vacíos.[354]

En el sistema jurídico alemán, la prohibición de la denegación de justicia (*Rechtsverweigerung*) está consagrada en el § 132 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*). Esta disposición establece lo siguiente:

> Un juez no puede negarse a ejercer la jurisdicción con el pretexto de que la ley sea silenciosa, oscura o incompleta (*GVG*, 1877, actualizada en 2021, traducción propia).[355]

352 Código Civil español (1889, actualizado en 2021). *Boletín Oficial del Estado*. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763

353 Díez-Picazo Ponce de León, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 12.ª ed., vol. I, 2012.

354 Lalaguna Domínguez, Enrique. *Jurisprudencia y fuentes del derecho*. Pamplona: Aranzadi, pp. 125-140.

355 *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG). (1877, actualizada en 2021). Bundesministerium der Justiz, 1969. Disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La doctrina alemana ha desarrollado ampliamente el concepto de «desarrollo judicial del derecho» (*richterliche Rechtsfortbildung*) como mecanismo para llenar lagunas legales. Larenz[356] explica que este concepto permite a los jueces ir más allá de la mera interpretación de la ley para crear soluciones jurídicas en casos no previstos por el legislador, siempre dentro de los límites del sistema jurídico.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) ha reconocido la legitimidad de este desarrollo judicial del derecho, siempre que se respeten los principios constitucionales y la separación de poderes (*BVerfGE* 34, 269 - Soraya, 1973).

En Italia, el artículo 12 de las Disposiciones sobre la Ley en General (*Disposizioni sulla legge in generale*) establece que:

> Si una controversia no puede ser decidida con una disposición precisa, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso sigue sin resolverse, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. (*Disposizioni sulla legge in generale*, 1942, traducción propia).[357]

Alpa[358] explica que esta disposición establece una jerarquía clara de métodos para resolver casos de lagunas legales: primero, la analogía *legis* (aplicación de normas que regulan casos similares); luego, la analogía *iuris* (aplicación de principios generales derivados de normas que regulan materias análogas); y finalmente, los principios generales del ordenamiento jurídico.

La doctrina italiana ha elaborado teorías sofisticadas sobre la integración del Derecho, reconociendo el papel creativo del juez dentro de los límites del sistema jurídico.[359]

El sistema francés presenta un enfoque único debido a su historia y tradición jurídica. Además del artículo 4 del Código Civil, que prohíbe la denegación de justicia, el artículo 5 establece:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

356 Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1994, pp. 366-380.

357 *Disposizioni sulla legge in generale*. (1942). Altalex. Disponible en https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/disposizioni-sulla-legge-in-generale

358 Alpa, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 153-165.

359 Tarello, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 280-295.

> Se prohíbe a los jueces pronunciar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que les sean sometidas. (*Code Civil*, 1804, actualizado en 2024, traducción propia).[360]

Al respecto, François Terré[361] explica que estas disposiciones reflejan un delicado equilibrio entre la necesidad de resolver casos concretos y el respeto a la separación de poderes. La prohibición de pronunciamientos generales y reglamentarios busca evitar que los jueces usurpen el papel del legislador.

Sin embargo, la práctica judicial francesa ha evolucionado, y los tribunales superiores, especialmente la Corte de Casación, han desarrollado una jurisprudencia rica que, *de facto*, cumple una función similar a la del precedente en sistemas del *common law*.[362]

Por otro lado, aunque el sistema del *common law* inglés no tiene una disposición codificada similar a las de los sistemas civilistas, varios principios cumplen una función análoga:

a) La doctrina del *stare decisis*, que obliga a los tribunales a seguir los precedentes establecidos por tribunales superiores, asegura la coherencia y continuidad del derecho.[363]

b) El principio de que «donde hay un derecho, hay un remedio» (*ubi jus ibi remedium*) obliga a los tribunales a proporcionar una solución cuando se ha violado un derecho, incluso en ausencia de un remedio específico previsto por la ley.[364]

c) La tradición del *common law* de «encontrar» el derecho en lugar de «crearlo» permite a los jueces adaptar principios existentes a nuevas situaciones.[365]

En el sistema federal estadounidense, la prohibición de *non liquet* se deriva implícitamente del artículo III de la Constitución, que establece el Poder Judicial. Chemerinsky[366] explica que los tribunales federales han desarrollado

360 *Code Civil*. (1804, actualizado en 2024). Légifrance. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/

361 Terré, François. *Introduction générale au droit*. París: Dalloz, 2012, 9.ª éd. pp. 195-205.

362 Jestaz, Philippe. *Les sources du droit*. París: Dalloz, 2005, pp. 140-155.

363 Slapper, G. y D. Kelly. *The English Legal System*. London: Routledge, 2015, 16th ed., pp. 110-125.

364 Blackstone, William. (1765-1769). *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press, pp. 23-25.

365 Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 58-63.

366 Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Wolters Kluwer 2019, 6th ed., pp. 49-54.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

doctrinas para determinar cuándo deben abstenerse de decidir ciertos casos, como la doctrina de la «cuestión política» (*political question doctrine*).

El caso Marbury vs. Madison (1803) estableció el principio de revisión judicial, que permite a los tribunales interpretar la Constitución y las leyes para resolver casos, incluso cuando no hay una disposición legal explícita aplicable.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia expansiva basada en la interpretación evolutiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres[367] explican que este enfoque permite a la Corte adaptar la interpretación de la Convención a nuevas realidades y desafíos, llenando así posibles lagunas en la protección de los derechos humanos.

Naturaleza jurídica y fundamento teórico del *iura novit curia*

Naturaleza jurídica

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano es una disposición de profunda importancia y complejidad en el sistema jurídico nacional. Su naturaleza jurídica puede analizarse desde múltiples perspectivas, cada una de las cuales revela un aspecto diferente de su función y significado en el ordenamiento jurídico. A continuación, se presenta un análisis más detallado de cada una de estas perspectivas:

a) Norma de competencia

El artículo VIII otorga a los jueces la facultad y el deber de resolver casos incluso ante vacíos legales, lo que implica una ampliación significativa de las competencias judiciales tradicionales. Esta disposición reconoce un papel más activo del juez en la creación del Derecho, trascendiendo la visión tradicional del juez como mero aplicador de la ley.

Monroy Gálvez[368] señala que esta norma «convierte al juez en un verdadero creador de derecho, aunque dentro de los límites del ordenamiento jurídico». Esta afirmación subraya la tensión inherente en la disposición: por un lado, otorga al juez un poder creativo, pero, por otro, lo limita al marco del ordenamiento jurídico existente.

367 Burgorgue-Larsen, Laurence y Amaya Úbeda de Torres. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 58-65.

368 Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996, p. 213.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta perspectiva se alinea con la teoría del «juez Hércules» de Ronald Dworkin,[369] que concibe al juez como un agente capaz de encontrar la «respuesta correcta» a casos difíciles mediante un proceso de interpretación constructiva del Derecho; sin embargo, a diferencia de la visión de Dworkin, el artículo VIII reconoce explícitamente la posibilidad de lagunas legales y la necesidad de recurrir a principios generales del derecho.

b) Garantía procesal

El artículo VIII funciona como una garantía procesal al asegurar el derecho de los ciudadanos a obtener una resolución fundada en derecho, incluso en situaciones no previstas explícitamente por el legislador. Esta función está íntimamente relacionada con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

Landa Arroyo[370] argumenta que este artículo «constituye una garantía procesal que asegura la plenitud del ordenamiento jurídico y la efectividad de los derechos de los justiciables». Esta interpretación vincula el artículo VIII con el Derecho Constitucional y los derechos fundamentales, elevando su importancia más allá del ámbito del Derecho Civil.

Esta perspectiva se alinea con la teoría de la denominada «constitucionalización del Derecho privado»,[371] que sostiene que los principios constitucionales, especialmente los relacionados con los derechos fundamentales, permean e influyen en la interpretación y aplicación del Derecho Privado.

Se señala que el artículo refleja una tendencia hacia la constitucionalización del Derecho Privado, al incorporar principios generales que a menudo tienen raíces constitucionales. Landa Arroyo[372] argumenta que «este artículo es un puente entre el Derecho Civil y los principios constitucionales, contribuyendo a la unidad del ordenamiento jurídico».

Esta tendencia se enmarca en el fenómeno más amplio de la constitucionalización del Derecho, descrito por Guastini[373] como «un proceso de

369 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, pp. 238-250.

370 Landa Arroyo, César. *Los derechos fundamentales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 456.

371 Favoreu, Louis Joseph. «La *constitutionnalisation du droit*». En Mathieu, B. y M. Verpeaux (eds.). *La constitutionnalisation des branches du droit*. París: Economica, 2001, pp. 181-195.

372 Landa Arroyo, César. *Los derechos fundamentales*. *Op. cit.*, p. 456.

373 Guastini, Ricardo. «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En Carbonell, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 49-73.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales».

Nosotros creemos que en realidad lo que viene ocurriendo es el fenómeno inverso, el que bien podría denominarse como la «civilización del Derecho Constitucional».

Decimos esto, en la medida en que es el Derecho Constitucional el que recién se está preocupando por el tratamiento de determinadas figuras e instituciones de honda raigambre civilista. Además, no lo olvidemos, el Derecho Civil es de mucho más antigua data que el Derecho Constitucional, varios miles de años de historia versus poco más de ochocientos años de constitucionalismo, y, sin duda, menos de un siglo de paulatina preocupación por los derechos civiles, parte indesligable del Derecho Civil y connaturales al mismo.

c) Principio de integración del ordenamiento jurídico

El artículo VIII del Título Preliminar reconoce la inevitabilidad de lagunas legales y proporciona mecanismos para su superación, contribuyendo así a la coherencia y completitud del sistema jurídico. Esta función integradora es crucial para la adaptabilidad y resiliencia del sistema legal frente a nuevas realidades sociales.

Rubio Correa[374] señala que «este artículo cumple una función integradora, permitiendo que el sistema jurídico se adapte a nuevas realidades sociales sin necesidad de una constante intervención legislativa». Esta perspectiva se alinea con la teoría de la autopoiesis del Derecho de Niklas Luhmann,[375] que concibe el sistema jurídico como un sistema autorreferencial capaz de adaptarse y evolucionar en respuesta a los cambios en su entorno.

d) Norma de interpretación

Al referirse a los principios generales del Derecho, el artículo VIII del Título Preliminar proporciona criterios para la interpretación y aplicación del Derecho. Esta función interpretativa es crucial para la coherencia y predictibilidad del sistema jurídico.

Espinoza Espinoza[376] argumenta que «este artículo no solo permite llenar vacíos legales, sino que también orienta la interpretación de todo el

374 Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico: introducción al Derecho. Op. cit.*, p. 78.

375 Luhmann, Niklas. «The Unity of the Legal System». En Teubner. G. (ed.). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlín: Walter de Gruyter, 1988, pp. 12-35.

376 Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Grijley, 2011, p. 134.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ordenamiento jurídico». Esta perspectiva se alinea con la teoría de la interpretación sistemática del Derecho[377] que sostiene que las normas jurídicas deben interpretarse no de forma aislada, sino como parte de un sistema coherente de principios y reglas.

e) Límite al Poder Judicial

Aunque el artículo VIII amplía las facultades de los jueces, también establece límites al exigir que se basen en los principios generales del Derecho, preferentemente los del Derecho peruano. Esta función limitadora es crucial para mantener el equilibrio entre los poderes del Estado y prevenir la arbitrariedad judicial.

Távara Córdova[378] señala que «este artículo establece un delicado equilibrio entre la creatividad judicial y el respeto al sistema de fuentes del derecho». Esta perspectiva se alinea con la teoría de la separación de poderes y los *checks and balances*[379] (Montesquieu, 1748), adaptada al contexto de un sistema jurídico moderno que reconoce un papel más activo del Poder Judicial.

Fundamento teórico

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984 se basa en varios principios y teorías jurídicas fundamentales que reflejan una comprensión sofisticada del Derecho y su función en la sociedad. A continuación se presenta un análisis más profundo de cada uno de estos principios y teorías:

a) Principio de plenitud del ordenamiento jurídico

Este principio, desarrollado por teóricos como Norberto Bobbio,[380] postula que el sistema jurídico debe tener respuestas para todas las situaciones que requieran una solución jurídica. Bobbio argumenta que «el ordenamiento jurídico es completo en el sentido de que el juez siempre puede encontrar en él una norma para regular cualquier caso que se le presente».

El artículo VIII es una manifestación concreta de este principio, proporcionando un mecanismo para asegurar que el sistema jurídico pueda dar

377 Canaris, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, pp. 40-55.

378 Távara Córdova, Francisco. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Poder Judicial*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 67.

379 Montesquieu, Charles. *De l'esprit des lois*. Geneva: Barrillot & Fils, 1748, pp. 396-407.

380 Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate, 1991, p. 221.

respuesta a cualquier caso que se le presente. Este enfoque refleja una visión del derecho como un sistema autosuficiente y adaptable, capaz de evolucionar para enfrentar nuevas realidades sociales.

Sin embargo, es importante notar que la idea de plenitud del ordenamiento jurídico ha sido cuestionada por algunos teóricos. Por ejemplo, Alchourrón y Bulygin[381] argumentan que las lagunas normativas son inevitables en cualquier sistema jurídico. Desde esta perspectiva, el artículo VIII podría verse como un reconocimiento implícito de la existencia de lagunas y un mecanismo para manejarlas más que como una afirmación de la plenitud absoluta del ordenamiento.

b) Prohibición de *non liquet*

Este principio, que tiene sus raíces en el Derecho Romano, prohíbe que el juez se abstenga de decidir por falta de ley aplicable. García Máynez[382] argumenta que esta prohibición «es esencial para la realización de la justicia y la seguridad jurídica».

La prohibición de *non liquet* se relaciona estrechamente con el derecho fundamental de acceso a la justicia. Como señala Cappelletti, «el acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico —el "derecho humano" más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos».[383]

El artículo VIII consagra explícitamente esta prohibición en el ordenamiento jurídico peruano, reforzando así el compromiso con la realización efectiva de la justicia.

c) Teoría de la separación de poderes

El artículo refleja una concepción moderna de la separación de poderes, que reconoce el papel del juez en la creación del Derecho, pero dentro de los límites establecidos por el legislador. Esta concepción va más allá de la visión clásica de Montesquieu de una separación rígida de poderes, reconociendo la interacción dinámica entre los diferentes poderes del Estado en la creación y aplicación del derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

381 ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. *Normative Systems*. New York: Springer-Verlag, 1971, pp. 92-105.

382 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México D. F.: Porrúa, 2002, p. 316.

383 CAPPELLETTI, Mauro. «Acceso a la justicia». En *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1984, n.° 41, p. 13.

Eguiguren Praeli[384] señala que «este artículo refleja una evolución en la comprensión de la función judicial, reconociendo su papel creativo, pero sin usurpar la función legislativa». Esta perspectiva se alinea con la teoría del «diálogo institucional» desarrollada por teóricos como Hogg y Bushell,[385] que conciben la relación entre los poderes del Estado como un diálogo continuo más que como una separación estricta.

d) Principio de seguridad jurídica

Al garantizar que todas las controversias jurídicas tendrán una resolución, el artículo contribuye significativamente a la seguridad jurídica. Fernández Sessarego[386] argumenta que «la certeza de que todo conflicto tendrá una solución jurídica es fundamental para la confianza de los ciudadanos en el sistema legal».

La seguridad jurídica, como señala Pérez Luño,[387] «es un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación)».

e) Teoría de la argumentación jurídica

El artículo VIII implícitamente requiere que los jueces desarrollen argumentaciones sofisticadas para justificar sus decisiones cuando aplican principios generales del Derecho. Atienza[388] señala que «disposiciones como el artículo VIII exigen un alto nivel de razonamiento jurídico y contribuyen al desarrollo de la argumentación judicial».

Esta exigencia se alinea con las teorías modernas de la argumentación jurídica, como las desarrolladas por Alexy[389] y MacCormick,[390] que enfatizan la importancia de la justificación racional de las decisiones judiciales, especialmente en casos difíciles donde no hay una norma clara aplicable.

384 Eguiguren Praeli, Francisco. *¿Qué hacer con el sistema judicial?* Lima: Apoyo, 1999, p. 128.

385 Hogg, Peter. W. y Alisson A. Bushell. «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn›t such a bad thing after all)». En *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, vol. 35, n.° 1, pp. 75-124.

386 Fernández Sessarego, Carlos. «Defensa de la persona». En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo I, p. 43.

387 Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 28.

388 Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, p. 703.

389 Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 221-235.

390 MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 195-205.

f) Teoría del derecho como integridad

La referencia a los principios generales del Derecho y, especialmente, a los que inspiran el Derecho peruano, refleja una concepción del Derecho como un sistema coherente de principios. Esta idea se alinea con la teoría del Derecho como integridad formulada por Dworkin,[391] que argumenta que el Derecho debe interpretarse de manera que forme un todo coherente. El autor sostiene que «según el Derecho como integridad, las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad».

Análisis del contenido del artículo VIII

1. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia

Esta oración establece un mandato imperativo que merece un análisis detallado.

a) Obligación positiva

No sólo se establece una prohibición de la denegación de justicia, sino también una obligación positiva y activa de los jueces de resolver todos los casos que se les presenten. Monroy Gálvez[392] señala que «este mandato convierte la función judicial en un deber ineludible, fundamental para el Estado de derecho».

La naturaleza imperativa de esta obligación se alinea con la teoría del «activismo judicial» desarrollada por autores como Cappelletti,[393] que argumenta que los jueces tienen un papel activo en la realización de la justicia y la protección de los derechos fundamentales; sin embargo, es importante notar que este activismo debe equilibrarse con el principio de separación de poderes y el respeto a la función legislativa.

Ferrajoli argumenta que esta obligación positiva es una característica esencial del constitucionalismo moderno, que concibe al juez no sólo como un aplicador pasivo de la ley, sino como un garante activo de los derechos fundamentales. Según Ferrajoli, «la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional».[394]

391 Dworkin, Ronald. *Law's Empire. Op. cit.*, p. 225.

392 Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil. Op. cit.*, p. 213.

393 Cappelletti, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984, pp. 63-77.

394 Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre Derecho y democracia.* Madrid: Trotta, 2006, p. 26.

LUDOMAR CASTILLO PRADO

b) Alcance de la «administración de justicia»

El término «administrar justicia» implica un concepto amplio que va más allá de la mera emisión de una decisión. Pásara argumenta que «administrar justicia en el sentido del artículo VIII implica no solo resolver el caso, sino hacerlo de manera que se realicen los valores fundamentales del ordenamiento jurídico».[395]

Esta interpretación se alinea con la teoría de la argumentación jurídica desarrollada por autores como Alexy[396] y Atienza,[397] que enfatizan la importancia de la justificación racional de las decisiones judiciales. Según esta perspectiva, administrar justicia implica no sólo llegar a una decisión, sino hacerlo a través de un proceso de razonamiento jurídico que pueda ser justificado ante la comunidad jurídica y la sociedad en general.

Además, el concepto de «administrar justicia» debe entenderse en el contexto del Estado constitucional de derecho. Como señala Zagrebelsky,[398] en este modelo de Estado, la justicia no se limita a la aplicación mecánica de la ley, sino que implica una labor de ponderación y armonización de principios constitucionales.

c) Sujetos de la obligación

Aunque el artículo menciona específicamente a los «jueces», la doctrina y la jurisprudencia han extendido esta obligación a todos los órganos con funciones jurisdiccionales. Landa Arroyo sostiene que «este mandato se aplica no sólo a los jueces ordinarios, sino también a los árbitros, jueces constitucionales y cualquier autoridad con funciones jurisdiccionales».[399]

Esta extensión del ámbito subjetivo de la norma refleja una comprensión amplia del concepto de jurisdicción que va más allá de la jurisdicción ordinaria. Como señala Taruffo,[400] en el contexto del Estado constitucional moderno, la función jurisdiccional se ha diversificado, incluyendo no sólo a los jueces ordinarios, sino también a tribunales constitucionales, tribunales internacionales, y mecanismos alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje.

395 Pásara, Luis. *Tres claves de la justicia en el Perú.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 45.

396 Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation. Op. cit.*, pp. 221-230 y 288-295.

397 Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica. Op. cit.*, pp. 515-520.

398 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Madrid: Trotta, 1995, pp. 109-130.

399 Landa Arroyo, César. *Los derechos fundamentales. Op. cit.*, p. 457.

400 Taruffo, Michele. *Páginas sobre justicia civil. Op. cit.*, pp. 94-98.

Sin embargo, esta extensión también plantea desafíos en términos de coherencia y uniformidad en la administración de justicia. Autores como Ferrajoli[401] advierten sobre los riesgos de una excesiva fragmentación de la jurisdicción y abogan por mantener cierta unidad en la interpretación y aplicación del Derecho.

d) Relación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

La obligación de administrar justicia se vincula estrechamente con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Priori Posada[402] argumenta que «el artículo VIII es una garantía procesal que da contenido y efectividad al derecho a la tutela jurisdiccional».

Esta vinculación refleja la teoría de la «doble dimensión de los derechos fundamentales» desarrollada por autores como Häberle,[403] que sostiene que los derechos fundamentales tienen tanto una dimensión subjetiva (como derechos individuales) como una dimensión objetiva (como elementos estructurales del orden jurídico).

En este sentido, la obligación de administrar justicia no sólo protege el derecho individual a la tutela jurisdiccional, sino que también contribuye a la realización del Estado de derecho en su conjunto. Como señala Marinoni, «el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el más importante de los derechos precisamente porque es el derecho a hacer valer los propios derechos».[404]

Además, esta vinculación entre la obligación de administrar justicia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se relaciona con el concepto de «garantismo» desarrollado por Ferrajoli.[405] Según esta teoría, los derechos fundamentales requieren no sólo su reconocimiento formal, sino también garantías institucionales para su realización efectiva. En este contexto, la obligación de administrar justicia puede verse como una garantía institucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En conclusión, la frase «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia» del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano establece un mandato fundamental que refleja una concepción moderna y

401 Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Op. cit.*, pp. 578-582.
402 Priori Posada, Giovanni. *El proceso y la tutela de los derechos. Op. cit.*, p. 89.
403 Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional. Op. cit.*, pp. 163-170.
404 Marinoni, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra, 2007, p. 174.
405 Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia. Op. cit.*, pp. 78-82.

EDUARDO CASTILLO PEYRE

garantista del papel del juez en el Estado constitucional de Derecho. Este mandato no sólo prohíbe la denegación de justicia, sino que impone una obligación positiva de resolver todos los casos de manera fundamentada y justa, aplicándose a todos los órganos con funciones jurisdiccionales y sirviendo como una garantía procesal del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2. Por defecto o deficiencia de la ley

La frase «Por defecto o deficiencia de la ley» del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano reconoce explícitamente la posibilidad de imperfecciones o lagunas en el ordenamiento jurídico.

a) Concepto de «defecto» de la ley

El «defecto» de la ley se refiere a la ausencia total de regulación sobre una materia específica. Neves Mujica[406] define el defecto de ley como «la situación en la que el ordenamiento jurídico carece completamente de una norma aplicable a un caso concreto».

Este concepto se relaciona con la teoría de las lagunas del Derecho, desarrollada por autores como Kelsen[407] y Bobbio.[408] Kelsen argumentaba que las lagunas «auténticas» no existen en realidad, ya que el ordenamiento jurídico siempre tiene una respuesta (aunque sea negativa) para cualquier caso; sin embargo, la doctrina moderna generalmente acepta la existencia de lagunas como una realidad práctica del Derecho.

Alchourrón y Bulygin[409] desarrollaron una teoría formal de las lagunas normativas, definiéndolas como casos en los que el sistema normativo no correlaciona el caso con ninguna solución. Esta teoría proporciona un marco conceptual útil para entender y analizar los «defectos» de la ley en el sentido del artículo VIII.

b) Concepto de «deficiencia» de la ley

La «deficiencia» de la ley implica la existencia de una norma, pero que resulta inadecuada o insuficiente para resolver el caso. Rubio Correa[410]

406 Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 78.

407 Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción de E. García Máynez. Universidad Nacional Autónoma de México. (obra original publicada en 1945), p. 152.

408 Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho. Op. cit.*, pp. 245-247.

409 Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Normative Systems. Op. cit.*, pp. 101-102.

410 Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico: introducción al Derecho. Op. cit.*, p. 92.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

señala que «la deficiencia de la ley puede manifestarse como ambigüedad, contradicción o falta de precisión en la norma existente».

Este concepto se relaciona con la teoría de la indeterminación del derecho, desarrollada por autores como Hart[411] y Endicott.[412] Hart introdujo el concepto de «textura abierta» del Derecho, argumentando que las normas jurídicas tienen inevitablemente un núcleo de certeza y una zona de penumbra donde su aplicación es incierta. Endicott va más allá, argumentando que la indeterminación es una característica inherente y a veces deseable del Derecho, que permite su adaptación a circunstancias cambiantes. Desde esta perspectiva, las «deficiencias» de la ley no son necesariamente fallas, sino características que permiten la flexibilidad y evolución del sistema jurídico.

c) Tipos de lagunas legales

La doctrina ha identificado varios tipos de lagunas legales, cada una con sus propias características y desafíos:

i. **Lagunas normativas**: ausencia total de regulación. Estas corresponden al «defecto» de la ley mencionado en el artículo VIII.

ii. **Lagunas axiológicas**: existencia de una norma, pero que resulta inadecuada o injusta para el caso concreto. Alchourrón y Bulygin[413] las definen como casos en los que el sistema proporciona una solución, pero el intérprete considera que esta solución no es la correcta o justa.

iii. **Lagunas técnicas**: falta de especificación técnica o procedimental en la norma existente. Larenz[414] las describe como casos en los que la ley proporciona una regulación general, pero falta la especificación necesaria para su aplicación práctica.

Ferrajoli[415] añade el concepto de «lagunas estructurales», que surgen cuando faltan las garantías o instituciones necesarias para la implementación efectiva de un derecho reconocido formalmente.

411 Hart, Herbert L. A. *El concepto del Derecho.* Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, pp. 152-160.

412 Endicott, Timothy. *Vagueness in Law.* Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 185-190.

413 Alchourrón, Carlos E. & E. Bulygin. *Normative Systems. Op. cit.*, pp. 102-106 y 130-132.

414 Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho.* Barcelona: Ariel, 1994, pp. 363 y ss.

415 Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Op. cit.*, pp. 77-78.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) Antinomias

Aunque no se mencionan explícitamente en el artículo VIII, las contradicciones entre normas que dificultan su aplicación también pueden considerarse como «deficiencias» de la ley. Bobbio[416] clasifica las antinomias y propone criterios para su resolución:

i. **Criterio cronológico**: la ley posterior deroga a la anterior.

ii. **Criterio jerárquico**: la ley superior prevalece sobre la inferior.

iii. **Criterio de especialidad**: la ley especial prevalece sobre la general.

Sin embargo, estos criterios no siempre son suficientes para resolver todas las antinomias, especialmente en casos complejos o cuando entran en conflicto principios constitucionales. En estos casos, autores como Alexy[417] proponen técnicas de ponderación para resolver conflictos entre principios.

e) Determinación del defecto o deficiencia

El artículo implícitamente otorga al juez la facultad de determinar cuándo existe un defecto o deficiencia. Esto requiere un análisis cuidadoso y una justificación sólida. Bullard González advierte sobre «el riesgo de que los jueces invoquen defectos o deficiencias inexistentes para apartarse de la ley».[418]

Esta facultad se relaciona con el concepto de «discrecionalidad judicial» desarrollado por autores como Dworkin[419] y Hart.[420] Mientras que Hart argumentaba que en los casos difíciles los jueces tienen un margen de discreción para crear derecho, Dworkin sostenía que incluso en estos casos los jueces están obligados a encontrar la «respuesta correcta» basándose en los principios del sistema jurídico.

La determinación de defectos o deficiencias en la ley también se relaciona con la teoría de la argumentación jurídica. Autores como Alexy[421]

416 Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho. Op. cit.*, pp. 95-118.

417 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 138 y ss.

418 Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2010, p. 156.

419 Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 247-248.

420 Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 653-654.

421 Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation. Op. cit.*, p. 177.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y MacCormick[422] han desarrollado modelos para evaluar la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, que pueden aplicarse a la determinación de defectos o deficiencias en la ley.

3. Deben aplicar los principios generales del Derecho

Esta parte del artículo VIII establece el método para suplir las deficiencias del ordenamiento jurídico, a través del:

a) Reconocimiento de los principios generales como fuente del Derecho

El artículo eleva explícitamente los principios generales del Derecho al estatus de fuente del Derecho. Esto se alinea con la teoría de las fuentes del Derecho desarrollada por autores como Bobbio[423] y Guastini,[424] quienes argumentan que los principios generales del Derecho son una fuente subsidiaria, pero esencial del ordenamiento jurídico.

Del Vecchio[425] define los principios generales del Derecho como «verdades jurídicas universales» que sirven de fundamento al sistema jurídico; sin embargo, esta concepción iusnaturalista ha sido cuestionada por autores positivistas como Kelsen,[426] quien argumentaba que los principios generales del Derecho son simplemente normas muy generales derivadas del propio ordenamiento positivo.

Una posición intermedia, desarrollada por Dworkin,[427] concibe los principios como estándares que deben ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Esta concepción permite entender los principios generales del Derecho como puentes entre el Derecho positivo y las exigencias de la justicia.

b) Proceso de abstracción y generalización

La aplicación de los principios generales del Derecho implica un proceso de abstracción y generalización por parte del juez. Larenz[428] describe este proceso como un «desarrollo judicial del derecho» (*richterliche Rechtsfortbildung*) que va más allá de la mera interpretación de normas existentes.

422 MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory. Op. cit.*, pp. 19-21.
423 Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho. Op. cit.*, p. 152.
424 Guastini, Ricardo. *La sintaxis del derecho.* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 75.
425 Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del Derecho.* Barcelona: Bosch, 1958, p. 33.
426 Kelsen, Hans. *Pure theory of law.* Berkeley: University of California Press, 1967, p. 348-350
427 Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously. Op. cit.*, p. 234
428 Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho. Op. cit.*, p. 418.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este proceso se relaciona con la teoría de la argumentación jurídica desarrollada por autores como Alexy[429] y MacCormick.[430] Según esta teoría, la aplicación de principios generales requiere un tipo de razonamiento jurídico más sofisticado que la simple aplicación de reglas, involucrando procesos de ponderación y balance entre principios potencialmente conflictivos.

c) Conocimiento profundo del sistema jurídico

Torres Vásquez señala que la aplicación de principios generales del Derecho «requiere un conocimiento profundo del sistema jurídico en su conjunto».[431] Esto implica que el juez debe tener una comprensión holística del ordenamiento jurídico, incluyendo sus fundamentos filosóficos y sus objetivos sociales.

Esta exigencia se relaciona con la —ya citada— teoría del «juez Hércules» de Dworkin,[432] que concibe al juez ideal como alguien capaz de comprender y articular coherentemente todo el sistema jurídico. Aunque este ideal es inalcanzable en la práctica, sirve como un modelo aspiracional para la judicatura.

4. Preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano

Esta frase introduce un criterio de preferencia en la aplicación de los principios generales del derecho:

a) Reconocimiento de principios universales y específicos

El artículo reconoce implícitamente la existencia tanto de principios jurídicos universales como de principios específicos del Derecho peruano. Esto refleja una tensión entre el universalismo y el particularismo en el Derecho, un tema explorado por autores como Twining[433] en el contexto de la globalización del Derecho.

La distinción entre principios universales y específicos se relaciona con el debate sobre el pluralismo jurídico y la diversidad de tradiciones legales.

429 Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation. Op. cit.*, p. 301.

430 MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory. Op. cit.*, pp. 675-676.

431 Torres Vásquez, Aníbal. *Introducción al Derecho: teoría general del Derecho.* Lima: Idemsa, 2011, p. 483.

432 Dworkin, Ronald. *Law's Empire. Op. cit.*, p. 164.

433 Twining, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 118-120.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Autores como Glenn[434] han argumentado que, a pesar de la creciente globalización, los sistemas jurídicos nacionales mantienen características distintivas arraigadas en sus tradiciones culturales y sociales.

b) Establecimiento de una jerarquía

Al privilegiar los principios del Derecho nacional, el artículo VIII establece una jerarquía implícita entre los principios generales del Derecho. Esto plantea cuestiones interesantes sobre la relación entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, especialmente en el contexto de los tratados de derechos humanos y otros instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

Häberle[435] ha desarrollado el concepto de «Estado constitucional cooperativo» para describir cómo los sistemas constitucionales modernos deben equilibrar sus tradiciones nacionales con las exigencias del derecho internacional y los derechos humanos universales. La preferencia por los principios del Derecho peruano debe entenderse en este contexto de cooperación y diálogo entre el derecho nacional y el internacional.

c) Preocupación por la identidad y autonomía del sistema jurídico peruano

Espinoza Espinoza argumenta que esta preferencia «refleja una preocupación por la identidad y autonomía del sistema jurídico peruano».[436] Esta preocupación se enmarca en el contexto más amplio de la búsqueda de una identidad jurídica latinoamericana, tema explorado por autores como López Medina.[437]

La preferencia por los principios del Derecho peruano puede verse como una manifestación del «nacionalismo jurídico», un fenómeno analizado por autores como Berman;[438] sin embargo, es importante interpretar esta preferencia de manera que no entre en conflicto con las obligaciones internacionales del Perú y los principios universales de derechos humanos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

434 Glenn, H. Patrick. «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions». En *McGill Law Journal,* vol. 50, 2005, pp. 891-892.

435 Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 73.

436 Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, p. 134.

437 López Medina, Diego Eduardo y Duncan Kennedy. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana.* Bogotá: Legis, 2004, p. 18-19.

438 Berman, Paul Schiff. «From International Law to Law and Globalization». En *Columbia Journal of Transnational Law,* vol. 43, n.° 2, 2005, pp. 485-556.

Jurisprudencia relevante

El análisis de la jurisprudencia relevante relacionada con la aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano es fundamental para comprender cómo este principio se materializa en la práctica judicial.

La Casación n.º 28081-2017-Lima señaló en su fundamento 2.3. que «la norma del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil recoge el principio *iura novit curia*, en el sentido de que es obligación de los jueces aplicar las normas jurídicas pertinentes, aunque no haya sido invocada por las partes procesales; la norma del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil en su parte pertinente al caso, prevé que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que en caso de vacío o defecto en las disposiciones procesales, se debe acudir a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina y jurisprudencia».

Otro claro ejemplo es la Casación n.º 865-95-Lima, en donde se analiza la aplicación del artículo 685 del Código Civil a la sucesión legal, y se entiende que la representación se aplica sólo en los casos específicos mencionados en los artículos 681 a 684 del mismo código.

Los jueces señalaron que la representación en el Derecho sucesorio es un beneficio legal que permite a los descendientes de una persona fallecida, que ha renunciado a su herencia, o que ha sido excluida por indignidad o desheredación, ocupar su lugar en la sucesión del causante. En el caso en concreto, se determinó que la recurrente no cumplía con los requisitos para tener vocación hereditaria respecto a la causante ni la representación invocada estaba autorizada por la ley.

Por lo tanto, se consideró correcta la aplicación del artículo 685 del Código Civil que niega el derecho de la actora a heredar en representación de su esposo fallecido; sin embargo, en aras de una adecuada administración de justicia, aplicaron el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil para reconocer el derecho del esposo fallecido de la recurrente, como heredero de la causante. Finalmente, de acuerdo con el artículo 825 del Código Civil se señaló que la recurrente tenía derecho a la herencia que le correspondería a su cónyuge fallecido.

Más recientemente, la Casación n.º 1785-2018-Cusco, sobre excepción de prescripción extintiva, resolvió que, a pesar de no existir una regulación específica sobre el plazo de prescripción para casos de ineficacia del acto jurídico, se debe administrar justicia aplicando el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil. Incluso si se aplicara el plazo más largo de diez años, la acción

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

habría prescrito. Los actos jurídicos cuya ineficacia se demanda (escrituras públicas de compraventa) fueron inscritos en los registros públicos el 21 de mayo de 1984 y el 4 de marzo de 2004. Desde las fechas de inscripción, debido al principio de publicidad registral, los demandantes tenían la posibilidad de iniciar la acción legal. La demanda fue interpuesta el 16 de octubre de 2015, mucho después de que hubiera transcurrido incluso el plazo de prescripción más amplio de diez años.

Así también, la Casación n.º 4577-2017-Pasco se pronunció porque la ausencia de un reglamento específico sobre un asunto determinado no debe ser un impedimento para que los órganos jurisdiccionales conozcan y resuelvan las pretensiones presentadas por las partes que alegan tener legitimidad e interés para actuar. Los jueces tienen la obligación de administrar justicia incluso cuando exista un vacío o una deficiencia en la ley.

Esta obligación está fundamentada en dos disposiciones legales importantes:

1. El artículo 139 inciso 8 de la Constitución Política del Perú, que establece el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

2. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano, que reafirma este principio.

En esencia, el texto argumenta que la falta de regulación específica no es una excusa válida para que los jueces se abstengan de resolver los casos que se les presentan; por el contrario, tienen el deber constitucional y legal de encontrar una solución justa, interpretando y aplicando el marco legal existente, incluso en ausencia de normas específicas sobre el asunto en cuestión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación supletoria del Código Civil

Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

El ordenamiento jurídico peruano, como muchos otros sistemas de Derecho Civil, se caracteriza por su complejidad y diversidad normativa. En este contexto, el Código Civil juega un papel fundamental no sólo como regulador de las relaciones jurídicas privadas, sino también como una fuente supletoria de Derecho para otras áreas jurídicas. Esta función supletoria está consagrada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil de 1984.

Pero al igual que ocurre con el Código Civil peruano, otras codificaciones también han recogido esta función supletoria de las normas civiles, tal es el caso del Código Civil español, que en su artículo 4.3 establece: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes». Díez-Picazo y Gullón[439] señalan que esta disposición refleja la centralidad del Derecho Civil en el ordenamiento jurídico español.

Por su parte, el artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) dispone: «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma». Lorenzetti[440] argumenta que esta disposición refleja una concepción más moderna del Derecho Civil, que reconoce su interrelación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Aunque el Código Civil chileno no contiene una disposición explícita similar, Alessandri *et al.*[441] señalan que la doctrina y jurisprudencia de ese

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

439 Díez-Picazo Ponce de León, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil.* Volumen I. Madrid: Tecnos, 2012, p. 104.

440 Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación* comentado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 30.

441 Alessandri, R. Arturo, U. Manuel Somarriva y H. Antonio Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 199-200.

país han reconocido ampliamente la función supletoria del Código Civil en diversas áreas del Derecho.

La inclusión del artículo IX en el Código Civil peruano de 1984 responde a una tendencia internacional de codificación de principios generales del Derecho y reglas de interpretación. Merryman y Pérez-Perdomo[442] argumentan que esta tendencia refleja un esfuerzo por proporcionar mayor claridad y coherencia a los sistemas jurídicos, especialmente en el contexto de la creciente complejidad y especialización del Derecho moderno.

Fundamento teórico

El fundamento teórico del citado artículo se basa en varios principios jurídicos y consideraciones prácticas que son fundamentales para la coherencia y eficacia del sistema jurídico; tales como:

a) Unidad del ordenamiento jurídico

Este principio postula que el sistema jurídico debe mantener una coherencia interna a pesar de su diversidad y especialización. Bobbio[443] argumenta que la unidad del ordenamiento jurídico es una premisa necesaria para la interpretación y aplicación coherente del Derecho. Esta unidad se manifiesta en varios aspectos:

- **Coherencia normativa**: las diferentes ramas del Derecho deben complementarse, no contradecirse. Según Canaris,[444] la coherencia es un requisito esencial para la racionalidad del sistema jurídico.
- **Principios generales comunes**: existen principios fundamentales aplicables en todo el ordenamiento. Dworkin[445] enfatiza la importancia de estos principios como elementos unificadores del Derecho.
- **Interpretación sistemática**: Larenz[446] sostiene que las normas deben interpretarse en el contexto del sistema jurídico en su conjunto, no de forma aislada.

442 Merryman, John Henry & Rogelio Pérez-Perdomo. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007, pp. 27-28.

443 Bobbio, N. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1991, pp. 243-244.

444 Canaris, Claus Wilhem. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, pp. 19-21.

445 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 225-228.

446 Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1980, p. 200.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Economía legislativa

La aplicación supletoria del Código Civil permite una legislación más eficiente y concisa. Calabresi[447] argumenta que la economía legislativa es crucial para la eficacia del sistema legal. Sus beneficios incluyen:

- **Evitar redundancias**: reduce la duplicación innecesaria de normas.
- **Simplificación normativa**: facilita la comprensión y aplicación del derecho. Según Sunstein,[448] la simplificación es esencial para la accesibilidad y efectividad del derecho.
- **Eficiencia en la producción legislativa**: permite al legislador enfocarse en aspectos específicos de cada área del Derecho.

c) Flexibilidad del sistema jurídico

La aplicación supletoria proporciona flexibilidad al sistema jurídico. Hart[449] argumenta que esta flexibilidad es esencial para la adaptabilidad del derecho a nuevas situaciones:

- **Adaptabilidad a nuevas situaciones**: permite aplicar principios del Código Civil a situaciones no previstas específicamente.
- **Evolución del derecho**: facilita la adaptación del sistema jurídico a cambios sociales y económicos. Teubner[450] enfatiza la importancia de esta característica en sistemas legales modernos.
- **Discrecionalidad judicial**: otorga a los jueces herramientas para resolver casos complejos. Barak[451] argumenta que esta discrecionalidad es crucial para la justicia en casos difíciles.

d) Función integradora

La función integradora del artículo IX del Título Preliminar es fundamental para la coherencia y completitud del sistema jurídico:

- **Llenado de vacíos legales**: proporciona soluciones a situaciones no reguladas específicamente. Alchourrón y Bulygin[452] analizan en profundidad el problema de las lagunas en el Derecho y cómo abordarlas.

447 Calabresi, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, pp. 172-177.

448 Sunstein, Cass Robert. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 260.

449 Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 661.

450 Teubner, G. «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law». *Law & Society Review*, 17(2), 1983, pp. 239-285.

451 Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 217.

452 Alchourrón, Carlos E. & Eugenio Bulygin. *Normative Systems*. New York: Springer-Verlag, 1971, pp. 100-105 y 123-126.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- **Continuidad normativa**: asegura que no existan «lagunas» que puedan llevar a la denegación de justicia. Perelman[453] enfatiza la importancia de esta continuidad para la legitimidad del sistema legal.
- **Armonización del derecho**: contribuye a la armonización de diferentes ramas del derecho bajo principios comunes. Zagrebelsky[454] argumenta que esta armonización es esencial en el Estado constitucional moderno.

Límites de la aplicación supletoria

Los límites de la aplicación supletoria son cruciales para mantener la integridad y coherencia del sistema jurídico.

El principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*) es fundamental en la aplicación supletoria. Según Bobbio,[455] este principio asegura que las normas especiales prevalezcan sobre las generales, manteniendo la integridad de las áreas especializadas del Derecho.

La preservación de la autonomía de cada rama del Derecho es crucial. Como señala Larenz,[456] cada área del Derecho tiene sus propios principios y lógica interna que deben respetarse. La aplicación supletoria no debe desnaturalizar las instituciones jurídicas especiales, un punto enfatizado por Canaris[457] en su análisis de la sistematicidad del Derecho.

El concepto de orden público, definido por Ferrajoli[458] como el conjunto de principios y normas fundamentales que el Estado considera esenciales para la convivencia social, establece límites claros a la aplicación supletoria. Las normas imperativas, como explica Díez-Picazo,[459] no pueden ser desplazadas por la aplicación supletoria del Código Civil.

La protección de intereses colectivos, un aspecto crucial del orden público según Habermas,[460] debe ser respetada en la aplicación supletoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

453 Perelman, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979, pp. 181-185.

454 Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 14-17.

455 Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 1987, pp. 182-185.

456 Larenz, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 156-160.

457 Canaris, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, pp. 146-150.

458 Ferrajoli, L. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 361-365.

459 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 135-150.

460 Habermas, Jurgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996, pp. 329-387.

De otro lado, la distinción entre aplicación supletoria y analogía es crucial. Mientras que ambas buscan llenar vacíos legales, la aplicación supletoria tiene un ámbito de aplicación más amplio y predeterminado. Guastini[461] proporciona un análisis detallado de estas diferencias. Los límites de la analogía en Derecho Penal y Administrativo sancionador, discutidos por Roxin,[462] deben ser respetados en la aplicación supletoria.

Asimismo, la supremacía constitucional, un principio fundamental en el constitucionalismo moderno según Zagrebelsky,[463] impone límites claros a la aplicación supletoria. Esta debe realizarse de manera consistente con los valores constitucionales, un principio conocido como interpretación conforme a la Constitución, elaborado por Hesse.[464]

La aplicación supletoria debe respetar las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Cassese[465] explica la importancia de los tratados internacionales en el derecho interno. El concepto de *ius cogens*, desarrollado por Verdross,[466] establece normas imperativas de Derecho Internacional que no pueden ser contravenidas por la aplicación supletoria.

Finalmente, la aplicación de normas en el tiempo, un tema complejo analizado por Roubier,[467] debe ser considerada en la aplicación supletoria. Los cambios legislativos pueden afectar la aplicabilidad supletoria de ciertas disposiciones, un fenómeno que Raz[468] analiza en el contexto de la dinámica de los sistemas jurídicos.

Interpretación y aplicación práctica

La interpretación del artículo IX del Título Preliminar y su aplicación práctica requieren un análisis cuidadoso y multifacético:

a) Interpretación sistemática

La interpretación sistemática es fundamental para comprender y aplicar correctamente el artículo IX del Código Civil. Como señala Rubio Correa[469]

461 Guastini, Ricardo. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 270-274.

462 Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 72.

463 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 68-70

464 Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 71-72.

465 Cassese, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 213-219.

466 Verdross, Alfred. «Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law». *American Journal of International Law*, 60(1), 1966, pp. 55-63.

467 Roubier, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. París: Dalloz, 2008, pp. 177-182.

468 Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 85-89.

469 Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico. *Op. cit.*, p. 245.

en su obra *El sistema jurídico: introducción al Derecho*, la interpretación sistemática implica que «las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta el conjunto de normas del cual forman parte». Esta perspectiva es crucial para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico.

En el contexto del artículo IX, esto significa considerar no sólo el texto de la norma en sí, sino también su relación con otras disposiciones del Código Civil y con las leyes especiales a las que potencialmente se aplicaría de manera supletoria. Además, es esencial tener en cuenta la jerarquía normativa establecida en la Constitución Política del Perú.

Un ejemplo práctico de esta interpretación sistemática se encuentra en la Casación n.° 2229-2008-Lambayeque, donde la Corte Suprema de Justicia del Perú aplicó supletoriamente las normas del Código Civil sobre prescripción adquisitiva a un caso regido por la Ley de Reforma Agraria. En su decisión, la Corte consideró no sólo las disposiciones específicas de ambas normas, sino también su relación con los principios constitucionales de propiedad y función social de la tierra.

b) Finalidad de la norma

La interpretación teleológica, que busca determinar la finalidad o propósito de la norma, es otro criterio esencial en la aplicación del artículo IX. Como argumenta Marcial Rubio Correa,[470] la *ratio legis* o razón de ser de la norma debe guiar su interpretación y aplicación.

En el caso del artículo IX, es crucial considerar tanto la finalidad de la norma especial como la de la disposición del Código Civil que se pretende aplicar supletoriamente. Esto implica una ponderación cuidadosa de los intereses protegidos por cada norma y cómo estos se equilibran en la aplicación supletoria.

Un ejemplo ilustrativo es la Casación n.° 941-05-Lima, en donde se discutió respecto a la alegación sobre la no aplicación del artículo 1283 del Código Civil, que trata sobre la no transferibilidad de las garantías a una nueva obligación en caso de novación. Señala que es importante destacar que esta norma es de carácter general. Como tal, no sólo permite acuerdos en contrario, sino que también pierde su efecto cuando la insolvencia del nuevo deudor era preexistente y de conocimiento público, o si el deudor original estaba al tanto de ella al transferir su deuda. En esta sentencia se estableció que la Ley General de Sociedades, en su sección sobre escisión,

470 Rubio Correa, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 87.

al no especificar si las garantías otorgadas por terceros a favor del deudor original se transfieren o no al nuevo; permite la aplicación del artículo 1283 del Código Civil de manera supletoria en el análisis de este asunto.

Otro caso, igualmente relevante, es el contenido en la Casación n.° 12476-2018-Lima. Esta sentencia tiene como piedra angular de la discusión el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil peruano que, como venimos estudiando, establece un principio de aplicación supletoria de sus disposiciones a relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes. Este principio, lejos de ser una mera formalidad, constituye un mecanismo esencial para garantizar la coherencia y completitud del sistema jurídico. En el caso específico de la prescripción extintiva, esta aplicación supletoria cobra especial relevancia, dado que esta institución, aunque regulada en el Código Civil, trasciende los límites del Derecho privado y se extiende a otras ramas del Derecho, incluido el tributario.

Comentando esta sentencia, podemos afirmar que la prescripción extintiva, como institución jurídica de origen romano y naturaleza procesal, ha experimentado una evolución significativa en el Derecho peruano. Desde su inclusión en los Códigos Civiles de 1852 y 1936, hasta su configuración actual en el Código de 1984, esta figura ha mantenido su esencia mientras se adaptaba a las necesidades cambiantes de la sociedad. Su incorporación posterior en normativas de Derecho Público, como el Código Tributario, es testimonio de su versatilidad y relevancia transversal en el ordenamiento jurídico.

En el ámbito tributario, la prescripción extintiva adquiere matices particulares. El Texto Único Ordenado del Código Tributario dedica varios artículos (del 43 al 49) a regular aspectos específicos de esta institución como plazos, cómputo, interrupción, suspensión y declaración; sin embargo, esta regulación no es exhaustiva ni pretende serlo. Aquí es donde la aplicación supletoria del Código Civil cobra vital importancia, llenando los vacíos y complementando la normativa tributaria en aspectos fundamentales.

La aplicación supletoria no es, sin embargo, una carta blanca para transponer indiscriminadamente normas civiles al ámbito tributario. El propio artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece un límite claro: la compatibilidad con la naturaleza de la ley especial. En este sentido, la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario reafirma este principio, permitiendo la aplicación supletoria de otras normas siempre que no se opongan o desnaturalicen las disposiciones tributarias.

En este contexto, se identifica un conjunto específico de artículos del Código Civil que resultan aplicables supletoriamente en materia de prescripción extintiva tributaria. Estos incluyen disposiciones sobre la definición

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de prescripción, la irrenunciabilidad del derecho a prescribir, la renuncia a la prescripción ganada, la prohibición de declarar de oficio la prescripción, el inicio del decurso prescriptorio, el principio de legitimidad de plazos prescriptorios y el cumplimiento del plazo de prescripción. Estas normas, al no estar contempladas expresamente en el Código Tributario, complementan y enriquecen la interpretación y aplicación de la normativa tributaria sin contradecir su esencia.

Limitaciones relacionadas con su aplicación

Uno de los principales problemas en la aplicación del artículo IX es determinar cuándo una disposición del Código Civil es «compatible» con la naturaleza de una relación o situación jurídica regulada por otra ley. Este juicio de compatibilidad a menudo requiere un análisis profundo y puede dar lugar a interpretaciones divergentes.

El criterio de compatibilidad establecido en el artículo IX del Código Civil peruano es, sin duda, uno de los aspectos más complejos en su aplicación. Como señala Espinoza Espinoza, la determinación de la compatibilidad requiere un análisis casuístico y contextual que va más allá de una simple comparación textual de normas.[471]

La doctrina ha propuesto diversos criterios para evaluar esta compatibilidad: a) la finalidad de la norma especial; b) los principios rectores del área jurídica en cuestión; c) la naturaleza de los intereses protegidos.

Estos criterios han sido recogidos y aplicados por la jurisprudencia peruana. Por ejemplo, en la Casación n.° 21690-2019-Lima se determinó que la ley tributaria reconoce la renuncia tácita a la prescripción, pero la limita al caso de pago voluntario de la deuda prescrita. Esta norma especial prevalece sobre el Código Civil. En materia tributaria, a diferencia del Derecho Civil, la interrupción de la prescripción sólo se produce por reconocimiento expreso de la obligación. No es posible aplicar directamente las normas de prescripción del Código Civil a las relaciones tributarias, ya que el Código Tributario regula específicamente esta materia. El artículo 49 del Código Tributario implica que el pago voluntario de una deuda prescrita es el único supuesto de renuncia tácita a la prescripción ganada en materia tributaria. Si un deudor paga voluntariamente una deuda prescrita, no puede luego pedir su devolución, pues no se considera un pago indebido. Agrega la Casación que la Sala de mérito erró al no aplicar correctamente los artículos 48 y 49 del Código Tributario, que

471 Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Grijley, 2011, p. 587.

establecen que el pago voluntario de una deuda prescrita constituye una renuncia tácita a la prescripción ganada.

La tensión entre la aplicación supletoria del Código Civil y el principio de especialidad normativa representa otro desafío significativo. En este sentido, podría presentarse el riesgo de que una aplicación indiscriminada del Código Civil pueda socavar la integridad de áreas especializadas del derecho.[472]

Este conflicto se ha manifestado en diversas áreas del Derecho peruano. En el ámbito del Derecho Tributario, por ejemplo, la aplicación supletoria de las normas de prescripción del Código Civil ha generado debates, como el que hemos indicado en las líneas anteriores.

Por su parte, De la Puente y Lavalle[473] advierte sobre el riesgo de desnaturalización de instituciones jurídicas especiales por una aplicación excesiva del Código Civil. Este riesgo se hace patente en áreas como el Derecho Administrativo, donde la aplicación de conceptos civiles de responsabilidad puede chocar con los principios específicos de la responsabilidad administrativa.

Otro aspecto no menos importante está marcado por el rápido desarrollo social, económico y tecnológico, los cuales plantean retos adicionales para la aplicación del artículo IX. Como se ha señalado, la rigidez de algunas disposiciones del Código Civil puede dificultar su adaptación a nuevas realidades jurídicas.[474]

Sin duda, podríamos afirmar que algunas disposiciones del Código Civil pueden volverse obsoletas frente a nuevas realidades, complicando su aplicación supletoria en contextos modernos. Es el caso, por ejemplo, de las áreas del Derecho digital y nuevas tecnologías que no han podido ser previstas por el legislador de 1984, como sería el caso de la aplicación de normas sobre contratos del Código Civil a *smart contracts* basados en *blockchain*.

A esto se suma, la necesidad de adaptarse a nuevas formas de relaciones jurídicas. El surgimiento de nuevas formas de relaciones jurídicas, como la economía colaborativa o las relaciones laborales en plataformas digitales, requerirá una aplicación creativa y adaptativa del artículo IX. Como ejemplo podemos citar la aplicación de normas del Código Civil sobre responsabilidad civil a casos de daños causados por vehículos autónomos.

472 Rubio Correa, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 155.

473 De la Puente y Lavalle, Manuel, *El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo I. Lima: Palestra Editores, 1999, p. 77.

474 De Trazegnies Granda, Fernando. "El Derecho Civil: Perspectivas Futuras", *Themis*, n.° 66, pp. 30-31.

Vacíos de la ley

Artículo X.- La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales [*entiéndase el Tribunal Constitucional desde la vigencia de la Constitución Política de 1993*] y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.

Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.

Los vacíos o defectos de la norma pueden ser definidos como la ausencia de regulación específica para situaciones concretas y son susceptibles de llevar a la incertidumbre y arbitrariedad en la aplicación del Derecho. El artículo X, que establece la obligación de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación de informar al Congreso sobre estos vacíos o defectos de la legislación, así como la obligación similar de jueces y fiscales respecto de sus superiores, busca mitigar estos problemas.

El artículo X halla sus raíces en la tradición jurídica romana del *ius honorarium*, donde los pretores tenían la facultad de complementar y corregir el Derecho Civil.[475] En el contexto moderno esta disposición refleja una tendencia global hacia la colaboración entre poderes del Estado para mejorar la calidad de la legislación.

Esta norma establece un mecanismo formal y obligatorio de comunicación entre el Poder Judicial, el órgano de control constitucional, el Ministerio Público y el Poder Legislativo. A primera vista puede parecer una simple disposición administrativa, pero un análisis más profundo revela su potencial para transformar la dinámica entre los poderes del Estado.

La singularidad de esta disposición radica en varios aspectos. En primer lugar, establece una obligación legal explícita, no una mera sugerencia o práctica informal. Este carácter obligatorio contrasta notablemente con sistemas como el de los Estados Unidos de América, donde el informe anual del *Chief*

475 Fernández Baquero, María Eva. *Historia y Fuentes del Derecho Romano.* Apuntes Unidad I, 2012, p. 3-4 Disponible en: https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/21703/HISTORIA%20Y%20FUENTES%20DEL%20DERECHO%20ROMANO.pdf?sequence=1

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Justice al Congreso es una práctica tradicional, pero no un mandato constitucional. La obligatoriedad implica un compromiso más profundo con la idea de que el Poder Judicial tiene un papel activo en la mejora del marco legal, más allá de su función tradicional de interpretación y aplicación de la ley.

En segundo lugar, la amplitud institucional de esta norma es notable. No se limita a la Corte Suprema, sino que incluye al Tribunal Constitucional y al Fiscal de la Nación. Esta inclusión reconoce la diversidad de perspectivas dentro del sistema judicial y fiscal, permitiendo una visión más completa de los desafíos legales que enfrenta el país. Esta selección de altos funcionarios judiciales y fiscales se debe a su posición privilegiada para detectar problemas sistémicos en la legislación.[476] Además, la extensión de esta obligación a jueces y fiscales respecto de sus superiores crea un sistema de retroalimentación en cascada que permite capturar problemas legislativos en todos los niveles del sistema judicial.[477]

La obligación de «dar cuenta» implica más que una simple notificación. Esta obligación debe entenderse como un deber de presentar un análisis detallado de los vacíos o defectos legislativos identificados, incluyendo sus implicaciones prácticas y posibles soluciones.[478] El alcance de esta obligación se extiende tanto a «vacíos» como a «defectos» en la legislación. Los vacíos, vendrían a ser las ausencias totales de regulación sobre un tema específico, mientras que los defectos se refieren a inconsistencias, ambigüedades o contradicciones en la legislación existente.

Esta disposición plantea interesantes cuestiones sobre la separación de poderes. Por un lado, refuerza la idea de *checks and balances* al permitir que el Poder Judicial informe al Legislativo sobre problemas en las leyes. La aplicación de esta disposición legislativa, además de implicancias prácticas, suscita cuestiones fundamentales en la teoría del Derecho.

Como señala Hans Kelsen,[479] el Derecho es un sistema dinámico que evoluciona constantemente. El artículo X puede verse como un mecanismo institucionalizado de esta evolución, permitiendo que la experiencia práctica informe

476 Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al Derecho.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Peru, 2009, p. 67.

477 Artículo 20, núm. 11) Reglamento de Organización y Funciones del Poder Judicial (R.A. n.° 226-2012-CE-PJ).

478 Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984.* Lima: Grijley, 2011, pp. 345-347.

479 Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre* (Teoría Pura del Derecho), Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 205.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

directamente el desarrollo legislativo. Eugen Ehrlich[480] enfatizó la importancia del «derecho vivo» que surge de las prácticas sociales. El mecanismo establecido por el artículo X puede interpretarse como un intento de capturar este «derecho vivo» a través de la experiencia de los operadores judiciales. Norberto Bobbio[481] discute la complejidad de las fuentes del Derecho. El artículo X introduce una nueva dimensión a esta discusión, al crear un canal formal para que la experiencia judicial influya en la creación legislativa.

Comparado con otros sistemas, este enfoque presenta características distintivas. En Alemania, por ejemplo, el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) tiene la facultad de hacer recomendaciones específicas al legislador en sus sentencias, pero esto se limita a casos específicos y al máximo tribunal constitucional. El sistema francés, con el *Conseil d'État*, tiene un papel consultivo en el proceso legislativo, pero se enfoca principalmente en la revisión previa de proyectos de ley. La disposición que analizamos, en cambio, crea un canal continuo y sistemático de retroalimentación sobre la legislación existente, abarcando todo el espectro del sistema judicial y fiscal.

Este mecanismo tiene el potencial de mejorar significativamente la calidad de la legislación. Al recibir información directa de quienes aplican las leyes en la práctica, el Congreso puede identificar y abordar de manera más eficiente los vacíos y defectos en el marco legal. Este enfoque podría llevar a un proceso legislativo más informado y receptivo a las realidades prácticas del sistema legal.

Sin embargo, esta disposición también plantea retos importantes. Uno de los más evidentes es el riesgo de sobrecarga de información. El Congreso podría verse abrumado por la cantidad de informes y recomendaciones provenientes de todas las instancias judiciales y fiscales. Procesar y actuar sobre toda esta información de manera efectiva requeriría recursos y estructuras organizativas significativas.

Otro reto es el potencial de politización del Poder Judicial. Al obligar a los jueces y fiscales a informar sobre defectos en la legislación se corre el riesgo de que estas opiniones sean interpretadas o utilizadas de manera política, comprometiendo potencialmente la percepción de imparcialidad del Poder Judicial.

Además, la implementación efectiva de este mecanismo plantea sus propios desafíos. Garantizar que estos informes se traduzcan en acciones legislativas

480 Ehrlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho Libre, en Escritos sobre sociología y jurisprudencia) Marcial Pons, 2005, p. 57.

481 Bobbio, Norberto. *Teoria della Scienza giuridica*. Giappichelli, 1958, p. 215.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

concretas requeriría un compromiso sostenido por parte del Congreso y una cultura política que valore genuinamente esta forma de retroalimentación institucional.

En términos de separación de poderes, esta disposición representa un enfoque más fluido y colaborativo. Mientras que la doctrina clásica de separación de poderes enfatiza la independencia y el aislamiento relativo de las ramas del gobierno, esta norma reconoce la necesidad de un diálogo continuo y estructurado entre ellas. Este enfoque refleja una comprensión más moderna y dinámica de la gobernanza, donde la experiencia práctica del Poder Judicial informa directamente el proceso legislativo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tercera parte

Imposición de la Condecoración Vicente Morales y Duárez por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Lima al doctor Mario Castillo Freyre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tercera parte

Imposición de la Condecoración Vicente Morales y Duárez por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Lima al doctor Mario Castillo Freyre (acto realizado en el Auditorio José León Barandiarán, el miércoles 25 de octubre de 2017 a las 6:30 pm)

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Recibimos la presencia del gran maestro del Derecho, Mario Castillo Freyre.

Señoras y señores, saludamos y recibimos la presencia del señor Decano de esta ilustre, noble y bicentenaria institución y Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, el doctor Pedro Angulo Arana.

Señoras y señores, muy buenas noches. El Colegio de Abogados de Lima, ilustre, noble y bicentenaria institución, los recibe el día de hoy con beneplácito, con motivo de darse inicio en breves momentos en este recinto de la juridicidad, el Auditorio José León Barandiarán, a la imposición de la máxima condecoración de nuestra institución, la Orden Vicente Morales y Duárez, al gran maestro y abogado de reconocida trayectoria profesional y académica, el doctor Mario Castillo Freyre, a quien le renovamos nuestro cordial saludo con un fuerte y caluroso aplauso.

En esta especial ocasión se han hecho presentes distinguidas personalidades del sector público y también del ámbito privado.

Debemos saludar, señoras y señores, la presencia de un gran jurista y patricio de la República, el señor doctor Luis Bedoya Reyes.

Una distinguida dama peruana se encuentra con nosotros también esta noche en el estrado de honor, exdecana de esta ilustre orden. Vamos a saludar la presencia de la doctora Delia Revoredo Marsano.

Debemos saludar la presencia, igualmente, del señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, el señor doctor Ernesto Álvarez Miranda. Gracias por su presencia, estimado doctor, esta noche.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Saludamos la presencia de un distinguido maestro universitario, asimismo Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, el señor doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena. Aplausos para el maestro.

Nuestro cordial saludo en el estrado de honor al señor Vicedecano de esta ilustre orden, el doctor Jorge Luis Gonzales Loli.

A todos ustedes, una vez más, gracias por su presencia esta noche, en el Auditorio José León Barandiarán.

Señoras y señores, damos inicio a esta sesión solemne entonando las sagradas notas del Himno Nacional del Perú.

Señoras y señores, recibimos palabras de bienvenida a cargo del señor Vicedecano del Colegio de Abogados de Lima, el doctor Jorge Luis Gonzales Loli.

Adelante, maestro.

Jorge Luis Gonzales Loli (Vicedecano de la Orden): Estimado doctor Mario Castillo Freyre, que hoy día recibe la condecoración Vicente Morales y Duárez; señor Decano, ilustres juristas que integran la mesa de honor, señores familiares del homenajeado, estimados colegas, señoras y señores.

Quiero, simplemente, a modo de presentación de este evento, señalar la alegría que tiene el Colegio de Abogados de contar entre sus miembros con una persona con los méritos, con la trayectoria, con la versación académica, con el compromiso cívico, con los valores democráticos, y con la sencillez y amabilidad que nos brinda a diario el doctor Mario Castillo Freyre.

Cuando en la Junta Directiva tuvimos a considerar esta distinción, no hubo ninguna duda, fue unanimidad, y más bien decir que nos hemos demorado, decir que nos honra tener en este Colegio y demostrar que esta tradición que comienza con Vicente Morales y Duárez, quien a la sazón fue inspirador de la Constitución de Cádiz, fundador de este Colegio, que lleva una tradición que sigue con Francisco García Calderón, que es la otra gran condecoración que tenemos, un patricio peruano, que luchó en la guerra con Chile, presidente, cuando vinieron las horas más amargas del Perú, y que demuestra que en toda la trayectoria del Colegio de Abogados están presentes los valores de la democracia, la lucha por el Perú, el patriotismo; pero en Mario, y permítanme tutearlo, se da no sólo el compromiso académico, no voy a referirme a sus innumerables obras académicas, la lectura de todos los títulos, más de cincuenta obras, ciento cincuenta artículos, sus doctorados, cuestiones honorarias, su trayectoria como árbitro, tantas cosas que exhibir, yo sólo quería, y

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo va a hacer, por supuesto, de mucho mejor manera, el doctor Luis Bedoya Reyes, un patricio que hoy día nos honra con su presencia, y el doctor Zolezzi.

Pero Mario siempre ha tenido un compromiso también con su Colegio. Nunca ha dejado que el tema académico, el éxito profesional, lo aleje de este Colegio de Abogados. Y a similitud de su maestro, Felipe Osterling, en cuya memoria, y que seguramente acá también está presente, como lo está en ese monumental tratado que realizaron juntos, y que es una obra que representa esa inspiración de los valores que representa este Colegio.

Él fue Decano del Colegio, compartió con usted una trayectoria académica, nos dio un ejemplo de vida, a quienes tuvimos el honor de conocerlo, y seguramente en este momento sabe que usted, en las comisiones ejecutivas, en la *Revista del Foro*, en cada momento en que el Colegio de Abogados ha necesitado un apoyo, una orientación, una palabra sabia, ha estado, como lo está ahora defendiendo nuestro patrimonio en una injusta causa que tenemos en el Palacio de Justicia —como será más temprano que tarde, la justicia nos tendrá que dar la razón—, y que usted, silenciosamente, defiende.

En esa espina vertebral que usted dice del Derecho Civil, sumado con el Derecho Constitucional, con el arbitraje, con su colección, su *Biblioteca de Arbitraje*, su *Biblioteca de Derecho*, y tantas cosas que decir.

Pero ¿sabe qué? Acá el Colegio y la directiva se enorgullecen, porque cada vez que se incorporan nuevos abogados, yo les digo, hay algunos que fastidian, que hacen daño, pero hay tantos para admirar, y tantos ejemplos por seguir.

Y porque hay ejemplos como usted, en lo ético, en lo moral, en lo democrático, porque, eso sí, un abogado, sobre todo, es un demócrata, con la trayectoria de quien hoy día quien preside esta mesa, que es una lección de vida para el Perú.

Gracias por aceptar esta condecoración. Gracias por ser abogado del Colegio de Abogados de Lima. Gracias por lo que ha dado al Perú.

Honor al mérito.

Bienvenidos a esta ceremonia.

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Señoras y señores, discurso de presentación. Palabras alusivas a nuestro homenajeado, a cargo del distinguido jurista, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena.

Lorenzo Zolezzi Ibárcena: Señor doctor Pedro Angulo Arana, Decano del Colegio de Abogados de Lima, señor doctor Luis Bedoya Reyes, señor doctor

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mario Castillo Freyre, señoras y señores que nos acompañan en la Mesa de Honor, damas y caballeros.

En primer lugar, deseo felicitar al Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y en especial a su Decano, por la feliz iniciativa de hacer uso de uno de los mecanismos con que cuenta para realzar la importancia del Derecho en la sociedad y premiar a sus más ilustres representantes.

Me refiero a la condecoración Vicente Morales y Duárez, que en breve lapso ha sido conferida a tres destacadísimos académicos de mi casa de estudios. Se trata de los doctores César Fernández Arce, César Delgado Barreto y, en esta ocasión, del doctor Mario Castillo Freyre.

Deseo, para empezar, colocar una de las principales aportaciones del doctor Mario Castillo Freyre al Derecho en una perspectiva histórica. Me refiero a su producción doctrinaria y pido vuestra licencia para remontarme a una época bastante remota. Lo hago porque creo que Mario tuvo siempre muy en claro que una de las características de su obra debía ser la elevación al plano genérico por encima del casuismo, tal como lo hicieron los glosadores cuando empezaron a estudiar el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

Cito en este punto el magnífico libro del jurista mexicano Rolando Tamayo y Salmorán titulado *La Universidad Epopeya Medieval*. En él nos dice:

> La ciencia de la jurisprudencia no tomaría paso firme sino hasta el advenimiento de la Escuela de Bolonia. La escuela nace a finales del siglo XI por obra de un simple maestro de artes liberales, Irnerio, nacido en 1055, presuntamente fallecido en 1130. El genio de Irnerio se revela por una triple intuición. Uno, dar al estudio del derecho un carácter autónomo, que la enciclopedia del saber medieval no le reconocía. Dos, estudiar el derecho de Justiniano en los textos genuinos, haciendo a un lado los extractos y los epítomes. Y tres, establecer el significado verdadero de la compilación Justinianea y llevar a la práctica un ordenado y completo *Iuris Civilis*. (p. 31)

Irnerio funda así la escuela boloñesa de los glosadores, a la que siguieron otras corrientes, como la de los posglosadores o comentaristas, entre los que llegaron a destacar Acursio, Cino de Pistoia, Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldi.

Los juristas de nuestros días, nos dice Tamayo y Salmorán, encontrarían difícil de creer que los textos romanos fueran casuísticos y poco abstractos. Normalmente, un jurista encuentra implícito en esa enorme cantidad de disposiciones jurídicas un complejo sistema de conceptos abstractos. Esto,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

indudablemente, es cierto; sin embargo, es más bien resultado de la herencia medieval, cuya jurisprudencia reformuló y remodeló la compilación justinianea.

Fueron los juristas medievales los que crearon, por ejemplo, una doctrina del contrato, a partir de los diferentes tipos de contratos romanos; una doctrina de la representación, a partir de los diferentes mandatos; etc.

Esta es una primera preocupación en la obra de Mario Castillo, elaborar una doctrina jurídica que tenga como finalidad deshacernos de la casuística que desnaturalice el trabajo de los abogados y brindarnos herramientas conceptuales, genéricas, racionales con las cuales operar las múltiples situaciones que se aglutinan alrededor de cualquier trama humana.

Poco se sabe, por ejemplo, que con anterioridad al Código Civil alemán de 1896, que entró en vigencia en 1900, el famoso *BGB*, hubo en Alemania el Código de Federico II el Grande, conocido como *ALR*, que contaba nada menos que con dieciséis mil artículos, cultivando una infinita casuística, en palabras de Carlos Ramos.

Un segundo problema al que se enfrenta la obra de Mario Castillo es la relación entre Derecho y política. Fue el marxismo clásico el primero en sostener lo siguiente: «El comunismo no significa la victoria del derecho socialista, sino la victoria del socialismo sobre cualquier derecho, desde que, con la abolición de las clases, con sus intereses antagónicos, el derecho se extinguirá gradualmente».

La frase, que fue enunciada en 1927, pertenece nada menos que a P. I. Stushka, presidente entonces de la Corte Suprema de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Esta cita la he tomado del libro de Harold Berman, que se llama *Justice in the U. S. S. R.* del año 1963. Tomo de la misma fuente una frase de E. B. Pazucanis, extraída de una conferencia dictada por éste en 1930: «La legalidad revolucionaria es para nosotros un problema 99 % político».

Disolver el derecho en la política sería una circunstancia atroz, porque lo privaría de sus funciones esenciales, entre las que destaco la protección de los individuos frente al propio Estado, la proscripción de la arbitrariedad y el establecimiento de la certeza.

La obra de Mario Castillo, recusando también esta manera de crear y aplicar el derecho, que Max Weber denominó racional sustantiva, es más bien del tipo racional formal, es decir, y cito a Weber, «que las características jurídicamente relevantes hayan sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAVRE

a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas» (WEBER, Max. *Economía y sociedad*, tomo 1, p. 511).

He querido hacer esta introducción para que se entienda el sentido y las líneas maestras de la extensa e intensa producción intelectual del doctor Mario Castillo. Menciono a continuación algunas de sus obras:

Los contratos sobre bienes ajenos, Concytec, mayo del noventa, 415 páginas.

El bien materia del contrato de compraventa, Fondo Editorial de la PUCP, 1992, 489 páginas.

El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta, Fondo Editorial de la PUCP, 1993, 648 páginas.

El *Tratado de las obligaciones*, en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi y editado por el Fondo Editorial de la PUCP. Volumen 16, tomo 1, 504 páginas; Volumen 16, tomo 2, 533 páginas; Volumen 16, tomo 3, 563 páginas; Volumen 16, tomo 4, 542 páginas; Volumen 16, tomo 5, 515 páginas; Volumen 16, tomo 6, 616 páginas; Volumen 16, tomo 7, 521 páginas; Volumen 16, tomo 8, 541 páginas; Volumen 16, tomo 9, 667 páginas; Volumen 16, tomo 10, 518 páginas; y continúa hasta el volumen 16, tomo 16.

También tiene un *Tratado de la teoría general de los contratos*, en coautoría con Pierre Martín Horna, editado igualmente por el Fondo Editorial de la PUCP. Más una serie de libros en coautoría por Ricardo Vázquez Kunze, Verónica Rosas Berastain, Rita Sabroso Minaya, Pedro Richter Valdivia y Laura Castro Zapata.

Continúo con obras de autoría individual: *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada. Análisis del funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos*, Fondo Editorial de la PUCP, 4 tomos.

Tratado de la venta, Fondo Editorial de la PUCP, 6 tomos.

Tratado de los contratos típicos, 3 tomos, Fondo Editorial de la PUCP.

Comentarios al contrato de compraventa, editado por Gaceta Jurídica.

Arbitraje y debido proceso.

El arbitraje en las distintas áreas del Derecho.

Entre el Derecho Civil y el arbitraje.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil a través de sus modificaciones. Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación.

Y me detengo en este punto, pues requeriría mucho tiempo para enumerar sus 67 libros y 235 artículos publicados hasta la fecha por el doctor Mario Castillo Freyre.

El doctor Castillo es en la actualidad el gran teórico del Derecho Civil peruano y, como tal, su destino es el de ser un maestro universitario y un académico reconocido, pues es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

Si se me permite ceder a una tentación de mal gusto y decir una palabra sobre mi persona, debo mencionar que tan pronto fui elegido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en 1993, uno de mis primeros actos de gobierno fue coordinar con el jefe del Departamento Académico de Derecho para que se proceda a la contratación del doctor Castillo Freyre como catedrático de Obligaciones y Contratos.

A partir de ese momento ha desarrollado una carrera meteórica, habiendo alcanzado la cúspide de la misma al ocupar una plaza de profesor principal. También es docente de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y lo ha sido de la Universidad de Lima. Actualmente, es Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Pero la labor de un jurisconsulto, para ser cabal, requiere el ejercicio constante del derecho, la lucha por el derecho. En este sentido, el doctor Mario Castillo ejerce la abogacía en el Estudio jurídico que lleva su nombre, Estudio Mario Castillo Freyre, donde se desempeña en las áreas de Derecho Civil y arbitraje.

Vale entonces, para concluir esta presentación, una cita del ilustre jurista mexicano Ignacio Burgoa Orihuela, quien dice:

> En el jurisconsulto se encarna la síntesis teórico-pragmática del derecho y de su cultura. Sin la sabiduría jurídica o jurisprudencia que sólo se adquiere con el estudio, el practicante del derecho nunca podrá elevarse al rango de jurisconsulto. Y sin la experiencia vivencial del derecho, el teórico será un estudioso a quien le falta esa vivencia, fuente imprescindible del conocimiento que se afina, perfecciona y amplía con el estudio científico.
>
> Desde el punto de vista epistemológico, el jurisconsulto es, por ende, la síntesis aludida, cuyos elementos formativos, la teoría y la praxis, se eslabonan inescindiblemente. La ausencia de alguno de ellos impide la integración de la noble calidad del jurisconsulto, que no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> es sino [y aquí hago una pequeña atingencia para recalcar una definición que se le aplica perfectamente a Mario, dice] el ser humano que mediante la sabiduría del Derecho pone su razón, su voluntad, su fe y su emoción al servicio de lo que honesta y sinceramente cree justo y recto.

Bien merecida entonces la condecoración Vicente Morales y Duárez que esta noche le otorga el ilustre Colegio de Abogados de Lima al jurisconsulto doctor Mario Castillo Freyre.

Muchas gracias.

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Bien señoras y señores, debemos anunciarles que está con nosotros también en el estrado de honor un distinguido maestro universitario, exdecano del Colegio de Abogados de Lima y alto representante de la Escuela del Derecho Penal en el Perú, el doctor Mario Amoretti Pachas.

Las palabras alusivas a nuestro homenajeado a cargo del gran maestro doctor Luis Bedoya Reyes.

Luis Bedoya Reyes: Caminar sí puedo. No sé si hablar bien.

La verdad, la verdad, cuando Mario me pidió que me ocupara unos minutos no tenía la menor sospecha de la cantidad de páginas que había escrito a lo largo de su vida. Más de doscientos artículos publicados en el Perú y en el extranjero, perfectamente sintetizados por quien me ha precedido el uso de la palabra, que a Dios gracias me libera de cualquier discurso académico, porque a la hora que uno quiere penetrar en esta selva jurídica, realmente se extravía.

Por eso acepté el encargo con mucho gusto, pero a la hora de buscar biografía, ¿bueno, de qué me ocupo con Mario? ¿Qué digo de él? Porque no me voy a ocupar de su obra. Y la verdad es que, por más que busqué, no encontré.

Hay una vieja leyenda, en cuya virtud cuando un hombre tiene talento, lo primero que hay que averiguar es si lo heredó. ¿Te asomó a ti solo? ¿Te viene por ley normal en la herencia?

Bueno, me puse a indagar por ahí y descubrí que el talento de Mario tiene sus orígenes en el abuelo. El abuelo es un personaje extraordinario que nos tocó conocer muy de cerca a quienes ya vivíamos en la década de los años treinta a cuarenta. Juan Lino se llamaba tu abuelo, Juan Lino Castillo. ¿En qué momento entra en la historia?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cuando se va a enfrentar los iniciales resultados de la Segunda Guerra Mundial, que comienza el treintainueve y termina el cuarentaicinco, hay necesidad de reajustar totalmente todo el sistema tributario, porque se producen, quizás mucho más que en la Primera Guerra, las utilidades sobredimensionadas, que origina que el Estado, en razón de que se está ganando, no por mérito propio, sino en razón de la circunstancia, la guerra, la guerra internacional, los exportadores ganaban sobre utilidades.

¿A quién ponen al frente de este toro que va a ser atacado por el universo de los exportadores? A Juan Lino. Juan Lino termina siendo una autoridad de primer nivel en todo lo que se refirió al reajuste tributario de los años finales de la década del treinta e iniciales del cuarenta. Originó respeto en todos, resolvió los problemas con gran tranquilidad, equilibrio y sabiduría, reconocido por todos.

El retrato de Juan Lino lo tienen en su hijo que está por acá. Juan Lino era más chatito todavía, pero hay una sabiduría extraordinaria. Este hombre recibió el respeto y el respaldo de la gente, a pesar de que era prácticamente una especie de sancionador del hecho de ganar más, no por acto propio, sino por acto ajeno. Entonces dije, ¡ahí estate, de ahí te viene!

Entonces, no es un problema que recién aparezca en ti. Es un problema que has heredado. Enseguida uno dice, bueno, pero... ¿Cuántos hay que heredan talento? Y de repente no lo descubren o lo usan mal. ¿Quién ha sido el vehículo, el instrumento que puso en movimiento ese talento que era simplemente una acumulación de opciones, mas no una realidad plasmada?

Entonces, ahí sí yo tuve que valerme de maña para conocer la historia, la historia real. Y le pregunto a nuestro buen amigo Mario. ¿Cómo fue tu vida inicial en el colegio? ¡Ah! Me dijo. Mi mamá. ¡Mi mamá! Fíjense la fuerza que tiene la familia. Mi mamá, me tomaba la lección todos los días, y tenía que darle la explicación de los conocimientos que tenía que afirmar al día siguiente de la clase, cuatro veces al comienzo y cuatro veces al final. Es decir, un rastrillo de primera. Es ahí donde se forja el hábito. ¿Saben cómo lo traduce? Le digo, oye, pero, me imagino que barrías con todos. Bueno, eso sí. En los diez años que he estado en la Recoleta, era el número uno en mi clase. Los diez años de escolaridad. ¡Qué tal repetición! Pero en verdad, la máquina se puso a trabajar de acuerdo con ciertas normas y avisos que crean escuela y personalidad.

Ya en la universidad no va a recurrir a su mamacita. Desde los últimos años de secundaria, se fue emancipando. Uno dirá, bueno, pero ¡Seriote, tranquilo, solemne! Mataperro y palomilla como cualquiera. Con muy buenas calificaciones en la universidad. Y en la universidad actuaba dinámicamente. Veo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que de repente está en la Federación de Estudiantes correspondientes a la Facultad de Derecho de la Católica. Llega a presidir la Federación de Estudiantes.

¡Algo más! Cuando se trata de integrar con un estudiante el Consejo Directivo de la facultad, lo designan. O sea que el conocimiento siguió cogiendo prestigio, haciéndose famoso. Y no era el muchacho palomilla quien estaba representando a la facultad, era el estudioso chancón que había obtenido casi siempre las mejores y más altas notas.

Este es el homenajeado de hoy. Grande el que me dijo algún día: si te encuentras con un hombre de talento a quien se va a homenajear, pregunta por sus antepasados, porque siempre hay uno que se roba todos los genes. ¡Los de tu abuelo te los has robado tú!

Uno piensa entonces, bueno muy bien, ¿y cómo le ha ido en la vida? Ahí sí me asusté. Admiro el caso de mi colega que ha comenzado con un discurso, porque le ha encontrado incluso la calificación y la ubicación al pensamiento de este jurista expresado en multitud de hombres, multiplicados por todos lados.

A mí me tocó, cuando estudiaba, recibir lecciones de Derecho Civil de dos hombres: uno había sido maestro del otro, pero el alumno terminó siendo maestro del maestro. Ángel Gustavo Cornejo y José León Barandiarán, los primeros tratadistas del Derecho Civil, haciendo el análisis completo del Código Civil.

El trabajo que hicieron los dos fue extraordinario. Yo recuerdo, porque me unió muy cercanamente el aprecio y el respeto, las clases de ambos, porque me tocaron en San Marcos. Fatalmente, en el caso de Cornejo, don Ángel Gustavo, ya anciano, le tocó el Derecho Penal, y a don Pepe, en cambio, le tocó el Derecho Civil. Y hay una anécdota de él, porque era un poco aturdido en razón de que siempre estaba conectado con su tema, pasaba por distraído... ¿no? Se independizaba bloqueando, a los efectos de seguir sus formas, su pensamiento, su vida y sus deseos, sin necesidad de estarse protegiendo o autoprotegiendo. Pero eso sí, todo tiene un límite.

Recuerdo que había, cada vez que entraba don Pepe a dictarnos clase en el primer curso de Derecho Civil, y me he acordado a lo largo de lo que he leído en el caso de Mario, de una anécdota que está traducida por muchos que la han escuchado, pero no la vivieron. Mi promoción sí la vivió, porque fue el primer año que nos tocaba Derecho en la reapertura de San Marcos del año treintaiséis, y habíamos llegado a Derecho en el año treintaiocho. Don José era la máxima autoridad de exposición de conocimiento y de respeto de los alumnos. Pero era realmente un hombre que vivía su propia vida.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En San Marcos, cuento lo que viví. El pizarrón. La acción pauliana. A, C, B y, entonces C... Llegó un momento en que se ocupó íntegramente la pizarra que estaba a la espalda de su asiento. Borró y siguió. Pero como estábamos en invierno, el polvillo, además, lo obligó a estornudar. Mal momento. Sin darse cuenta, cogió la mota y se la pasó. Carcajada como ahora. ¡Asombro! Y del asombro a alguien se le ocurrió aplaudir. Y todos aplaudimos. No sabíamos por qué aplaudíamos. Pero era la expresión del respeto frente a la actitud y situación del catedrático.

Ese respeto natural que ahora es tan difícil encontrar en las promociones de los muchachos. Eso es lo que transmitía este, conocimiento junto al respeto que los hombres teníamos por otros hombres. Y don José León Barandiarán era realmente en ese momento la estrella en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos. ¿Es el único? No. Ha habido profesores de primera línea, pero ninguno ha llegado a producir como tú. ¡Qué barbaridad! Solamente de mirar el índice uno dice, ¡pero éste no ha tenido tiempo para otra cosa! ¡Esta es la realidad, pues!

Entonces cuando me insiste, doctor unos minutitos nomás, dije, ¡unos minutitos para tantas horas que te has ocupado tú! ¿De dónde me va a salir la capacidad de síntesis que puede entretener? ¡Imposible!

Felizmente hay un personaje dentro de su aproximación que realmente merece un libro aparte de análisis. El cincuenta por ciento de las obras de peso, comenzando por la más importante, que es el *Tratado de las obligaciones*, las hace en compañía de Felipe Osterling Parodi, ¡notable jurista!

Todas esas obras, las trabaja acompañado de Felipe Osterling. Dicen que él tenía el peso grueso, según he escuchado a los muchachos. Y es que en realidad sus condiscípulos sabían todo lo que trabajaba y trajinaba, acumulando documentos que Felipe indicaba, los leían en conjunto, los interpretaban, y venía entonces su producción dentro del tratado. Lo cierto del caso es que en sus propias clases Mario se ha creado toda una ola de prestigio con respecto a su dedicación a los trabajos. Y se ha concentrado. Se ha concentrado como tantos otros hombres en el campo del Derecho. No era solamente el caso de Ángel Gustavo Cornejo, ya anciano, y de Pepe León Barandiarán.

Ahora, hace poco, ha salido la novena edición del libro de sucesiones de Ferrero Costa. ¡Novecientas páginas! Ni un solo tomo tiene novecientas de toda tu colección. Pero al mismo tiempo, uno encuentra las producciones de los profesores de los años treinta, cuarenta. Yo recuerdo que era obligatorio leer derechos reales, pero obra exclusiva... a veces, se me va la memoria, me corto y me nublo. Derechos reales...

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El texto clásico, igualito que, en el caso de Luis Echecopar García, el texto de sucesiones. Hay entonces siempre en la cátedra hombres ligados a su tema y que no se resignaban a que los alumnos tomaran apunte de sus clases para repetirlas después, sino que editaban los trabajos de su investigación, que tenían un solo defecto, el riesgo de que se sujetaran a ese tipo de interpretación durante todos, varios años seguidos, con lo cual la base fundamental del profesor, que es la renovación, al otro lado, se pone en repitente, en vez de cognoscente.

Por eso, la obra muchas veces liquida la capacidad productiva del hombre que, en cambio, innovando permanentemente en la cátedra, tiene el respeto y el conocimiento mayor de sus alumnos con respecto a la materia que explica.

Yo creo que Mario ha escrito casi el setenta por ciento de sus obras en compañía de alguien. ¿Por qué? Eso sí no lo sé. Que él ha sido el que apuntala, el que maneja, el que dirige, el que lee, el que investiga, el que propone. Sí. ¿Hasta dónde colabora su socio? No sé. Pero que siempre ha tenido el acierto de ser así, también.

Tiene otra virtud Mario. Mario no cedió a la tentación de matricularse en un Estudio grande. Creó su propio Estudio. Y en su propio Estudio, sus practicantes se transforman después en sus abogados auxiliares. Y ha creado dos escuelas. La del Derecho Civil y la del arbitraje. Con una cosa muy sintomática. De la relación, desde sus 220 artículos, a partir del 100 comienza a tratar el arbitraje. Y en realidad, se dedica la otra mitad más reciente, a los capítulos del arbitraje, en los cuales, en su propio Estudio, edita, trabaja y edita, los tratados con respecto al arbitraje. Tal como él se da en las escuelas modernas y en el Derecho renovado.

Por eso, antes de seguir yo, porque si no, origino la fatiga, una felicitación, Mario, por el trabajo y la huella que has dejado.

Es claro que también te has matriculado en clubes de primera. Club Regatas Lima, Club Nacional, Club de la Unión, qué sé yo cuántos más. De la buena vida no has renunciado. De manera que te felicito doblemente, porque hay tontos que creen que el acierto mayor es pasar, además, por un hombre seco, frío, severo, alejado. No. Quien pueda vivir con la alegría normal de la existencia merece doble felicitación. Igualito que como dijo algún autor alguna vez: «Si lo bueno es breve, es dos veces bueno».

Por eso, muchas gracias y un abrazo para ti.

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Gracias al maestro Luis Bedoya Reyes por su ilustración esta noche dentro

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del marco da la ceremonia de institución de la condecoración Vicente Morales y Duárez.

Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima) Señor Oficial Mayor, sírvase dar lectura a la Resolución de Junta Directiva de fecha 26 de septiembre de 2017.

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Con la venia de la presidencia:

Colegio de Abogados de Lima, fundado por Real Cédula del Rey Carlos IV de España, de 31 de julio de 1804. Condecoración Vicente Morales y Duárez. Sesión de Junta Directiva de 26 de septiembre de 2017. La Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, considerando que es deber del Colegio expresar su reconocimiento a los miembros de la Orden que, por sus méritos o calidades personales, profesionales y académicas, han contribuido al desarrollo de la ciencia jurídica de nuestro país, a la defensa del Estado de derecho, así como también a los altos fines de la profesión de la abogacía.

Que el Colegio de Abogados de Lima, ameritando estas calidades, tiene entre sus facultades otorgar el reconocimiento institucional a las personalidades del Derecho de singular relevancia, concediéndoles la alta condecoración de la Orden Vicente Morales y Duárez.

Que el señor doctor Mario Castillo Freyre, miembro de este ilustre Colegio, es un distinguido profesional de la abogacía, y maestro universitario, doctor en Derecho, tratadista del Derecho Civil, magíster y conferenciante de reconocido prestigio a nivel internacional, árbitro e investigador, Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, autor de importantes obras jurídicas en su especialidad, y preeminente colaborador en revistas de doctrina.

Ha recibido el reconocimiento de muy prestigiosas instituciones nacionales y del extranjero afines al Derecho, entre otros merecimientos que honran también al Foro de Lima.

Que la Junta Directiva, atendiendo a la petición formulada por numerosos agremiados y con el voto unánime de los señores directivos para que se le conceda esta especial distinción al referido jurista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Estatuto, acuerda:

Expresar el reconocimiento del Colegio de Abogados de Lima, ilustre, noble y bicentenaria institución, otorgándole la condecoración de la Orden Vicente Morales y Duárez, en máximo grado, al gran maestro del Derecho Civil y notable académico, doctor Mario Castillo Freyre. Distinción que le será impuesta en sesión solemne el día miércoles 25 de octubre del 2017, a las 18:30

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

horas, en el Auditorio José León Barandiarán, de nuestra sede institucional, sito en la Avenida Santa Cruz 255, Miraflores.

En la ciudad de Lima, a los 26 días del mes de septiembre del año 2017.

Firmado, Pedro Angulo Arana, Decano, Carlos Antonio Pérez Ríos, Secretario General.

Saludamos con un fuerte aplauso este reconocimiento que se procede a dar cumplimiento. Nos ponemos de pie, por favor.

El señor Decano procede a dar cumplimiento al acuerdo de Junta Directiva del 26 de septiembre del 2017.

Señoras y señores, las palabras del distinguido miembro de la Orden Vicente Morales y Duárez, doctor Mario Castillo Freyre. Adelante.

Dr. Mario Castillo Freyre:[482]

Señor doctor Pedro Angulo Arana, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima,
Señor doctor Jorge Luis Gonzales Loli, Vicedecano de la orden,
Señores miembros de la Junta Directiva,
Señores ex Decanos doctora Delia Revoredo Marsano y doctor Mario Amoretti Pachas,
Señor doctor Luis Bedoya Reyes, ilustre jurista,
Señor doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Señor doctor Ernesto Álvarez Miranda, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres,
Distinguidas autoridades,
Estimados colegas y amigos,

Es para mí un inmenso honor el que me hace el Colegio de Abogados de Lima al distinguirme con la medalla que lleva el nombre de don Vicente Morales y Duárez, ilustre precursor de la juridicidad en el Perú, Presidente de las Cortes

482 Discurso pronunciado en el Auditorio José León Barandiarán del Colegio de Abogados de Lima la noche del miércoles 25 de octubre de 2017. «Palabras de agradecimiento por la imposición de la condecoración de la Orden Vicente Morales y Duárez del Ilustre Colegio de Abogados de Lima». En *Entre el Derecho Civil y el arbitraje: segunda parte*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre: CARC PUCP: Universidad Católica San Pablo, 2017, vol. 50, pp. 291-297; en *Entre el Derecho Civil y el arbitraje: tercera parte*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre: CARC PUCP: Universidad Católica San Pablo: Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2018, vol. 61, pp. 249-255.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de Cádiz, redactor del estatuto fundacional del Colegio de Abogados de Lima y primer Decano de la Orden, en el año 1804.

Esta distinción me alienta a seguir en el rumbo profesional y académico trazado, contribuyendo con el medio jurídico desde la tribuna que siempre he tratado de ocupar, tanto con el desarrollo de doctrina, como con opiniones críticas acerca de diversos aspectos del Derecho en nuestro país.

Desde hace tres semanas, en que la Junta Directiva del Colegio me comunicó que había adoptado el acuerdo para distinguirme, he pensado mucho acerca del tema que abordaría esta noche.

Podría haber sido alguno de Derecho Civil o de arbitraje, áreas profesionales a las que me dedico en el ejercicio de la profesión; sin embargo, decidí hablar sobre un tema más general y preparé un discurso relativo a la institucionalidad democrática, rindiendo homenaje a don Vicente Morales y Duárez, cuyo nombre lleva la condecoración que se me otorga esta noche.

El discurso me quedó bonito, pero en verdad nunca estuve convencido de su pertinencia, pues, finalmente, si hoy se me hace un homenaje al otorgarme esta distinción, mis palabras deberían estar destinadas a agradecer a todos aquellos que, en la vida, me han permitido desarrollar, como profesor universitario, abogado e investigador.

Quiero empezar agradeciendo a todos quienes fueron mis maestros de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y nos brindaron sólidos e indelebles conocimientos.

Cómo olvidar a nuestros grandes profesores, a los que recuerdo con mucho afecto y admiración, entre ellos, César Delgado Barreto, César Fernández Arce, Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Humberto Medrano Cornejo, Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Manuel de la Puente y Lavalle y Felipe Osterling Parodi, sobre quien quiero hacer una mención especial, dado que me permitió acompañarlo en la apasionante tarea de escribir sobre Derecho de Obligaciones entre 1993 y el 2014, año en que partió de este mundo. Felipe no sólo fue para mí un gran maestro y amigo, pues debo a él mucho de lo conseguido en la academia y en la profesión.

Debo señalar que mi ingreso a la docencia no hubiese sido posible sin las personas que en las universidades apostaron por mí; comenzando por la doctora Gabriela Araníbar Fernández Dávila, quien, en 1990, siendo Presidente de la Comisión Organizadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, me permitió comenzar en la docencia, sin conocerme.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Asimismo, en 1993, apenas llegado al cargo de Decano de la Facultad de Derecho, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, aquí presente, tuvo la enorme gentileza de invitarme a dictar en mi casa de estudios, la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De igual manera, en 1998, los doctores José León Barandiarán Hart y Oswaldo Hundskopf Exebio me convocaron para ser profesor en la Universidad de Lima, en donde ejercí la docencia durante quince años.

También, quiero expresar mi gratitud a las autoridades de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en las personas de su rector, el doctor Germán Chávez Contreras, su vicerrector, el doctor Alonso Quintanilla Pérez-Wicht y el doctor Rafael Santa María D'Angelo, entonces Decano de la Facultad de Derecho, quienes me convocaron hace un año para ocupar el decanato de esa prestigiosa casa de estudios, cargo que desempeño en la actualidad.

Todo ello me permitió seguir vinculado al medio universitario y continuar con las investigaciones que había iniciado en 1986, cuando empecé a escribir mi tesis de bachillerato titulada *Los contratos sobre bienes ajenos.*

Dicha tesis la empecé a escribir siendo practicante en el Estudio Olaechea, y me corresponde en esta ocasión rendir homenaje a quien era socio principal de la firma, el ilustre abogado don Manuel Pablo Olaechea du Bois, quien siempre me brindó todas las facilidades para consultar la biblioteca de su Estudio.

El dictar en las universidades, además de obligarme a seguir estudiando y perfeccionando mis conocimientos jurídicos, me ha permitido ser profesor de 5104 alumnos de pregrado (además de quienes lo han sido en maestrías o doctorado), con respecto a quienes siento la mayor satisfacción por haber contribuido —aunque de una manera muy pequeña— a su formación jurídica; y me alegro mucho cuando los vuelvo a encontrar, ahora en el ejercicio profesional, constatando el éxito y el inmenso amor por la profesión que tienen, pero —fundamentalmente— viendo que gran parte de mis exalumnos me recuerda con cariño.

El escribir me ha permitido, además, tener un número muy grande de alumnos indirectos, es decir, todos aquellos de quienes no he sido catedrático regular, pero que han leído mis libros o artículos en sus diversos cursos universitarios; además de quienes son abogados en ejercicio y les resulta de alguna utilidad aquello que escribo.

En verdad, debo confesar, como lo recordó el doctor Bedoya, que el rigor por lo académico lo adquirí desde mis primeros años de colegio, pues mi madre, con estricta disciplina alemana, me hacía repasar las lecciones que tenía que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

rendir al día siguiente y no me podía levantar de la mesa de estudios hasta que rindiera la lección en tres o cuatro oportunidades y no cometiera error alguno.

De manera tal que, estar sentado horas de horas frente a libros siempre constituyó para mí algo normal, y cuando empecé a estudiar Derecho descubrí mi vocación por la investigación jurídica, de manera tal que realizar esa actividad siempre me resultó muy grato y nada engorroso.

Es verdad que el haberme dedicado a estos menesteres hizo que no priorizara otros aspectos de mi vida, pero no me arrepiento.

Puedo decir, a título de confesión, que no tengo una biografía muy apasionante que digamos, pero sí muy apasionada en las cosas que hago.

Así, en esta ocasión me corresponde no sólo rendir homenaje, sino agradecer a todos aquellos que me han permitido escribir, tanto a quienes han sido coautores de varios de mis trabajos académicos, como a mis editores, comenzando por el Concytec, que publicó mi primer libro; pasando por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando lo dirigía don Fernando de Trazegnies Granda, quien me abrió las puertas de la *Biblioteca Para leer el Código Civil*, en la que publiqué diversas obras durante muchos años; debiendo agradecer también a otras casas editoriales que han acogido mis publicaciones, como Palestra, Thomson Reuters, Civitas de España, así como a diversas revistas del Perú y del extranjero que siempre me han convocado para publicar artículos.

Hace algunos años, en el Estudio decidimos emprender el camino de las publicaciones, a través de la *Biblioteca de Arbitraje* y la *Biblioteca de Derecho*, cuyo impulso no hubiera sido posible si desde el principio no hubiese contado con la eficientísima colaboración de mi querida Mónica Benavides Segura y, en los últimos años, de Katya Rosales Báscones.

Dentro de estos agradecimientos no puedo dejar de mencionar a las diversas casas de estudios, colegios de abogados e instituciones públicas y privadas que han tenido la gentileza de invitarme a dictar conferencias desde el año 2000, lo que me ha permitido conocer la mayoría de regiones del Perú, haciendo una de las cosas que más me gusta, que es tener contacto con el medio académico.

Quiero mencionar también, a mis amigos y colegas del medio arbitral, con quienes trabajo desde fines del año 2001, en especial a quienes han integrado e integran los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Asimismo, el desarrollo profesional de los abogados no sería posible sin la confianza cotidiana de nuestros clientes, los de antes, los de ahora y los de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

siempre, a quienes asesoro desde el 2 de abril de 1993, fecha en la que me colegié de abogado y puse mi Estudio, el mismo que pasó a ser persona jurídica en julio del año 2000.

Y si hablo del Estudio, no puedo dejar de agradecer infinitamente a todos quienes me han acompañado y acompañan, como abogados, asistentes, practicantes y personal administrativo.

En especial, quiero mencionar a quienes hoy y desde hace muchos años comparten conmigo el ejercicio profesional: Rita Sabroso Minaya, Verónica Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita; al igual que Jessyca Orbezo Tejeda, Katherine Orbezo Tejeda, Gustavo Sánchez Huarcaya y el recuerdo entrañable de María, quien falleció hace pocos meses.

Mi infinita gratitud, también, al Colegio de Abogados de Lima, institución pionera y precursora de la República y permanente soporte jurídico y moral del Perú.

Siempre he creído en lo indispensable que son los colegios profesionales, como sociedades intermedias organizadas en un país carente de instituciones democráticas sólidas a nivel nacional; por lo que considero que es deber de todos nosotros los abogados el apoyar a nuestro colegio y aportar lo mejor a esta institución.

Ese agradecimiento lo quiero personificar en su Decano, el doctor Pedro Angulo Arana y su Vicedecano el doctor Jorge Luis Gonzales Loli, así como en todos y cada uno de los miembros de su Junta Directiva, quienes me honran enormemente al haber acordado concederme la distinción que se me impone esta noche.

Y no puedo concluir estas palabras, sin expresar mis sentimientos más profundos para mi familia, comenzando por el recuerdo entrañable de mi madre Ana Freyre Schölz y de mis abuelos César Freyre de la Quintana, Ana Schölz Zegarra y Juan Lino Castillo Vargas; además de mi padre, don Juan Cancio Castillo Vásquez, aquí presente; y, claro está, de mi amada esposa Laurita y de mi pequeño —y casi clon— Mario Eduardo.

Muchas gracias.

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Grandes aplausos para nuestro homenajeado, el doctor Mario Castillo Freyre.

Señoras y señores, el mensaje del señor Decano de esta ilustre Orden, el doctor Pedro Angulo Arana.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pedro Angulo Arana (Decano del Colegio de Abogados de Lima): Buenas noches a todos. Doctor Mario Castillo Freyre, homenajeado el día de hoy, doctor Luis Bedoya Reyes y doctor Lorenzo Zolezzi, quienes han presentado a nuestro homenajeado. Doctora Delia Revoredo y doctor Mario Amoretti, exdecanos de la orden. Doctor Ernesto Álvarez Miranda, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Doctor Jorge Gonzales Loli, Vicedecano de la Orden, miembros de la Junta Directiva, colegas que son profesores de distintas universidades que nos acompañan el día de hoy, colegas, amigos todos.

Para el Colegio de Abogados de Lima, para esta Junta Directiva, ha sido algo sumamente importante destacar, reconocer y agradecer la trayectoria de distintos colegas a los cuales les hemos entregado la medalla, tanto Morales y Duárez, como también García Calderón, en función de la trayectoria, en función del ejemplo que dejan para otros colegas, y además como un estímulo también en las personalidades jóvenes, porque todavía tienen mucho que dar.

Si bien hemos escuchado cuánto nos está dejando el doctor Mario Castillo Freyre, estamos seguros de que, con la juventud que tiene, con el ímpetu, probablemente nos va a dejar mucho más. Y eso para bien de todos nosotros, del país y de los nuevos abogados que se están forjando en las distintas universidades.

Nosotros simplemente les agradecemos el hecho de haber acudido hoy, porque con su presencia han realzado más esta ceremonia.

Muchas gracias.

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): Señoras y señores, con las palabras del señor Decano, ha terminado esta ceremonia.

Señores, por una Patria firme y feliz por la unión de todos los peruanos.

¡Viva el Colegio de Abogados de Lima!

Público asistente: ¡Viva!

Gabriel Pita Martínez (Oficial Mayor del Colegio de Abogados de Lima): ¡Viva el Perú!

Público asistente: ¡Viva!

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía general

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía general

Acedo Penco, Ángel. «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia». En *Ann. Fac. Der. U. Extremadura*, 1996, n.os 14-15.

Aguiló Regla, Josep. «Derogación, rechazo y sistema jurídico». En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 1992, n.° 11.

Aguiló Regla, Josep. «La derogación en pocas palabras». En *Anuario de Filosofía del Derecho XI,* 1994.

Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. *Normative Systems.* New York: Springer-Verlag, 1971.

Alexy, Robert. *A Theory of Legal Argumentation.* Oxford: Clarendon Press, 1989.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alpa, Guido. *I principi generali.* Milano: Giuffrè, 2006.

Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales y de consumo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Álvarez Añaños, María Ángeles (s. f.). «Poder y Estado moderno», p. 21. Disponible en: http://www.moderna.ih.csic.es/cordoba/Poder_y_Estado_moderno.pdf

Álvarez Royo-Villanova, Segismundo. «Levantamiento del velo societario: ¿Cuándo se debe aplicar?». En *Hay derecho.* Disponible en: https://www.hayderecho.com/2022/03/02/levantamiento-del-velo-societario-cuando-se-debe-aplicar/, 2 de marzo de 2022.

Alzamora Valdez, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho.* Lima: Tipografía Sesator, 1982.

Andrews, N. «Andrews on Civil Processes». En *Intersentia*, 2013, vol. 1.

Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: 2012, p. 15. Disponible en: https://colegioabogadosazul.org.ar/webfiles/recursos/FUNDAMENTOS-ANTEPROYECTO-CC.pdf

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arcos Ramírez, Federico. *La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho. De la previsibilidad a la argumentación*, 2002, pp. 191-218. Disponible en Dialnet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=756887

Ariano Deho, Eugenia. «Hacia una reinterpretación del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil: en la búsqueda de los parámetros del "interés para obrar"». En *Ius et Veritas,* 2020, n.º 60.

Arias-Schreiber Pezet, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Contratos: Parte general.* 2da. ed. Lima: Studium editores, tomo I.

Ashley, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics*. Cambridge University Press, 2017.

Atienza, Manuel. «Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho». En *Doxa,* 1985, n.º 2, pp. 223-229.

Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

Avendaño Valdez, Juan Luis. «El interés para obrar». En *Thémis*, 2010, n.º 58.

Ayres, Ian y Robert Gertner. «Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias». En *Thémis*, 2003, n.º 47.

Barber Cárcamo, Roncesvalles. *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2020 (461/2020)*, p. 179. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-10

Basadre, Jorge. *Historia del Derecho peruano*. Lima: Studium, 1983.

Basedow, Jürgen. «The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law (August 1, 2014)». En *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 52)*, pp. 85-97, Jürgen Basedow and Knut Benjamin Pissler, eds., Mohr Siebeck 2014, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/17, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2535728

Bécar Labraña, Emilio José. «Algunas consideraciones en torno al orden público en el Derecho Civil como un concepto jurídico indeterminado». En *Actualidad Jurídica*, 2019, n.º 40.

Bellomo, Maulio. *The Common Legal Past of Europe: 1000-1800*. Washington, D. C.: Catholic University of America Press, 1995. Disponible en https://doi.org/10.2307/j.ctt4cg8mj

Berman, Paul Schiff. «From International Law to Law and Globalization». En *Columbia Journal of Transnational Law,* vol. 43, n.º 2, 2005.

ARTURO MARIO CASTILLO FREYRE

Bernal Fandiño, Mariana. «La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato». En *Espaço Jurídico,* 2011, vol. 12, n.º 2.

BGer (*Bundesgericht*), 2017. 4A_525/2017. Disponible en https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F09-08-2018-4A_525-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&

Bianca, Massimo. *Diritto civile. Il Contratto.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, tomo III.

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2015, 6th ed.

Blackstone, William. (1765-1769). *Commentaries on the Laws of England.* Oxford: Clarendon Press.

Bobbio, Norberto. «Des critères pour résoudre les antinomies». En *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., coll. «La pensée juridique moderne», 1998.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho.* Madrid: Debate, 1991.

Borda, Alejandro. *La teoría de los actos propios.* Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2000, p. 53.

Born, Gary B. *International Commercial Arbitration.* La Haya: Kluwer Law International, 2014, 2nd ed.

Brunet, Pierre. «Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes. L'architecture du droit». De Béchillon, Denys ; Pierre Brunet, V. Champeil-Desplats y E. Millard (coords.). *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. Études.* París: Económica, 2006, pp. 207-221.

Buckland, W. W. y P. Stein, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian.* Cambridge: Cambridge University Press, 1963.

Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales.* Lima: Palestra, 2010.

Bundesministerium der Justiz. *Zivilprozessordnung*, 2023. Disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/

Burgorgue-Larsen, Laurence y Amaya Úbeda de Torres. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

Canaris, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz.* Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

Cappelletti, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad.* Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

LETICIA CASTILLO REYES

Cappelletti, Mauro. «Acceso a la justicia». En *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1984, n.° 41.

Cappelletti, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

Carbonell, Miguel y Eduardo Ferrer-McGregor. «Artículo 14». En *Derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones*. Ciudad de México: Porrúa, 2016, Sección III, vol. VI, p. 795. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/17.pdf

Carbonnier, Jean. *Droit civil: Introduction*. París: Presses Universitaires de France, 1994.

Carrillo de la Rosa, Yezid y Ahneyenzy Carrillo Velásquez. «El pensamiento iusnaturalista y la interpretación jurídica». En *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2014, vol. VI, n.° 12.

Cassasa Casanova, Sergio. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

Castillo Freyre, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores, 2005.

Castillo Freyre, Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores, Garrigues Cátedra, Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico, Segunda Edición, 2017.

Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones Académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano,* Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2020, vol. n.° 72.

Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2022.

Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «La teoría de los actos propios y la nulidad ¿Regla o principio de Derecho?». En *Revista Jurídica del Perú*, diciembre de 2008, n.° 94.

Castillo Freyre, Mario con la participación de Giannina Molina Agui. *Prescripción y caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2025.

Castillo Freyre, Mario, Verónica; Rosas Berastain y Massiel Silva Santisteban Amésquita. *Contratos. Parte general*. Por publicar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CCI (Cámara de Comercio Internacional). *Reglamento de Arbitraje*, 2021. Disponible en https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo. «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines». En *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. III.

Charlin, Frédéric. «La Cour de cassation, des bonnes moeurs à la dignité humaine? Le juge dans l'histoire: entre création et interprétation du droit». En *Hall Open Science*, junio 2014, pp. 1-14. https://hal.science/hal-01927069v1

Chávez Hernández, Efrén. *El Derecho parlamentario estatal mexicano. Análisis y propuesta de reforma*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2016.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Wolters Kluwer 2019, 6th ed.

Cifuentes, Santos. *Elementos de Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel. (s.a.). «Reflexiones sobre el papel del juez». En *La cultura occidental (con especial referencia a la Argentina actual)*, p. 5. Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3282/reflexionessobreelpapeldeljuez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*, 2021. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf

Code Civil. (1804, actualizado en 2024). Légifrance. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/

Coca Guzmán, Saúl José. ¿Qué es el principio iura novit curia? *(artículo VII del Título Preliminar del Código Civil)*. Disponible en https://lpderecho.pe/principio-iura-novit-curia-titulo-preliminar-codigo-civil/

Code de Procédure Civile. Légifrance, 2023. En https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/

Codice di procedura civile. Altalex, 2023. Disponible en https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-civile

Código Civil español (1889, actualizado en 2021). *Boletín Oficial del Estado*. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cornu, Gérard. «Le règne discret de l'analogie». En *R.R.J. Cahiers de Méthodológie Juridique*, 2005, n.º 5.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* Buenos Aires: Depalma, 1958.

Damaska, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986.

David, René y C. Jauffret-Spinosi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

De Ángel Yágüez, Ricardo. «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas». Ponencia presentada por el autor en el ciclo del Plan territorial de formación de Cantabria para Jueces y Magistrados. Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Santander, 16 de noviembre de 1995.

De Castro y Bravo, Federico. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor». En *Anuario de Derecho Civil,* 1982, vol. IV.

De la Puente y Lavalle, Manuel. «La libertad de contratar». En *El Comercio*, 21 de julio de 1993, p. A-2.

De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid: Trotta, 2009.

De Trazegnies, Fernando. «La transformación del derecho de propiedad». En *Derecho PUCP*, 1978, n.º 33.

Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1958.

Delgado Barreto, César; María Antonieta Delgado Menéndez y César Lincoln Candela Sánchez. *Derecho Internacional privado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirección Académica de Investigación, 2002, tomo I.

Delgado Echevarría, Jesús. «Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad». En *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2003, n.º 17.

Demogue, René. *Traité des Obligations en général*, Tomo II: Sources des Obligations (Suite). París: Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1923, p. 598, sección 773.

Di Cagno, Augusto. «Divieto di analogia, interpretazione estensiva e disciplina penale della stampa online». En *Diritto.It* https://www.diritto.it/

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

divieto-di-analogia-interpretazione-estensiva-e-disciplina-penale-della-stampa-online/

Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona: Bosch, 1963, pp. 192-193.

Díez-Picazo Ponce de León, Luis. «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones». En *Ius Et Veritas,* 1992, vol. 3, n.° 5.

Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial.* 6ta. ed. Madrid: Thomson - Civitas, 2007, tomo I, p. 137.

Díez-Picazo Ponce de León, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil.* Madrid: Tecnos, 12.ª ed., vol. I, 2012.

Disposizioni sulla legge in generale. (1942). Altalex. Disponible en https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/disposizioni-sulla-legge-in-generale

Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977.

Eguiguren Praeli, Francisco. *¿Qué hacer con el sistema judicial?* Lima: Apoyo, 1999.

Embid Irujo, José Miguel. «Levantamiento del velo: sin prisa, pero sin pausa». En *Commenda. Grupo Investigador en Derecho de Sociedades.* Disponible en: https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/levantamiento-del-velo-sin-prisa-pero-sin-pausa/, 8 de enero 2023.

Endicott, Timothy. *Vagueness in Law.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

Enneccerus, Ludwig. *Derecho Civil. Parte general. Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos, pretensiones y excepciones. Ejercicio y aseguramiento de los derechos.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935, volumen segundo.

Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil.* Traducido del alemán por Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1953, tomo I.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Escobar Rozas, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En Gutiérrez, Walter (dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I,

Espín Cánovas, Diego. «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa». En *Anuario de Derecho Civil*, 1963, vol. 16, n.° 3, pp. 783-820.

Espinoza Espinoza, Juan. «Ejercicio abusivo del derecho». En Gutiérrez, Walter (dir.). *Código Civil. comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I.

Espinoza Espinoza, Juan. «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional». En. *Ius Et Veritas*, n.° 24.

Espinoza Espinoza, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Grijley, 2011.

EWCA (England and Wales Court of Appeal). *Araújo vs. Noorland General Trading LLC [2014]* EWHC 3745 (Comm), 2014, párrafos 28-35.

EWCA. *Mitchell vs. News Group Newspapers Ltd.* [2013] EWCA Civ. 1537. Disponible en https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/1537.html

Favoreu, Louis Joseph. «La *constitutionnalisation du droit*». En Mathieu, B. y M. Verpeaux (eds.). *La constitutionnalisation des branches du droit*. París: Economica, 2001.

Fernández Baquero, María Eva. *Procedimiento civil romano*. Granada: Universidad de Granada, 2013. Disponible en: https://digibug.ugr.es/handle/10481/27353

Fernández Sessarego, Carlos. «Prólogo». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

Fernández Sessarego, Carlos. «Defensa de la persona». En La Constitución comentada. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo I, p. 43.

Fernández Sessarego, Carlos. «Abuso del derecho». En Gutiérrez, Walter (dir.). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo II.

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las personas: Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre Derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011, p. 523.

Ferreira Rubio, Delia. *El principio general de la buena fe en el derecho civil moderno,* Tesis Doctoral inédita, Universidad Complutense, 1982.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ferrero Costa, Raúl. *El negocio jurídico*. Lima: Rocarme, 1974.

Ferri, Giovanni Batista. «Ordine pubblico-Diritto privato». En *Enciclopedia del Diritto,* 1980, tomo XXX.

Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999.

Galindo Garfias, Ignacio. «Interpretación e integración de la ley». En *Estudios de Derecho Civil*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

García de Enterría, Eduardo. «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad». En *Revista de Administración Pública*, 1956, n.º 20, pp. 69-80.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2022.

García Garrido, Manuel Jesús. *Derecho Privado romano*. Madrid: Ediciones Académicas, 2008.

García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México D. F.: Porrúa, 2002.

García Mekis, Benjamín. «La teoría del abuso del derecho: *status quaestionis*». En *Actualidad Jurídica*, 2016, n.° 35.

García Murillo, José Guillermo. «Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones». En *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, 2007, n.º 5, pp. 1-12.

Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). (1877, actualizada en 2021). Bundesministerium der Justiz, 1969. Disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/

Germain, Claire M. «Digitizing the World's Laws». En Danner, Richard y Jules Winterton (eds.). *International Handbook of Information Management*. Routlege, 2011, vol. 181.

Gil García, María Olga. «El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano». En *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano,* abril 2022, p. 190 y ss.

Gimeno Fernández, Claudia. «Las disposiciones derogatorias indeterminadas en el ordenamiento jurídico español». En *Indret*, 2021, n.° 1.

Glenn, H. Patrick. «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions». En *McGill Law Journal,* vol. 50, 2005.

Glenn, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 5th ed., pp. 125-140.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

Gómez Tomillo, Manuel. «Comentario al artículo 4 CP». En Gómez Tomillo, Manuel. (dir.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

Guastini, Ricardo. «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En Carbonell, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

Guastini, Ricardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Gutiérrez Camacho, Walter. «Economía de mercado y contratación». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

Gutiérrez Camacho, Walter. «Aplicación de la ley en el tiempo». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I.

Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

Hart, Herbert L. A. *El concepto del Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.

Helmholz, R. H. *The Spirit of Classical Canon Law*. Athens: University of Georgia Press, 1996.

Herrera, Marisa y Gustavo Caramelo. «Artículo 2». En *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina comentado*. Infojus, 2015, tomo I.

High Court of Australia. *Dupas vs. The Queen [2010] HCA 20*. Disponible en http://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2010/HCA/20

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Hogg, Peter. W. y Alisson A. Bushell. «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn›t such a bad thing after all)». En *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, vol. 35, n.° 1, pp. 75-124.

Huc, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. Tomo premier: «De la publicación, des effets et de l'application des lois; De la jouissance et

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de la privation des droits civils; Des actes de l'état civil; Du domicile; Des absents .Art. 1 al 143». París: Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, 1892.

Hunter Ampuero, Iván. «*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena». En *Revista de Derecho,* 2010, vol. 23, n.° 2.

Jestaz, Philippe. *Les sources du droit.* París: Dalloz, 2005.

Jiménez Alemán, José Alonzo. «Reflexiones teórico-prácticas en torno a la aplicación de la norma jurídica en el tiempo en el ámbito del Derecho Administrativo». En *Derecho & Sociedad*, n.° 54.

Jolowicz, J. A. «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure». En *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, n.° 2, pp. 281-295.

Jolowicz, J. A. «Modelos adversariales e inquisitivos de procedimiento civil». En *International and Comparative Law Quarterly,* 2003, vol. 52, n.° 2.

Jutras, D. «Alternative Dispute Resolution and the Quebec Civil Code». En J. C. Smith y D. N. Weisstub (eds.). The *Western Idea of Law.* Butterworths, 2003, pp. 245-255.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. «The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions». En *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n.° 4.

Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado.* Traducción de E. García Máynez. Universidad Nacional Autónoma de México. (obra original publicada en 1945).

Kelsen, Hans. *Pure theory of law.* Berkeley: University of California Press, 1967.

Lalaguna Domínguez, Enrique. *Jurisprudencia y fuentes del derecho.* Pamplona: Aranzadi.

Landa Arroyo, César. *Los derechos fundamentales.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Lapalma, Juan Carlos. «Moral y buenas costumbres: un límite poco delimitado?». En *Colección Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, 2004, n.° 1.

Larenz, Karl. *Derecho Civil. Parte general.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* Berlin: Springer, 1994.

Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho.* Barcelona: Ariel, 1994.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LASCURAÍN, Juan Antonio. «Retroactividad e irretroactividad de la ley penal: Comentario a los artículos 6 y 7 del Código Penal peruano». En *Revista Peruana de Ciencias Penales,* 2017, n.º 31

LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil.* Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo I.

LÉGIS QUÉBEC. *Code de procédure civilem*, 2023. Disponible en http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/C-25.01

LEÓN HILARIO, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». En *Themis,* 2004, n.º 49.

LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration.* La Haya: Kluwer Law International, 2003.

LOCHAK, Danièle. «Le droit à l'épreuve de bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique». En *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. «Recensión del libro: *Grundlagen und grenzen der analogie in bonam partem im strafrecht* del autor Juan Pablo Montiel». En *Teorder*, 2014, n.º 15, pp. 331-335.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general.* Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía (ed.), 1984.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo y Duncan KENNEDY. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana.* Bogotá: Legis, 2004, p. 18-19.

LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia.* Montevideo-Buenos Aires: Reus y B de f, 2005.

LÓPEZ MESA, Marcelo. «La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación». En *Universitas,* 2008, n.º 119.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *Los presupuestos procesales y la tutela judicial efectiva.* México D. F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/38.pdf

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LUHMANN, Niklas. «The Unity of the Legal System». En TEUBNER. G. (ed.). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlín: Walter de Gruyter, 1988.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lyon Puelma, Alberto. «Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?». En Corral Talciani, Hernán (ed.). *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios.* Cuadernos de Extensión Jurídica 18. Lima: Universidad de los Andes, 2010.

MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Clarendon Press, 1978.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.* Lima: Palestra, 2007.

Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil.* Traducción de la edición francesa por: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1978, segunda parte, vol. I.

Merryman, John Henry y Rogelio Pérez-Perdomo. *La tradición jurídica romano-canónica.* Fondo de Cultura Económica. Traducción a cargo de Eduardo Suárez, 2015.

Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I.

Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Traducido por Santiago Sentís Melendo. Tomo II, Doctrinas Generales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Michaels, Ralf. «Global Legal Pluralism». En Annual Review of Law & Social Science, 2009, vol. 5, n.° 1-35.

Ministry of Justice. *Civil Procedure Rules*, 2023. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil

Miquel, José María «La buena fe (II): el principio de buena fe y los principales grupos de casos». En *Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en: https://almacendederecho.org/la-buena-fe-ii-principio-buena-fe-los-principales-grupos-casos

Moisset de Espanés, Luis. *Irretroactividad de la Ley* y *el nuevo artículo* 3 *(Código Civil).* Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

Monroy Gálvez, Juan. «El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984». En *Thémis,* 1994, n.° 30.

Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil.* Bogotá: Temis, 1996.

Montalvo Abiol, Juan Carlos. «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas». En *RJUAM,* (22), 2010, tomo-II, pp. 197-222.

Montero Aroca, J. *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal frente a los poderes del juez civil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

MONTESQUIEU, Charles. *De l'esprit des lois.* Geneva: Barrillot & Fils, 1748.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo; Carlos QUISPE ASTOQUILCA y Evelyn CHILO GUTIÉRREZ. *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia.* Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2015.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual.* Buenos Aires: Ediar, 1977.

MORALES HERVIAS, Rómulo. «La causa del contrato en la dogmática jurídica». En *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.* Lima: Grijley, 2004.

MORALES LUNA, Félix. «La reforma constitucional y los derechos adquiridos». En *Derecho & Sociedad,* 2004, n.° 23.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana». En *Advocatus*, 2005, n.° 13, pp. 227-252. Disponible en: https://doi.org/10.26439/advocatus2005.n013.2795.

MURO ROJO, Manuel. «Aplicación de la ley en el tiempo». En *La Constitución comentada.* Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo II.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

NOCERINO, Raimondo. *L'analogia giuridica: Un'introduzione.* Nápoles: Pegaso-Universitá Telematica, (s.a.), p. 6. Disponible en: https://video.unipegaso.it/LMG-01/TeoGenDir/Nocerino/Analogia_Giuridica/Analogia_Giuridica.pdf

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. *Hacia un nuevo Código Civil. La Constitución de 1993 y la deficiencia el Código Civil de 1984 lo exigen.* Lima: Cultural Cuzco, 1993.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. «Inconstitucionalidad de la Ley General de Sociedades Ley 26887». En *El Comercio*, 6 de marzo de 1998, p. E-3.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. «La libertad de contratar». En *El Comercio*, 4 de agosto de 1993, p. A-2.

ÖRÜCÜ, Esin. «What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?». En *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 12, n.° 1.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Nulidad virtual. Sanción no tipificada». En *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez.* Lima: Indemsa, 2011.

PADILLA PAROT, Ricardo Andrés. «Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios». En *Revista Chilena de Derecho,* 2013, n.° 20.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Palacios Martínez, Eric. *La nulidad del negocio jurídico.* Lima: Jurista editores, 2002.

Paliwala, Abdul. *A history of legal informatics.* Zaragoza: Prensas Universitarias, Lefis Series, 2010.

Palmer, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 2nd ed.

Pásara, Luis. *Tres claves de la justicia en el Perú.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica.* Barcelona: Ariel, 1994.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* Tomo Sexto: «Las obligaciones (Primera parte)». Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural S.A., 1946.

Prado Bringas, Rafael y Orestes Zegarra Valencia. «La legitimación en el proceso civil peruano». En *Ius et Veritas*, 2018, n.º 56.

Priori Posada, Giovanni. «El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal». En *Derecho & Sociedad*, 2008, n.º 30.

Priori Posada, Giovanni. *El proceso y la tutela de los derechos.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

Puig, José. *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona: Ariel, 1951.

Ramón Ribas, Eduardo. «Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal». En *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2014, n.º 12, 3.ª época.

Ramírez Torrado, María Lourdes. «La tipicidad en el Derecho Administrativo sancionador». En *Revista Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia*, 2011, n.º 151.

Reid, Kenneth y Reinhard Zimmermann. *A History of Private Law in Scotland: Introduction and Property.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

Resnik, Judith. «Managerial Judges». En *Harvard Law Review*, 1982, vol. 96, n.º 2.

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. «Alcance y límites de la interpretación analógica». En *Prudentia Iuris,* 2015, n.º 79.

Rodríguez, Pedro Gerardo. «De nuevo, la justicia». En *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, vol. XXXII, n.º 4, cuarto trimestre.

Roppo, Vincenzo. *El contrato.* Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

Rosas Berastain, Verónica. «Análisis de impacto regulatorio: Ley de responsabilidad por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos». Tesina

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

presentada en junio de 2011 para obtener el grado Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca.

Rosas Berastain Verónica y Giannina Molina Agui. «El alcance subjetivo de la excepción de prescripción extintiva en un proceso de nulidad de acto jurídico con pluralidad subjetiva». En *La prescripción, caducidad y otras excepciones en la jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

Rosenberg, L., K. H. Schwab y P. Gottwald. *Zivilprozessrecht*, 2010, 17th ed., C.H. Beck.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, tomo I.

Rubio Correa, Marcial *El sistema jurídico: introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009.

Rubio Correa, Marcial. «El Título Preliminar del Código Civil». Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, capítulo 2.

Rubio Correa, Marcial. «La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis,* 2004, n.° 51.

Rubio Correa, Marcial. *Título Preliminar.* «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo III.

Sacco Aquino, Sabina. «La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad». En *Revista Chilena de Derecho,* 2006, vol. 33, n.° 3, pp. 479-508.

Salguero, Manuel. «Aplicación analógica de las normas y creación judicial del derecho». En *Novos Estudos Juridicos,* 2003, vol. 8, n.° 3, pp. 501-577.

Sentencia. Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería, 21/9/2011. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/aplicacion-ley-aplicacion-analogica-ley-suq0026478/123456789-0abc-defg8746200qsoiramus?&o=6&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/interpretaci%F3n%20y%20aplicaci%F3n%20de%20la%20ley/aplicaci%F3n%20de%20la%20ley/aplicaci%F3n%20anal%F3gica%20de%20la%20ley%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Local/Chubut%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia&t=31

SCC (Supreme Court of Canada). *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Quebec Inc., [2001] 2 SCR 743*. Disponible en https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1890/index.do

Schauer, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

SCHOPF OLEA, Adrián. «Las buenas costumbres en el Derecho Privado». En SCHOPF OLEA, Adrián y Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ (eds.). *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barrios Bourie.* Santiago: Thomson Reuters, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Antonio. «En torno al *ordo iudiciorum privatorum*». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1994-1995, n.º 12-13, pp. 477-504.

SLAPPER, G. y D. KELLY. *The English Legal System*. London: Routledge, 2015, 16th ed.

SOURDIN, Tania. «Judge vs. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making». En *UNSW Law Journal,* 2018, vol. 41, n.° 4.

SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow's lawyers: An Introduction to Your Future.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato.* Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. «Causales de nulidad del acto jurídico». En *Thēmis*, 1998, n.° 11, pp. 73 y 74. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 280-295.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti.* Laterza, 2009.

TARUFFO, Michele. «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa». En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2006, n.° 29.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

TÁVARA CÓRDOVA, Francisco. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Poder Judicial*. Lima: Gaceta Jurídica.

TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. París: Dalloz, 2012, 9.ª éd.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho: teoría general del Derecho*. Lima: Idemsa, 2011.

TRIGO Y SIERRA, Eduardo y María Encarnación PÉREZ-PUJAZÓN. «La última posición de la jurisprudencia sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2008, n.º 21, Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2110/documento/articuloUM.pdf?id=3129&forceDownload=true

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TWINING, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

UKHL (UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS). *Wilson vs. Jaymarke Estates Ltd. [2007] UKHL 29*. Disponible en https://publicationsarliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070530/jay-1.htm

URBINA MOLFINO, Ignacio. «Levantamiento del velo corporativo». En *Revista Chilena de Derecho,* 2011, vol. 38, n.º 1, p. 164.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Bogotá: Temis, 1990.

VAN CAENEGEM, Raoul Charles. *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

VELOSO GIRIBALDI, Natalia. «El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo sancionatorio». En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2019, n.° 36.

VÉSCOVI, Enrique. *Introducción al derecho*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.

VIALE SALAZAR, Fausto. «Legitimidad para obrar». En *Derecho PUCP*, 1994, n.º 48.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En *Tratado de Derecho Civil*. Tomos I, III: Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840.

WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2012.

WHITTY, N. R. «The Civilian Tradition and Debates on Scots Law». En *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, , 2003, n.° 2.

WOOLF, H. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*. London: Stationery Office; 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

ZUCKERMAN, A. *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*. Sweet & Maxwell, 2013, 3rd ed.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Índice general

Palabras liminares 9

Primera parte
El Derecho Civil y el ejercicio profesional

Capítulo I

El Derecho y el análisis económico

El Derecho y el análisis económico 13

Capítulo II

Cinco *tips* de Mario Castillo Freyre para ser un buen abogado civilista (entrevista)

Mario Castillo Freyre: «Civil es la columna vertebral del Derecho».
Entrevistadora: Karen Burbano 23
Armas certeras: lectura e investigación 24
Absorbe conocimientos 25
Tenga cuidado con la «superespecialización» 25

Capítulo III

La importancia del Derecho Civil en el ejercicio contemporáneo de la abogacía

1. Palabras liminares 27

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. El Derecho Civil como concepto 28
2.1. La división del Derecho público y el Derecho privado..... 29
2.2. El Derecho privado y el Derecho Civil 30
2.3. La supletoriedad del Código Civil 31
2.4. El Derecho Civil contiene las pautas que organizan la vida en comunidad 33
3. La relación del Derecho Civil con las áreas especializadas del Derecho 34
4. La relación del Derecho Civil con el Derecho público 38
5. Conclusiones 40

Capítulo IV

Los retos de la profesión y la formación de los abogados

1. Qué debe ofrecer una facultad de Derecho 44
2. La transparencia y la honestidad en el ejercicio de la profesión. 45

Capítulo V

El ejercicio de la abogacía y el arbitraje después de diversos escándalos de corrupción

1. Consideraciones generales 53
2. En lo que respecta al ejercicio profesional..... 54
3. Sorpresa, sorpresa 56
4. En lo que respecta al arbitraje 57
5. Las causas en curso 61
6. Los procesos ya fenecidos..... 63
7. Reflexiones finales 65

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo VI

Discurso de inauguración del III Encuentro de Estudiantes de Derecho Universidad Católica San Pablo

Discurso de inauguración del III Encuentro de Estudiantes de Derecho Universidad Católica San Pablo 67

Capítulo VII

La promoción Centenario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

La promoción Centenario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 71

Segunda parte

Análisis del Título preliminar del Código Civil peruano de 1984

Título preliminar

- Derogación de la ley (artículo I) 81
- Ejercicio abusivo del derecho (artículo II) 90

¿Iguales o diferentes? Análisis de la propuesta de reforma del Anteproyecto de Código Civil de 2005 94

La buena fe 98

La peligrosa teoría de los actos propios 103

El Anteproyecto del 2005 104

Nuestra posición orgánica sobre la teoría de los actos propios 109

1. Introducción 109
2. La teoría de los actos propios y la nulidad 110

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. El acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres 111
2.2. El acto jurídico en donde falte la manifestación de voluntad del agente 113
2.3. El acto jurídico nulo por objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable 114
2.4. El acto jurídico nulo por fin ilícito 117
2.5. El acto jurídico nulo por adolecer de simulación absoluta 119
2.6. El acto jurídico nulo por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad 121
2.7. El acto jurídico nulo por declararlo así la ley 122
3. Conclusiones 123
Levantamiento del velo societario 124
Fraude a la ley 137
• Aplicación de la ley en el tiempo (artículo III) 141
La aplicación de las normas en el tiempo en materia contractual..... 150
El intervencionismo del Estado en los contratos 150
1. El contrato no sólo cumple una función individual, sino también una social 151
2. Alcances del artículo 1355 155
3. El artículo 62 de la Constitución no derogó tácitamente el artículo 1355 del Código Civil 159
• Aplicación analógica de la ley (artículo IV) 173
Una verdad de Perogrullo 188
• Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico (artículo V) 191
¿Qué es el orden público? 192
El orden público y la ley imperativa 197
¿Qué significa «buenas costumbres» y qué implicancias jurídicas tiene? 200
Nulidad del acto jurídico 208
Nulidad por objeto jurídicamente imposible 210

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nulidad por fin ilícito 211
Nulidad por no cumplir con la forma prescrita bajo sanción de nulidad 216
Nulidad textual 217
Nulidad virtual 217
Ni nulo, ni válido, sino todo lo contrario… 219
• Legítimo interés (artículo VI) 221
• Aplicación de norma pertinente por el juez (artículo VII) 230
Breve contexto histórico 230
Justificación teórica 232
El principio *iura novit curia* en el Derecho peruano 233
Reconocimiento en diferentes sistemas legales 236
Aplicación práctica del principio según las áreas del Derecho 243
Limitaciones y críticas al principio 245
El principio *iura novit curia* en la era de la información 246
• Deber de administrar justicia por parte de los jueces (artículo VIII) .. 249
Fundamento histórico y comparado 249
Naturaleza jurídica y fundamento teórico del *iura novit curia* 255
Naturaleza jurídica 255
Fundamento teórico 258
Análisis del contenido del artículo VIII 261
1. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia 261
2. Por defecto o deficiencia de la ley 264
3. Deben aplicar los principios generales del Derecho 267
4. Preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano 268
Jurisprudencia relevante 270
• Aplicación supletoria del Código Civil (artículo IX) 272
Fundamento teórico 273
Límites de la aplicación supletoria 275

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Interpretación y aplicación práctica 277
Limitaciones relacionadas con su aplicación 279
• Vacíos de la ley (artículo X) 281

Tercera parte

Imposición de la Condecoración Vicente Morales y Duárez por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Lima al doctor Mario Castillo Freyre

Imposición de la Condecoración Vicente Morales y Duárez por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Lima al doctor Mario Castillo Freyre (acto realizado en el Auditorio José León Barandiarán, el miércoles 25 de octubre de 2017 a las 6:30 pm) 287

Bibliografía general 309

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en agosto de 2025, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE