

ENSAYOS SOBRE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL Y NO PATRIMONIAL

-Doctrina, jurisprudencia y análisis normativo-

Jhoni Shang Castilla Colquehuanca



JHONI SHANG CASTILLA COLQUEHUANCA

**ENSAYOS SOBRE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL Y
NO PATRIMONIAL**
-Doctrina, jurisprudencia y análisis normativo-



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas



Universidad Nacional del
Altiplano de Puno

Título:

Ensayos sobre Derecho civil patrimonial y no patrimonial
-Doctrina, jurisprudencia y análisis normativo-

Autor:

Castilla Colquehuanca, Jhoni Shang

Editado y arbitrado académicamente por doble par ciego por:

Universidad Nacional del Altiplano. Facultad de Ciencias Jurídicas
y Políticas.

Esquina Jr. Conde de Lemos, con Jr. Grau, Puno – Perú
fcjp.investigacion@unap.edu.pe

Publicación digital disponible en:

<http://fcjp.derecho.unap.edu.pe/libros/>

1ª edición digital: abril de 2023

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°
2023-03053

ISBN N° 978-612-48935-3-7

DOI: 10.56187/unap.fcjp.lib.8

Esta obra está bajo la licencia de Atribución 4.0 Internacional (CC
BY 4.0)

*A todos quienes procuran
y defienden el
conocimiento jurídico
riguroso y disciplinado,
esto es, el saber crítico
jurídico...*

“Es el tiempo, árbitro impiadoso, el que hace justicia a las teorías, a las tomas de posición, e incluso a las tendencias que se tienen por consolidadas. Las obras jurídicas requieren, por lo demás, largos años de cristalización y aclimatación para transformarse en puntos de referencia permanentes y en instrumentos de reiterados requerimientos”.

<<Guido Alpa>>

“La teoría del negocio o acto jurídico, según la doctrina que se adopte, es una de las instituciones jurídicas más elementales del Derecho Civil, a cuyo afinamiento contribuye el desarrollo idóneo de las diferentes categorías jurídicas que lo componen”.

<<j.s.c.c.>>

Índice

INTRODUCCIÓN	1
LA FIGURA QUE SUPUESTAMENTE OSCURECERÍA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: A PROPÓSITO DE LA DIFERENCIA ENTRE LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL NEGOCIO O ACTO JURÍDICO	6
1. Introducción	7
2. Acto jurídico	13
3. Negocio jurídico	18
3.1. Teoría preceptiva del negocio jurídico	21
3.2. Teoría normativa del negocio jurídico	23
4. Precisión conceptual o existencia (e inexistencia) del negocio (acto) jurídico	25
5. Invalidez	28
6. Ineficacia	33
7. Nulidad	34
8. Etapas de desarrollo del negocio (acto) jurídico	38
8.1. Primer momento.....	39
8.2. Segundo momento.....	42
8.3. Tercer momento	44
9. Diferencia entre inexistencia y nulidad	44
10. Conclusión	57
11. Bibliografía	58
LA POTESTAD DE DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS DEL JUEZ CIVIL - LA HISTORIA DE UNA INDEBIDA EQUIPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS DE LA <<INEXISTENCIA>> Y LA <<NULIDAD>>: ¿QUÉ ES LO QUE REALMENTE SE REGULÓ EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO CIVIL?	63
1. Introducción	65

2. Diferencia entre la inexistencia y la nulidad	67
2.1. Ápice sobre la diferencia abordada en la doctrina nacional y comparada.....	67
2.2. Ápice sobre la diferencia abordada en la jurisprudencia nacional y comparada	72
2.2.1. Argentina	73
2.2.2. Chile.....	76
2.2.3. Colombia	80
2.2.4. Perú	87
2.3. Nuestra explicación sobre la diferencia mencionada	88
2.3.1. Breve alcance sobre la concepción del acto o negocio jurídico.....	89
a) Dimensión teórico-conceptual del acto o negocio jurídico	93
b) Dimensión instrumental-conceptual del acto o negocio jurídico.....	93
2.3.2. Etapas o fases de desarrollo del acto o negocio jurídico.....	96
a) Primera etapa o fase de desarrollo	97
b) Segunda etapa o fase de desarrollo	102
c) Tercera etapa o fase de desarrollo	103
2.3.3. Nuestra propuesta de la diferencia entra la inexistencia y nulidad.....	104
3. Breve reseña sobre la elaboración del segundo párrafo del artículo 220 del código civil (aspecto histórico).....	107
4. La dificultad de declarar la “nulidad” de oficio por el juez civil (aspecto procesal).....	108
5. Una precisión sobre la norma jurídica y el lenguaje jurídico (aspecto analítico)	113
5.1. Norma jurídica.....	113
5.2. Lenguaje jurídico	116

6. La regulación de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico: “existencia de la inexistencia”	117
7. Conclusión	122
8. Bibliografía	123

LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD CONJUNTA-COPULATIVA Y CONJUNTA POR MAYORÍA; A PROPÓSITO DEL VIII PLENO CASATORIO

1. Introducción	130
2. Derecho y realidad	132
3. La declaración de la voluntad conjunta-copulativa y conjunta por mayoría	136
3.1. Concepto	136
3.2. Reflexión analítica sobre sus clases o tipos	139
4. Posición frente al VIII Pleno Castorio Civil	141
5. Conclusiones	145
6. Bibliografía	146

EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO VS. RESOLUCIÓN DE CONTRATO - ¿QUÉ CORRESPONDE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES?

.....	147
1. Introducción	148
2. Remedios contractuales.....	150
2.1. Por el modo de su activación	153
2.2. Por la naturaleza del defecto contractual y el interés que se afecta	154
2.3. Por el momento en el cual el defecto se manifiesta	154
2.4. Por su incidencia sobre el contrato	155
3. Excepción de incumplimiento de contrato	155
3.1. Naturaleza jurídica	157
3.2. Requisitos de procedencia	158
3.3. Efectos de la excepción.....	158
3.4. Campo de acción de la excepción	158

4. Resolución del contrato	159
4.1. Presupuestos	160
4.2. Efectos de la resolución	161
4.3. Carácter de la acción resolutoria	161
5. Supuestos y diferencias entre excepción de cumplimiento de contrato y resolución de contrato	162
5.1. Supuestos	162
5.2. Diferencias	163
5.3. Carácter de la acción resolutoria	161
6. Análisis de la resolución materia de estudio	165
7. Conclusión	168
8. Referencias bibliografía.....	169
NEUROCIENCIA Y VOLUNTAD JURÍDICA PRIVADA.....	171
1. Introducción	171
2. Conocimiento, mente y cerebro	175
3. Neurociencia y Derecho	179
3.1. Neurociencia (breve apunte)	179
3.2. Noción y ramas.....	181
3.3. Derecho (esquema panorámico y tentativo de su objeto de estudio).....	186
3.4. Neurociencia y Derecho, o Neuroderecho	199
4. Neurociencia y voluntad jurídica privada (o voluntad desde el Derecho Privado).....	209
4.1. Generalidades sobre la voluntad y libertad en el Derecho	210
4.2. Voluntad jurídica privada.....	215
4.2.1. Voluntad y libertad en el acto o negocio jurídico	215
4.2.2. La preminencia de la autonomía privada.....	219
5. Conclusión	227
6. Referencias bibliográficas	228
ANEXOS.....	234

JURISPRUDENCIA SOBRE LA INEXISTENCIA DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO (COLOMBIA).....	235
JURISPRUDENCIA SOBRE EXCEPCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO (PERÚ)	282
FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA (INSTRUMENTO)	308

INTRODUCCIÓN

Es sabido que, el Derecho, desde un punto de vista epistemológico, es no sólo una carrera teórica sino también práctica, desde que se orienta y encuentra su aplicación en las relaciones sociales, toda vez que es creado y referido siempre en última instancia, a una precisa realidad ontológica, es decir, al ser humano (sujeto de derecho).

Así, el derecho a través del ordenamiento jurídico regula todos los actos o conductas del hombre en la medida que importen una necesidad, la cual a su vez genera un interés de éste por satisfacerla, y que por la importancia (relevancia jurídica) que tiene (después de un juicio de valor) es recogida y amparada o tutelada por el derecho, para luego ser garantizada (a través de mecanismos jurídicos sustantivos y procesales), con lo que es elevada, dicha necesidad-interés a la categoría de derecho subjetivo. Pero el ordenamiento jurídico (o más específicamente, el Derecho) recoge aquellos actos o conductas del hombre a través de ciertos medios jurídicos, como son el negocio (acto) jurídico, el contrato y la autonomía jurídica privada, los cuales son de suma importancia en las relaciones sociales. Por ello, siendo aquellos institutos jurídicos tan importantes, requieren

que el estudio y tratamiento de sus categorías jurídicas conceptuales sean las más adecuadas o eficientes (respondan a la realidad) y claras (tengan un debido abordaje teórico), de tal manera que, respecto de estas no exista confusión, ni que tampoco se tenga un estudio que no sea íntegro de todos los aspectos o elementos que las componen, para el correcto y eficaz funcionamiento de aquellos, esto es, del negocio (acto) jurídico, el contrato y de la autonomía jurídica privada.

Precisamente, en la presente obra -que compila una serie de artículos publicados de nuestra autoría, algunos de los cuales han sido revisados, corregidos y ampliados (por lo que, no responden ya a sus versiones originales)-, se aborda el estudio de tópicos que, a nuestro juicio, son fundamentales, de actualidad y cruciales sobre el negocio (acto) jurídico, el contrato y la autonomía jurídica privada.

Por tanto, el presente trabajo tiene por objeto, además de tocar el tema de la invalidez, ineficacia, e inexistencia, hacer una comparación analítica de los temas de la inexistencia y de la nulidad, tratando de sustentar su inserción o explicar su regulación implícita (como se desprende del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil peruano) de la inexistencia, como una categoría distinta y autónoma, al igual que las otras

categorías antes mencionadas. Con tal labor, en tanto, que se dan a conocer los fundamentos (y se revisan las posiciones que al respecto existen, desarrolladas por la doctrina por medio de sus respectivos autores a los que se harán mención en su oportunidad) que sustentan la diferenciación, se sindicará cómo es que la conversión sirve de sólido fundamento a la mencionada diferenciación.

Lo expresado importa también hacer una revisión (al menos de sus elementos importantes) de la teoría misma del negocio (acto) jurídico, para entenderla ya no como venía haciéndose, sino, y más bien, insinuar su comprensión como un sistema, por cuanto es un instituto jurídico amplio; claramente, a ello se arriba sólo haciendo una revisión íntegra del mismo, esto es dando una revisión en el derecho comparado de las figuras y categorías jurídicas con que cuenta el negocio (acto) jurídico, las cuales en su conjunto forman o hacen de que este último sea complejo. Todo lo cual, repetimos, puede hacer que vayamos viendo al negocio (acto) jurídico como sistema. En el trabajo de investigación que vamos a desarrollar, no pretendemos hacer un estudio, como lo requiere el tema, amplio y basto, tendiente a fundamentar la concepción del negocio (acto) jurídico como un sistema, ya que ello será materia de un trabajo de investigación

jurídica posterior, empero, con los argumentos que de manera breve se expondrán en los artículos que se avocan a tal tema, ya pretendemos sentar las bases de la posición de concebirla como tal.

Asimismo, el presente libro contiene un artículo que se ocupa del tratamiento de otra categoría jurídica, la cual no es muy conocida ni usada o recurrente -al menos, en nuestra *praxis* jurídica nacional sea precia ello- respecto de la institución jurídica (económica) del contrato, esto es, la excepción de cumplimiento de contrato, no obstante, que dicha categoría es empleada y usada en otras realidades jurídicas como la chilena, según veremos.

Así también, se ha incluido un trabajo que se ocupa de un tema que hoy en día está muy en boga, nos referimos al tópico del Derecho y la Neurociencia, el cual abordamos bajo el acápite de la Neurociencia y voluntad jurídica privada, debido a que buscamos alcanzar un trabajo en el que se desarrolle tal *ítem* empero desde el Derecho Privado, por cuanto ya se han efectuados estudios desde otras áreas del Derecho con relación a dicha temática.

Por último, además de analizar o revisar, también se alcanza jurisprudencia nacional y comparada -sobre los temas que aquí se tratan a fin de que se advierta no sólo el

saber jurídico teórico, sino también el saber jurídico práctico-, así como un esquema de nuestra autoría que, en calidad de docente de pre y posgrado, brindamos a los alumnos o discentes a fin de que cuenten con un instrumento que, precisamente, les permita trabajar o analizar cualquier jurisprudencia, a la cual hemos denominado “ficha de análisis jurisprudencial”.

La figura que supuestamente oscurecería el ordenamiento jurídico: a propósito de la diferencia entre la inexistencia y nulidad del negocio o acto jurídico

Sumario

1. Introducción. – 2. Acto jurídico. – 3. Negocio jurídico. – 3.1. Teoría preceptiva del negocio jurídico. – 3.2. Teoría normativa del negocio jurídico. – 4. Precisión conceptual o existencia e inexistencia del negocio (acto) jurídico. – 5. Invalidez. – 6. Ineficacia. – 7. Nulidad. – 8. Etapas de desarrollo del negocio (acto) jurídico. 8.1. Primer momento. – 8.2. Segundo momento. – 8.3. Tercer momento. – 9. Diferencia entre inexistencia y nulidad. – 10. Conclusión. – 11. Bibliografía.

Resumen

El artículo que compartimos, se avoca al estudio de la diferencia entre la inexistencia y la nulidad del negocio o acto jurídico (según sea la teoría a la cual se adscriba), no solamente a partir de su abordaje e importancia teórica, sino también, y más aún, práctica.

Palabras clave: inexistencia, nulidad, negocio o acto jurídico.

1. Introducción

La inexistencia del negocio jurídico ha recibido por parte de la doctrina nacional y de nuestro ordenamiento jurídico mucha renuencia en cuanto a su reconocimiento como categoría jurídica diferenciada de la nulidad, así como su correspondiente previsión normativa, ello se explica en atención al arduo debate que ha concitado en doctrina a nivel mundial y en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Se afirma que la idea del acto inexistente surgió en el seno de la comisión que realizó los trabajos preparatorios del Código francés de 1804, atribuyéndose la propiedad al mismo Napoleón, quien, en el Consejo de Estado, al observar al que luego sería el artículo 146 del Código, hizo la distinción entre el matrimonio existente, pero anulable, por ausencia de consentimiento libre ante el oficial de registro¹.

¹ DE LOS MOZOS, José Luis, “la Inexistencia del negocio jurídico”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año CVIII, Segunda Época, T. XL, N° 208, 1960, p. 470.

Otros atribuyeron la paternidad de la doctrina de los actos inexistentes o la teoría de la inexistencia jurídica (que habría sido formulada a principios del siglo XIX) al jurista alemán Zarcheriae, quien, refiriéndose al matrimonio, distinguió entre condiciones esenciales y condiciones de validez del acto jurídico. Las primeras constituyen una cuestión de hecho, debido a que se busca saber si el hecho que las leyes califican de matrimonio se ha realizado; y, las segundas, constituyen una cuestión de Derecho, puesto que, se busca saber si el matrimonio válido en los hechos, tiene validez de Derecho. Si faltan las condiciones esenciales, el matrimonio es inexistente y si faltan las segundas es nulo. En este acto, los autores se encontraron ante una regla que tenía contornos de axioma y según la cual en materia de matrimonio no hay más nulidad que la que la ley expresamente establece, esto es, el famoso aforismo del *“pas de nullité sans tex”*².

² Así, el Profesor italiano Renato Scognamiglio expresa que, la figura de la inexistencia es propuesta por la doctrina francesa con el fin práctico de eludir ese principio tradicional de su propio ordenamiento; *“pas de nullité sans tex”*. Hay algunas hipótesis en las que no se puede dudar acerca de la absoluta ineficacia del acto jurídico, por lo que la ley no dispone nada; aquí el argumento que supera esta aparente laguna es que en estos casos el acto (contrato) ni siquiera existe, por lo que no hay necesidad de establecer su nulidad. Esto se planteó en la práctica para el matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual no podía tener ningún efecto jurídico, y ello

Ahora bien, un matrimonio celebrado entre dos hombres o entre dos mujeres, ¿vale porque no hay ley que lo declare nulo? Esta interrogante se presentó a los autores. La respuesta, de acuerdo con la regla de la nulidad expresa, habría tenido que ser afirmativa, lo que hubiera sido contrario al más elemental sentido común y a la conciencia moral de los individuos (de aquel tiempo, claro está). Entonces, los juristas razonaron así: para que el matrimonio exista, la ley supone necesariamente el acuerdo entre un hombre y una mujer, de modo que, si el acuerdo es entre dos personas de idéntico sexo, el matrimonio no puede existir y por esto, concluían, el legislador no necesitó siquiera declarar su falta de eficacia. Más tarde, se extiende la noción de la inexistencia a los actos patrimoniales, y luego incluso adquiere mayor amplitud.

Pero el tema de la "inexistencia del negocio (acto) jurídico"³, no ha sido pasivo, por cuanto sigue dividiendo

precisamente por cuanto éste se daba en defecto de una específica disposición legislativa, por lo que es del todo inexistente. SCOGNAMIGLIO, Renato: Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, edición, traducción y notas de Leysser L. Leon, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 426 y ss.

³ Al respecto debemos señalar que, si bien a lo largo del presente artículo usaremos indistintamente las expresiones "acto (negocio)

a la doctrina nacional e comparada y ciertamente no se trata de una cuestión que se circunscriba a un mero interés académico. Por el contrario, la admisión de esta tesis podría importar encontrarnos frente a un virtual régimen de invalidez o ineficacia todavía más agravado que el de la propia nulidad absoluta.

Pero el debate sobre la inexistencia ha motivado a que muchos autores expliquen –algunas veces, desde una óptica muy personal, caprichosa o un tanto fuera de lugar- su tratamiento o entendimiento, lo que, a su vez, ha llevado a que se generen una diversidad de posiciones al respecto, de lo cual los más acérrimos e incisivos críticos de la inexistencia se han valido para tratar de desvirtuar su comprensión diferenciada de la nulidad del negocio jurídico, por motivos de inutilidad práctica o de la similitud en los efectos por parte ambas figura (inexistencia y nulidad), o por otros tantos motivos.

jurídico o negocio (acto) jurídico o negocio o acto jurídico”, con ello, no obstante, en absoluto queremos decir o insinuar que el acto jurídico y el negocio jurídico sean lo mismo, pues, ello sería un graso error - una afirmación descuidada, propia del desconocimiento de la teoría del negocio jurídico-, ya que ambas teorías tienen un desarrollo teórico jurídico distinto y si hacemos uso de las mencionadas expresiones, es únicamente con el fin de abreviar términos, en la medida que en ambas teorías se da tratamiento a la figura de la inexistencia, lo cual justifica, en modo alguno, el uso de aquellas.

Empero de pronto, resulta pertinente adelantar que, para dar respuesta o una posición clara que diferencie a la nulidad de la inexistencia, se requiere de un estudio serio científico-lógico jurídico.

A este respecto, entonces, es imprescindible señalar que para entender a la inexistencia, inexorablemente se debe revisar la noción de “existencia del negocio (acto) jurídico”, lo cual significa evidenciar o precisar el concepto de forma clara de lo que es el negocio (acto) jurídico, que por lo demás no es una tarea fácil, pero que debe ser abordada con claridad para lograr nuestro objetivo de explicar nítidamente lo que vendría a ser la inexistencia y, por tanto, determinar puntualmente la diferencia entre esta y la nulidad del negocio jurídico. Por ello, es menester revisar, entonces la concepción del acto jurídico y, en su caso, del negocio jurídico, advirtiendo que el presente espacio no permite hacer el estudio, en la amplitud que se requiere tanto del acto jurídico (la teoría de la manifestación de la voluntad y la teoría organicista o del acto organismos o como organismos), así como de la teoría del negocio jurídico (esto es partiendo de su primigenia concepción, es decir, la tradición de la doctrina general del negocio jurídico, pasando por la teoría general del negocio jurídico alemán, la teoría preceptiva del negocio jurídico, luego por la teoría normativa del negocio jurídico, y

revisando de manera somera las teorías contemporáneas del negocio jurídico), por lo que, nos veremos forzados a efectuar únicamente precisiones al respecto.

El hacer una revisión de lo expuesto en el párrafo anterior *in fine* permite establecer la existencia misma del negocio (acto) jurídico, y comprender cuando un negocio jurídico es inexistente y cuando es nulo, lo cual, además de otros, sirve de fundamento contundente para establecer la diferenciación de las dos categorías jurídicas mencionadas; lo propio ocurre con la conversión, que constituye un fundamento sólido para esclarecer tal diferencia, pues aquella requiere de la preexistencia de un negocio para poder operar, lo que no sucede en el supuesto del negocio inexistente.

Por lo demás, es importante distinguir en nuestro ordenamiento jurídico nacional y generar una teoría completa que explique la noción de la inexistencia (ya que existe una frondosa discusión al respecto) y su diferencia con las otras categorías del negocio jurídico, por cuanto tal categoría jurídica, de manera incorrecta y con poca técnica jurídica, se ha asimilado a la categoría de la nulidad que es una categoría jurídica negocial claramente distinta, por ello no es admisible hablar (sin caer en la deficiencia técnica) de las mismas como si fueran lo mismo. Hoy en

día, son inimaginables los diversos y complejos supuestos en que se pueden presentar las relaciones sociales, que avanzan a pasos agigantados, por la velocidad de su desenvolvimiento y desarrollo; por lo tanto, resulta necesaria la incorporación de la figura que venimos comentando a manera de control, con la finalidad de acentuar y afirmar la seguridad jurídica.

Ahora, bien con tal cometido, es necesario desarrollar los siguientes temas, para luego arribar al tema objeto del presente artículo.

2. Acto jurídico

Para conceptualizar el acto jurídico, que es la teoría por la que ha optado nuestro ordenamiento jurídico civil al regularla en el Libro II del Código Civil nacional, debemos referirnos a los hechos voluntarios, los cuales los clasificamos en lícitos e ilícitos, los actos lícitos se subdividen en actos que tienen como fin inmediato producir los efectos jurídicos enunciados en forma genérica por el ordenamiento jurídico, tal como aparece en el artículo 140 del Código Civil y que consiste en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas. Es lo que se conoce con el nombre de acto jurídico, ejemplos, los

contratos, el testamento, el matrimonio, a decir de Romero Montes⁴.

Lo anterior quiere decir que estamos frente a un hecho jurídico humano, voluntario, lícito y con fines queridos, en forma inmediata, por el celebrante. Pero frente a estos actos existen otros donde no hay ese fin o propósito. En ese caso estamos ante actos lícitos, sin fin inmediato de producir consecuencias jurídicas señaladas en el artículo 140 del Código Civil. Aquí estamos frente a lo que Cifuentes denomina simples actos voluntarios lícitos, o a los que León Barandiaran llama actos voluntarios lícitos sin declaración de voluntad. Como sostiene Torres Vásquez, en los simples actos voluntarios sin manifestación de voluntad, basta que el sujeto esté dispuesto a practicar el acto, en tanto que en el acto jurídico es necesario que el sujeto haya querido el resultado del acto⁵.

La concepción de acto jurídico que venimos desarrollando es la que se propugna en la doctrina nacional, por los autores que adscriben a dicha teoría, veamos a continuación algunas citas, a guisa de ejemplo.

⁴ ROMERO MONTES, Francisco Javier: Curso del acto jurídico, 1° ed., Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, p. 38.

⁵ ROMERO MONTES, Francisco Javier, ob. cit., p. 39.

Así, Torres Vásquez, define: “El acto jurídico es el acto humano, voluntario, lícito, con <<manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas>>”⁶; Beltrán Pacheco precisa que, el acto jurídico es un “hecho jurídico humano voluntario lícito con manifestación de voluntad cuyas consecuencias jurídicas son las queridas por los sujetos”⁷. En el mismo sentido conceptúa al acto jurídico Vidal Ramírez⁸. Por su parte, Zusman Tinman y De la Puente y Lavalle postulan que, tanto el negocio jurídico como el acto jurídico, explican la actuación de la autonomía de la voluntad, habiéndose regulado el acto jurídico en resguarda de la tradición jurídica. Ello en atención a dos fundamentos⁹: i) que el acto jurídico es el supuesto de hecho previsto y regulado por la ley como fuente de efectos jurídicos por virtud de la autonomía de la voluntad; y ii) que el acto

⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: *Acto Jurídico*, 2º ed., Editorial IDEMSA, Lima, 2001, p. 63.

⁷ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto: “La ineficacia del Acto Jurídico”, *Cuadernos Jurisprudenciales*, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 4.

⁸ VIDAL RAMIREZ, Fernando: *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.

⁹ ZUSMAN TINMAN, Susana y DE LA PUENTE Y VALLE, Manuel: “Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos”, *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, T. II, Lima, p.41.

jurídico como fuente de derecho objetivo, principio de reglamentación, por ser fuente de relaciones jurídicas. Lohmann Luca de Tena señala que: “Clásicamente el acto jurídico (en su sentido restringido) ha sido descrito como aquel acto voluntario y lícito <<que tanga por fin inmediato entre las personas relaciones jurídicas; crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos>>,...; pero este acto voluntario y lícito debe provenir de una expresión de voluntad.”¹⁰, agregando que, dicha concepción, sin variaciones sustanciales, es compartida por la mayoría de autores clásicos, sobre todo franceses. De la Puente y Lavalle¹¹ la desarrolla en forma más amplia, concordando con Savigny en diferenciar negocio jurídico y norma jurídica, puesto que la norma jurídica es fuente de derecho objetivo y el negocio es fuente de derecho subjetivo y de obligaciones. Vidal Ramírez identifica el acto jurídico en sentido estricto con el negocio jurídico de la doctrina alemana; alrededor del acto jurídico giran los conceptos de acto jurídico y negocio jurídico, para integrar

¹⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: *El Negocio Jurídico*, 2º ed., Editora Jurídica Grijley, Lima, 1997, p. 33.

¹¹ DE LA PUENTE Y VALLE, Manuel: “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”, *Biblioteca para leer el Código Civil - Primera Parte*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, Vol. XI, T. I, pp. 35 - 41.

la tradición jurídica peruana iniciada por José León Barandiarán en sus comentarios al Código Civil de 1936¹².

¹² Aunque, al respecto se ha dicho que, en general, la doctrina nacional del Código Civil de 1936 confundió diferentes teorías del negocio jurídico y de la causa para fundamentar afirmaciones incoherentes con sus premisas. Esta confusión se debió a la recepción inadecuada de la teoría general del negocio jurídico y a la incompreensión de las ideas de José León Barandiarán quien difundió doctrinariamente esta teoría: Señaló que en los «hechos voluntarios lícitos sin declaración de voluntad» o en las operaciones jurídicas, bastaba simplemente un hecho, una realización fáctica de actividad humana, sin que existiera declaración de voluntad propiamente dicha como por ejemplo la especificación, la conmixtión, la plantificación, la edificación, la accesión industrial, la constitución de domicilio por el simple hecho de la residencia voluntaria en un lugar por cierto tiempo. En cambio, en los «hechos voluntarios lícitos con declaración de voluntad», la declaración estaba formulada en el sentido de determinar y querer el efecto mismo de la relación jurídica que forma el contenido de tal relación: Era una manifestación de voluntad dirigida a crear la relación jurídica, que estaba constituida por los efectos principales encarnados en la declaración como verbigracia el matrimonio, el testamento, el acto constitutivo de asociación, el establecimiento de domicilio mediante declaración ante la Municipalidad, los esponsales, el reconocimiento de hijo, el convenio de partición, el contrato, la declaración creadora de obligaciones unilaterales. Adicionalmente, el Maestro Sanmarquino expresó que en el Derecho civil alemán el abarque de acto jurídico comprende todo hecho jurídico voluntario lícito, sin o con declaración de voluntad; dándose a los segundos el nombre de negocios jurídicos. Estas ideas del jurista peruano influenciaron inadecuadamente en la mayor parte de la doctrina

En el orden de ideas expuesto, estamos en condiciones de afirmar que el acto jurídico, de acuerdo a la doctrina nacional, es un hecho jurídico, humano, voluntario, lícito que tiene en común la nota esencial de ser queridos por sus autores para conseguir un cierto efecto, el cual si se verifica es consecuencia inmediata de la voluntad. Es decir, existe una manifestación de voluntad con un determinado fin, como así define al acto jurídico el Código Civil, en su artículo 140, de donde se tiene que, en estricto, aquel (el acto jurídico) se identifica a la manifestación de voluntad.

3. Negocio jurídico

En cuanto a esta teoría, reproducimos una afirmación que revela, con sumo acierto, una idea totalmente errada que, por mucho tiempo, se ha mantenido no solo a nivel nacional sino también a nivel de Latinoamérica, esto es

nacional. Efectivamente, el jurista peruano fue mal interpretado y no se advirtió que el origen de sus ideas estaba en la teoría de Andreas Von Thur. De las fuentes utilizadas por la doctrina peruana se puede comprobar que en las décadas del treinta y del cuarenta no existía una ciencia de la pandectística. MORALES HERVIAS, Rómulo: “Código Civil de 1936 y doctrina peruana; Recepción de la teoría general del negocio jurídico”, *Proceso & Justicia - Revista de Derecho Procesal*, N° 5, Perú, 2005, p. 147.

que “en Latinoamérica, y también en el Perú, un sector doctrinario considera la existencia de un solo concepto de negocio jurídico, lo que resulta por demás impreciso, ya que hay varios. Así el negocio jurídico puede ser definido como: declaración de voluntad, como hecho jurídico abstracto, autorregulación de intereses, y como hecho jurídico concreto y fuente de derecho”¹³; incluso, luego, el profesor Morales Hervias ha precisado que: “Los conceptos de negocio jurídico pueden clasificarse de diferentes maneras... El concepto sobre la manifestación de la voluntad (concepción voluntarista o antropológica), el concepto de la autorreglamentación de intereses (concepción declaracionista o preceptiva), el concepto del ordenamiento privado autónomo (concepción institucional), el concepto de la norma jurídica privada (concepción normativa), el concepto del acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica), el concepto de la declaración de vigencia (concepción de la validez), el concepto de un sistema móvil o combinatorio (concepción combinatoria), el concepto de un acto programático (concepción programática). el concepto de un acto performativo (concepción comunicativa), el concepto de un acto complejo de dos libertades (concepción de las libertades)

¹³ MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría General del Contrato, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2006, p. 53.

y el concepto de punto de conexión (concepción ecléctica).”¹⁴.

No obstante, el desarrollo teórico que ha merecido el negocio jurídico -sobre lo que no vamos a profundizar, por cuanto no es objeto de nuestro tema a tratar y siendo, además, que ello importa un espacio de estudio mucho más amplio, que muy bien podría ser objeto de un trabajo lato de investigación jurídica-, a efecto de analizar la categoría jurídica de la inexistencia, únicamente haremos, a continuación, referencia a las dos teorías que explican -y que han logrado mayor elaboración técnica jurídica en sus postulados- el negocio jurídico con mayor coherencia lógica jurídica y que (por el momento, al menos) son las más representativas, claro está sin negar y más bien reservándonos comentario o tratamiento respecto de las teorías postuladas que se han elaborado antes y con posterioridad a las que en seguida haremos referencia.

3.1. Teoría preceptiva del negocio jurídico

El padre o creador de esta teoría, es el ilustre maestro italiano Emilio Betti, quien define: “El negocio jurídico es

¹⁴ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico”, *Derecho & Sociedad - Derecho Civil*, Asociación Civil, N° 28, Lima, 2007, p. 294.

el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo”¹⁵. Según esta teoría todos los sujetos sociales tienen la potestad (poder jurídico denominado autonomía privada, que es el “hecho social” que el ordenamiento jurídico toma en consideración para la atribución de efectos jurídicos) de autorregular sus intereses (dignos de tutela), la cual crea, modifica o extingue relaciones jurídicas. Entonces el negocio jurídico es un acto de autonomía privada (que contiene intereses privados socialmente relevantes, y, por tanto, dignos de tutela), a los cuales el derecho (reconoce) enlaza los efectos jurídicos destinados a actuar la función socialmente relevante que caracteriza el tipo. Así, el acto de autonomía privada (negocio jurídico) constituye referente para el hecho jurídico hipotético de una norma jurídica a través de un precepto privado (que está contenido en tal hecho jurídico hipotético), al cual el ordenamiento jurídico califica de dos maneras: con trascendencia jurídica negativa (une efectos jurídicos contrarios al fin práctico del negocio) si la función práctica del negocio es reprobable por el derecho

¹⁵ BETTI, Emilio: Teoría General del Negocio Jurídico, traducción y concordancias con el Derecho Español A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 39-68.

positivo; o con trascendencia jurídica positiva (reconocimiento jurídico del negocio) si la función práctica del negocio es relevante socialmente y digna de protección jurídica confiere a los particulares competencia dispositiva dentro de ciertos límites y cargas, para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas). Ésta última manera, se describe en la estructura que comprende la forma -el modo (declaración o comportamiento) como el negocio se hace reconocible a los demás (el cómo del negocio)-, y el contenido -el precepto de autonomía privada (el qué cosa del negocio), y en la función del negocio jurídico-.

Entonces, el contenido de los preceptos de la autonomía (trascendentes socialmente) son calificados por el ordenamiento jurídico a través del reconocimiento o de la recepción jurídica de los fines prácticos de los sujetos sociales conformes a los fines generales, y en tanto contrastados con el hecho jurídico hipotético de una norma jurídica, se producirán los efectos jurídicos. Tal calificación jurídica se hace por tipos e intereses que pueden resumirse en tipos generales y en este sentido en típicos, pues esta teoría parte de la noción de interés para el estudio del acto de autonomía privada que genera efectos jurídicos otorgados por el ordenamiento jurídico.

3.2. Teoría normativa del negocio jurídico

Hasta antes de esta teoría, toda el desarrollo sobre la teoría del negocio jurídico se encuentran inspirados en el marco teórico establecido por Savigny, la ley es fuente de derecho objetivo, en tanto que, el negocio jurídico es fuente de derechos subjetivos y deberes jurídicos (relaciones jurídicas); sin embargo, para Luigi Ferri ponente de la teoría normativa del negocio jurídico, sostendrá y establecerá que el negocio jurídico, al igual que la ley, son fuente de derecho objetivo, de relaciones jurídicas y de situaciones jurídicas¹⁶. Este poder jurídico de los particulares de crear normas jurídicas extiende, evidentemente, el campo de acción del negocio jurídico por el poder jurídico que tiene los particulares de crear normas jurídicas.

El negocio jurídico es regulado por la ley como hecho (dato); como norma el negocio a su vez regula comportamientos. Con la palabra negocio se designa tanto el acto creador de normas (es decir, el hecho), como las normas por ellas creadas (es decir, el derecho)¹⁷.

¹⁶ MORALES HERVIAS, Rómulo, ob. cit., p. 75.

¹⁷ MORALES HERVIAS, Rómulo, ob. cit., p. 76.

La autonomía privada es el poder conferido a los particulares por una norma superior -que regula su actuación, a través de cargas y limitaciones, asimismo, la ley puede ampliar o restringir el campo en el que actúa la autonomía privada-, por el que se produce cambios jurídicos mediante el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica; así entendido el negocio jurídico es un hecho jurídico concreto (y fuente de derecho) de una norma superior en el sentido que es una norma válida si ha sido emanada de conformidad con las normas contenidas en una fuente superior (fuente de validez). El negocio jurídico es una fuente de producción (fuente de conocimiento) en el sentido de modo de manifestación de la norma jurídica, por lo tanto, es el acto que tiene por contenido, la norma que disciplina jurídicamente la formación del derecho. El negocio jurídico tiene, pues, un contenido normativo¹⁸.

4. Precisión conceptual o existencia (e inexistencia) del negocio (acto) jurídico

Hasta aquí, el desarrollo que hemos realizado en el punto anterior no es infructuoso, por cuanto si nosotros

¹⁸ FERRI, Luigi. La Autonomía Privada, Traducción y notas de Derecho Español por Luis Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1969. p. 63.

observamos detenidamente, claramente podemos advertir algo, que a lo largo de toda su trayectoria, desde que aparece conceptualmente identificado, ya sea en el caso del acto jurídico (con su correspondiente desarrollo teórico), o ya sea en el caso del negocio jurídico, desde la primera teoría hasta las últimas que se vislumbran sobre el mismo¹⁹, es innegable que ambos, recalamos, conforme a sus respectivas perspectivas -con todo lo que ello implica-, tienen una forma de ser reconocidos a través de una cognición de los mismos que brinda su entendimiento o comprensión como tales.

Ahora bien, ello no es solo una cuestión meramente teórica, sino que, además, tiene mucha utilidad práctica, ya que importa tanto para el legislador como para el juez, a su turno, contar con un instrumento de selección de actos o conductas que merecen ser reconocidas por el derecho y, por tanto, tuteladas: en el caso del legislador, previa abstracción de la realidad (de las conductas o actos que tienen mayor incidencia e importancia, sea por su significancia axiológica o intrínseca o económica o por la que le demos los sujetos de derecho) que hace, encuentra, precisamente, en el negocio o acto, el medio jurídico para filtrar los comportamientos o conductas (conjunto de acciones) o actos o hechos del ser humano que, revistiendo

¹⁹ Véase: MORALES HERVIAS, Rómulo, ob. cit., p. 53 y ss.

importancia o relevancia jurídica, merecen ser previstos como actos o negocios jurídicos; y, en el caso de los jueces, de igual forma, cuentan con un mecanismo, sólo que a ellos les sirve como herramienta de cualificación o identificación de actos o conductas que constituye actos o negocios jurídicos, de cara a los supuestos de las normas jurídicas y los hechos concretos.

Sin perjuicio de lo anotado, o sea, que, dicho medio jurídico tiene la utilidad de permitir la identificación (filtro o selección) de aquellas conductas o actos o hechos que *prima facie* merecen ser tomados como actos o negocios jurídicos; no obstante, y ya en segundo momento, el legislador ha visto por conveniente establecer accesorios a tal medio jurídico -para que los mismos adquieran validación jurídica estable conforme a derecho (en atención a la seguridad jurídica que importa un ordenamiento jurídico)- que sirvan para su inserción como tales válidamente; ergo, volviendo sobre el punto, ese medio jurídico de selección de conductas o actos o hechos, es, justamente, el entendimiento que se tiene de acto jurídico o de negocio jurídico, para indicar que se reconocen como estos últimos a los primeros y que tales accesorios del mismo constituyen los denominados requisitos de validez. Lo expuesto, se corresponde a hablar de los conceptos de existencia del acto o negocio

jurídico, y al concepto de acto o negocio jurídico existente “válido”.

Por tal razón, revisemos, de manera somera, cómo es la vida y desarrollo del acto o negocio jurídico, evidentemente desde su aspecto negativo. Corolario, del orden de ideas expresadas, es que, cabe hablar del concepto de la existencia del negocio (acto) jurídico, conforme a la precisión que hemos hecho, y que, a la ausencia del mismo, se da u observa el concepto de la inexistencia del negocio (acto) jurídico.

En las líneas siguientes, tocaremos dos temas que, algunos estudiosos del derecho o juristas, en forma conjunta, tocan bajo un mismo tema que denominan algunas veces como “ineficacia de los actos o negocios jurídicos”, donde, a su vez, hablan de la ineficacia estructural e ineficacia funcional; otras veces, con el tema de “nulidad de los actos o negocios jurídicos”, dentro de los cuales estudian los temas de invalidez e ineficacia. Como fuere, lo cierto es que a través del tratamiento del tema se desarrolla dos momentos por los cuales inexorablemente atraviesa el acto o negocio jurídico: el de su formación o constitución, y el de la producción de sus efectos. Al respecto hay consenso, al menos en la reducida -pero seria y técnica- bibliografía que hemos podido

revisar, en abordar estas dos etapas o fases de los actos (negocios) jurídicos, que se corresponden al tema de la invalidez e ineficacia en sentido estricto. Así, se dice que, en el entender de la doctrina más coherente y avanzada, se debe distinguir entre ineficacias estructurales y funcionales, atendiendo primordialmente al origen de la falta de re consecución de los efectos negociales²⁰.

5. Invalidez

La invalidez supone un acto jurídico mal conformado o estructurado defectuosamente, desde el momento mismo de su nacimiento²¹. Lo expresado, evidentemente, llama a tocar el tema de la invalidez, en cuanto supone la estructura del acto jurídico, pues, éste último si bien, como concepto amplio y general, es una abstracción jurídica, no por ello deja de requerir de una estructura (la cual por serla, requiere también de componentes) que es considerada en base a elementos, los cuales se distinguen

²⁰ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 165.

²¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: Nulidad del Acto Jurídico, 2º ed., Editora Jurídico GRIJLEY E.I.R.L., Lima, 2002, p. 35.

en tres órdenes: esenciales (*essentialia negotii*), naturales (*naturalia negotii*) y accidentales (*accidentalia negotii*)²².

Desde la dogmática jurídica de la teoría del negocio jurídico, el tema de la invalidez también importa el defecto en la estructura del negocio jurídico siendo por ello necesario esclarecer qué se debe entender por estructura dentro de esta teoría. Así, se afirma que se entiende por estructura algún conjunto o grupo de elementos relacionados entre sí según ciertas reglas, o algún conjunto o grupo de elementos funcionalmente correlacionados. Betti vinculó el término estructura a la noción del negocio jurídico: la forma (declaración y comportamiento) y el contenido (supuesto de hecho que contiene el precepto de

²² Los elementos esenciales son los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico..., los elementos naturales son los que están ínsitos en la naturaleza de un acto concreto y determinado, de manera tal que el Derecho Objetivo se los atribuye aun cuando las partes no los hayan atribuido..., los elementos accidentales son incorporados por la voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía, pero siempre que no se desvirtúe la esencia o naturaleza del acto y no exista prohibición de la ley y que siendo ajenos al acto por cuanto no se requieren para la existencia ni validez del acto, no forman propiamente parte la estructura del acto. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, p. 83 y ss; en el mismo sentido, aunque considerando a los elementos naturales como efectos o consecuencias del acto: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *ob. cit.*, p. 99 y ss.

autonomía privada) configuran la estructura del negocio jurídico. Checchini relaciona intereses objetivados en la operación negocial y estructura del reglamento (mecanismo de reglas negociales). Frosini estudia el problema de la interpretación de la totalidad y de los elementos particulares de la complejidad del contrato o de cualquier negocio jurídico en general: esta complejidad, que origina ese "círculo hermenéutico" entre las partes y el todo, resulta: a) de la forma adoptada, ya sea libre u obligatoria, del contrato; b) de las palabras empleadas; c) del comportamiento de las partes; d) de la intención original de dichas partes; e) del acuerdo o controversia sobre la ejecución del contrato; f) de la causa, lícita o ilícita del contrato y g) del objeto del contrato. Y, sin embargo, el conjunto de estos elementos, si se mira a cada uno de ellos en sí mismo, no es aún suficiente para configurar un contrato. Este consiste en aquella unidad, totalidad y funcionalidad que le son propias; en el enlace de pensamientos, voluntades, acciones y hechos, unidos entre sí en un vínculo que compromete o deja en libertad. Gete-Alonso y Calera define a la estructura como la composición interna (elementos y requisitos en función de los cuales, el ordenamiento jurídico establece una determinada regulación jurídica) del contrato²³.

²³ MORALES HERVIAS, Rómulo: Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico, 1° ed., ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 241 y

En suma, entonces, la ineficacia estructural es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del negocio o acto jurídico, es decir, se trata de un negocio o acto jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación²⁴. Por ineficacia estructural (también llamado invalidez, ineficacia originaria o por causa intrínseca) entendemos la carencia de efectos en un negocio producida por hechos inherentes a su estructura. El ordenamiento, al faltar algún requisito, elemento o presupuesto necesario para la eficacia del negocio, lo sanciona con la ausencia de efectos o la posibilidad de que dicha ausencia se produzca. Se caracteriza esta especie de ineficacia por ser originaria, es decir, por la referencia exclusiva al momento en que se realiza el negocio, por lo que, su verificación deberá de producirse justamente en la confrontación de la estructura negocial²⁵. Dicho de otro modo, será inválido cuando el acto de autonomía (negocio), considerado en concreto,

ss.; de igual forma en <<Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano>>. Nulidad, NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia, Nulidad de los actos jurídicos. Obtenido de: <http://www.cofigo-civil.info/nulidad/lodel/lodel/document.php?id=29>. 2005.

²⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, ob. cit., p. 30.

²⁵ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. La conversión y la nulidad del negocio jurídico. 1º ed., ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 166.

presenta una o varias anomalías con respecto al modelo legal, de modo de provocar una valoración (calificación, subsunción a posteriori, verificación) negativa de parte del ordenamiento²⁶.

Ahora bien, dentro de la invalidez, a su vez, tenemos a las categorías jurídicas de la anulabilidad y la nulidad. Nos encontramos ante un supuesto de nulidad cuando el negocio se forma contraviniendo normas imperativas o presenta una defectuosidad en el supuesto de hecho; así, la nulidad constituye la reacción más eficiente y satisfactoria contra los negocios que contravienen las directrices del ordenamiento. Dentro de los supuestos de nulidad tenemos las denominadas nulidades textuales y virtuales. Las primeras se hallan caracterizadas por la literalidad de la norma que las ha previsto; mientras que las segundas se consideran sobreentendidas por la contravención de alguna norma imperativa que no necesita la prevención específica de la nulidad²⁷. Se verifica esta cuando el negocio, que ha producido sus efectos desde el principio, puede posteriormente ser

²⁶ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo: Derecho Civil - Hechos y actos jurídicos, traducción de Fernando Hinestrosa. 1º ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, T. I, Vol. 2, p. 1026.

²⁷ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, ob. cit., p. 167.

declarado inválido (nulo) a consecuencia de la impugnación propuesta por el sujeto legitimado para ello. Esto nos refleja el carácter incompleto de la anulabilidad como forma de ineficacia estructural, que, incluso, se revela en la existencia de un sistema taxativo de anulabilidades, no cabiendo, como en la nulidad, la posibilidad de sobreentenderla; aquí los casos de la anulabilidad deben ser sancionados expresamente por el ordenamiento. Es de resaltar también que la anulabilidad es el modo de sancionar ciertas anomalías del negocio sobre el aspecto subjetivo (piénsese en el error). El sentido práctico de la anulabilidad estaría en la necesidad advertida de señalar un tipo de invalidez menos grave que sólo se aplicaría en las condiciones taxativas que impone el legislador²⁸.

6. Ineficacia

Partimos de la premisa de que el acto jurídico es eficaz cuando produce los efectos que les son propios, los cuales son consistentes en la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, es decir, derechos y deberes²⁹, y, a contrario sensu, si el acto jurídico no produce sus efectos normales (todos o algunos de ellos) es

²⁸ Ídem.

²⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, ob. cit., p. 657.

calificado de ineficaz. Por ineficacia (en sentido estricto o funcional) se comprende la decadencia de los efectos negociales por hechos extraños a la estructura, por consiguiente, sus respectivos supuestos tienen como característica el ser sobrevinientes, al tiempo que, provocan la ausencia de los efectos finales del negocio. La figura de la ineficacia funcional se delinea de manera autónoma, teniendo su fundamento en un efecto funcional que bien puede provenir de la misma disposición de las partes o del desarrollo del supuesto de hecho³⁰.

7. Nulidad

Debemos precisar que al tratar por separado este tema no se pretende, en absoluto, negar su naturaleza de supuesto de invalidez, sino que ello obedece a que, precisamente, es con ésta última categoría con la cual se confunde a la inexistencia, al punto de ser absorbida por aquella. Por ello, merece una revisión aparte desde la doctrina respecto de lo que realmente se debe entender por nulidad.

El término nulidad, proviene de la palabra “nulo”, que por etimología proviene de “*nullus*”, la cual, a su vez, deriva de dos voces: “*ne*”, que significa <<no>> y “*ullus*”, que significa <<alguno>>, de tal manera que por nulo deba

³⁰ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. ob. cit., p. 169.

entenderse “lo falto de valor y fuerza para obligar o tener, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo”³¹.

No en pocas veces, en la doctrina se esbozan las siguientes afirmaciones sobre la nulidad³². El negocio (acto) jurídico nulo, que frecuentemente, aunque no con mucha exactitud se equipara al que nace muerto, no produce efectos jurídicos en ningún tiempo; por eso se dice que los actos nulos carecen de efectos *quod nullum est nullum producit effectum*, y se les denomina también actos con nulidad radical o nulidad absoluta. En general a la nulidad sea absoluta o relativa (anulabilidad), se le entiende como una sanción de invalidez prescrita por la ley por adolecer el acto jurídico de falta de un elemento sustancial o por la existencia de vicios o defectos en el momento de su celebración. Esto significa que la nulidad sólo se produce por una causa originaria, congénita, orgánica. Consustancial al acto, como es la violación de una norma imperativa, la falta de un requisito de validez,

³¹ CAMUSSO, Jorge: Nulidades Procesales, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1983, p. 9.

³² COVIELLO, Nicolás: Doctrina general del derecho civil, traducido por Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana (UTEHA), México, 1938, p.359.

la existencia de vicios de la voluntad. La nulidad se debe a causas existentes al momento de la celebración, perfeccionamiento, conclusión o concertación del acto jurídico, y sólo opera por disposición expresa del ordenamiento jurídico³³. Se define el acto jurídico nulo como aquel que se ha pretendido celebrar con violación u omisión de un precepto de orden público³⁴.

Por su parte, el acto nulo, define Taboada Córdova, como aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o como aquel cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas³⁵. De aquí que, como enseña Sacco, la “nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos³⁶.”

En suma, podemos advertir, que la concepción tradicional del concepto de nulidad ha seguido el mismo sentido establecido por la etimología del término, según se ha expresado líneas arriba. Así, cuando faltan los

³³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, ob. cit., p. 681.

³⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, ob. cit., p. 497.

³⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato, 1° ed., Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002, p. 317.

³⁶ MORALES HERVÍAS, Rómulo: Patologías y Remedios del Contrato, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 191.

requisitos necesarios para la formulación de un acto válido o cuando no han sido respetadas las reglas que les conciernen, el acto no ha podido perfeccionarse: es nulo³⁷.

No obstante, estas concepciones, debemos manifestar que ha existido toda una teoría de la nulidad, y se ha concebido a esta de distinta forma a las que se ha hecho referencia, como veremos a continuación.

La doctrina más autorizada y moderna ha puesto de relieve, por un lado, que la previsión de la nulidad del negocio constituye el medio para la tutela efectiva de intereses generales considerados valores fundamentales para la entera organización social, y, por otro, siendo esto una consecuencia de lo anterior, que la nulidad viene proyectada como un “instrumento de control normativo” utilizado, junto a otros, para no dispensar tutela jurídica a aquellos intereses que estén en contraste con los valores fundamentales del sistema³⁸. Nos permite esto tener una visión más amplia de la nulidad, de la que la entiende como simple contravención a normas imperativas. Pero debemos señalar que no se llega a establecer con claridad

³⁷ MAZEUD, Henri, Jean y León: Lecciones de derecho civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1978, Parte Segunda, Vol. I, p. 335.

³⁸ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, ob. cit., p. 254.

el concepto de nulidad en la doctrina, como lo reconocen en sus diversos textos muchos autores.

8. Etapas de desarrollo del negocio (acto) jurídico

A la luz de lo expuesto, resulta, por demás, evidente que, desde su existencia, en el proceso de formación del negocio (acto) jurídico, se dan etapas o momentos por los que aquel pasa, los cuales, es de importancia identificar con claridad para tener un estudio amplio, íntegro y, a la vez, estricto, exacto o cierto de tal instrumento jurídico, claro está que a ello se arriba, desde la óptica de un estudio serio y técnico-jurídico (o tecnicismo jurídico, si vale el término). Así, nos encontramos con los siguientes conceptos -que, únicamente enumeramos en esta parte, por convenir a nuestro interés académico, para luego ubicarlos por las etapas correspondientes que, en líneas siguientes desarrollaremos- los cuales ya han sido desarrollados en los puntos que han sido dedicados a su tratamiento. Estos son la inexistencia, invalidez, nulidad (recordando siempre que, se hace un estudio aparte de este concepto, por cuanto es éste el que se confunde con la inexistencia, y, de ninguna manera, tratamos de deslindarlo de su estudio dentro de la invalidez, pero eso sí constituye un momento posterior a esta última, como veremos) e ineficacia.

8.1. Primer momento

En cuanto al tema de la inexistencia, que, por contraposición, nos obliga a hablar de la existencia, es menester revisar el concepto mismo del negocio (acto) jurídico. Y aquí se evidencia esta primera conclusión. Aunque erróneamente o inexistentemente, como afirma León³⁹, nuestro Código Civil en el artículo 140 regula el denominado “acto jurídico”, cuya esencia misma radica en la manifestación de la voluntad. Si hacemos un seguimiento detenido -corroborado claro está con la doctrina que se pronuncia al respecto-, desde el texto mismo del precitado artículo tenemos que “el acto jurídico es la manifestación de voluntad”, lo que importa que el acto jurídico está indisolublemente vinculada a la manifestación de la voluntad, esto es, la “teoría de las consecuencias jurídicas” de la primera concepción del negocio jurídico -nacida por obra de Savigny- cuyo fundamento yace precisamente en el dogma de la

³⁹ Señala que nunca ha existido una “teoría francesa” del acto jurídico, ya que, la “teoría francesa” del acto jurídico no es otra cosa que la original alemana, sin otra modificación que la normativa. LEÓN, Leysser L.: El sentido de la codificación civil - Estudios sobre los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Palestra, Lima, 2004, pp. 71-72.

voluntad⁴⁰; siendo, por tanto, la manifestación de voluntad lo sustancial para la existencia del acto jurídico. De ello, se colige que, un hecho jurídico, humano, voluntario, con manifestación de voluntad, destinado a la consecución de un efecto jurídico, vendría a constituir un acto jurídico existente, y, a contrario sensu, ante la ausencia de ello devendría en inexistente.

De igual forma, ahora corresponde revisar el negocio jurídico, cuya primera concepción es la que está regulada en nuestra Código Civil. Ahora bien, no obstante, la evolución teórica por la que ha pasado el “negocio jurídico”, se considera que las más representativas y consolidadas, por su construcción teórica y lógica-jurídica, por tanto, coherentes, las cuales son: la teoría preceptiva del negocio jurídico y la teoría normativa del negocio jurídico, por lo que, conviene recordar, en este punto, cómo es que estas conceptúan al negocio jurídico. Desde el punto de vista de la teoría preceptiva del negocio jurídico⁴¹, la existencia del negocio importa la

⁴⁰ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Contribución a la teoría del negocio jurídico, 1° ed., ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 30.

⁴¹ Cuyo creador es Emilio Betti, seguido por Renato Sognamiglio, entre otros autores italianos y europeos; y en el Perú defendida por autores como Lizardo Taboada Córdova, Gastón Fernández Cruz, Eric Palacios Martínez, entre otros.

identificación del concepto de este que importa el supuesto de hecho que contiene el precepto social, a cuya ausencia se da la inexistencia. Por su parte, desde la perspectiva de la teoría normativa del negocio jurídico⁴², se explica la existencia del mismo, en forma extensiva, en atención a la validez formal de las normas (que es propiamente hablar en términos de existencia jurídica, esto es que algo exista en el plano del derecho) que se da en atención a reglas de reconocimiento, pues, como afirma esta teoría, el negocio mismo es una norma⁴³ (por ello, fuente de derecho objetivo), claro está, que el derecho objetivo creado por el negocio entraría en las escala jerárquica de las fuentes normativas como último peldaño; de lo que se infiere que, siendo el negocio una norma, se debe tener en cuenta que éste tiene una validez formal, ante cuya ausencia se estaría en el caso de inexistencia.

⁴² El insigne creador de esta teoría, como dijimos, es el autor italiano Luigi Ferri; siendo que, en nuestro país, dicha concepción normativa del negocio jurídico, es seguida por el profesor Rómulo Morales Hervias.

⁴³ La explicación de esta posición se encuentra en la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, propugnada por Santi Romano y en la afirmación Kelseniana que los aspectos, aparentemente opuestos, de formación y de regulación del Derecho se dan de manera indiscutible en el negocio jurídico y que una peculiaridad importante del Derecho es la de poder regular su propia creación.

Esta es la primera etapa o momento del negocio (acto) jurídico.

8.2. Segundo momento

Luego de que ya se da o se identifica la esencia misma del concepto de negocio (acto) jurídico, viene un segundo momento constituido por la validez, que, en suma, importa una cualificación o valoración por el ordenamiento jurídico del hecho que en concreto (o intento práctico) es aportado por las partes, en uso de la autonomía de la voluntad o autonomía privada o normativa -según sea que se adopte la teoría del acto jurídico o la del negocio jurídico-, para ser confrontado con el supuesto de hecho (abstracción jurídica de la realidad) que contiene el precepto social; y tal rol se realiza teniendo en cuenta ciertas exigencias (requisitos de validez) que el mismo ordenamiento impone para su admisión válida en el plano de lo jurídico, de tal hecho concreto (o intento práctico, o manifestación de voluntad, según hemos expuesto) con la calidad jurídica de negocio (acto) jurídico válido. De ello se colige, que, si no se cumplen con tales exigencias, a contrario, el ordenamiento que recibe tal hecho concreto (intento práctico, o manifestación de la voluntad) que, si bien se identifica con el concepto mismo (esencia) del negocio (acto) jurídico, no

es admisible para ser calificado u obtener la calidad jurídica de negocio (acto) jurídico válido, en consecuencia, se le califica negativamente imponiéndosele, más bien, la calidad jurídica de negocio (acto) inválido.

Entonces, cuando el negocio no reúne las exigencias a las que hemos hecho mención, se sanciona con invalidez, la cual se especifica, pudiéndose invalidar al negocio con la nulidad o anulabilidad, según la naturaleza y magnitud del defecto o vicio en que incurrió aquel. Nótese a este respecto, donde está ubicada la categoría jurídica de la nulidad, la cual se da una vez existe el negocio y haya sido calificado negativamente por el ordenamiento, pues se anula o se declara nulo algo que tiene existencia, es decir, pre requisito para que opere la nulidad, es que exista el negocio (acto) jurídico, punto específico respecto del cual se pueda decir algo.

8.3. Tercer momento

La tercera etapa por el cual atraviesa el negocio (acto) jurídico, es el de la producción de sus efectos, que es el segundo momento de la calificación, donde se busca la idoneidad del hecho concreto (intento práctico, o manifestación de voluntad) existente como negocio (en la medida que evidencia la esencia misma de este), calificado

por el ordenamiento como válido y, por tanto, adecuado para producir efectos jurídicos; de donde deviene en negocio jurídico válido capaz de producir efectos jurídicos, pues, no es novedad el hecho de que puedan haber negocios válidos que no produzcan efectos, o que haya, inversamente, negocios eficaces pero que en sí eran inválidos. De esto se colige claramente que la inexistencia, en verdad -atendiendo a un estudio serio y técnico jurídico- es una categoría autónoma y diferente de la nulidad.

9. Diferencia entre inexistencia y nulidad

Sobre la diferenciación entre ambas categorías, se han esbozado muchos argumentos, que, en mayor o menor medida, tienden a tratar de conseguir la anhelada claridad en tal diferencia, por ello se ha dicho que la distinción entre inexistencia y nulidad ha sido objeto de diferentes posiciones⁴⁴.

Así, Galgano señala al respecto que, la importancia de la distinción entre la nulidad y la inexistencia, se centra en que el contrato o el acto inexistente no produce aquellos

⁴⁴ MORALES HERVIAS, Rómulo, ob. cit., p. 247.

efectos, al menos, limitados que el contrato o el acto nulo producen⁴⁵.

Por su parte, Espinoza Espinoza afirma: "... es imperativo distinguir la inexistencia, que es la no configuración del acto, de la invalidez, que se da por una patología de los elementos esenciales del mismo o por un vicio de la voluntad. La inexistencia implica que no hay ningún efecto jurídico, cosa que no puede decirse del acto inválido"⁴⁶. En igual sentido opina Cieza Mora⁴⁷.

En su contenido, dice Calle que <<... en la inexistencia falta, por ejemplo, el objeto o la causa, tratándose de nulidades se acude a la calificación de esos elementos a fin de determinar si su presencia en el negocio (la cual no se

⁴⁵ GALGANO, Francesco: El negocio jurídico, traducción de Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 261.

⁴⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia. 1º. ed. 2008, Gaceta Jurídica, Lima, p. 21.

⁴⁷ CIEZA MORA, Jairo. "Las ineficacias negociales: su importancia en la nulidad de acuerdos en materia civil y societaria. Un enfoque jurisprudencial", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Editorial Normas Legales, Año 8, Nº 63, Trujillo, 2006, p. 165.

discute) es válida. Ya no se trata de la ausencia del objeto o de la causa, sino de su licitud>>⁴⁸.

Para Betti⁴⁹ se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo.

A su turno, el profesor Scognamiglio, parte por afirmar que es inobjetable el hecho de que el negocio nulo produce efecto jurídico alguno (los llamados “efectos indirectos”),

⁴⁸ CALLE, en el mismo sentido DUCCI CLARO, C. Citados por: NÚÑEZ MOLINA, Waldo Francisco: *El Negocio Jurídico*, 1º. ed., Editorial San Marcos (S.M.), Lima, 2006, p. 328.

⁴⁹ También esta división, aunque ha sido objeto de críticas, es conceptualmente legítima. BETTI, Emilio. *ob. cit.*, p. 408.

que excepcionalmente puede subsanarse, convertirse en un negocio válido, por lo que resultaría fundada la opinión según la cual el negocio nulo existe para el derecho, debiendo, por ello, ser distinguido del negocio inexistente, que es absolutamente improductivo de efectos⁵⁰.

Torres Vásquez, partiendo de la premisa de que, un hecho jurídico humano voluntario lícito con manifestación de voluntad, cuya finalidad es crear, regular, modificar una relación jurídica, constituye un acto jurídico, y como tal se dice que tiene existencia jurídica; explica que, el comportamiento humano existe en la realidad como un evento positivo o negativo, y porque existe en la realidad es calificado por el derecho como jurídicamente existente (ej. un contrato) o inexistente (ej. el juego de un niño), esto es que no tiene significancia jurídica (no todo lo que existe en la realidad, existe jurídicamente). Así un evento puede existir en la realidad y no existir jurídicamente (ej. se invita a un amigo a un paseo y si no asiste, no hay acción alguna que pudiera permitir que sea demandado por su

⁵⁰ El desarrollo de esta nueva noción de inexistencia puede captarse claramente de la doctrina francesa, en ella la inexistencia, absorbida, como se ha visto, por la nulidad, se vuelve a proponer, rápidamente, en relación con el problema de los efectos del negocio nulo. SCOGNAMILGIO, Renato. ob. cit., p. 430.

inasistencia), y asimismo hay eventos que pueden tener existencia jurídica, aunque no tengan existencia en la realidad, ej. la presunción de paternidad del cónyuge, que el ordenamiento ha considerado cuando un hijo nace dentro del matrimonio (art. 362 C.C.). Por otro lado, hay actos humanos que producen efectos jurídicos (sin ser negocios), y que por ello son hechos jurídicos (v.gr. el matrimonio entre el raptor y la raptada menor de edad carente de discernimiento no constituye un “acto jurídico”, el matrimonio es inexistente, pero si es un hecho jurídico, por cuanto el raptor tiene responsabilidad civil y penal)⁵¹.

Por esto, en doctrina al decir acto inexistente, no se afirma la inexistencia de ningún “hecho jurídico”, sino que no existe un hecho que merezca la calificación de “acto jurídico” por falta de sus elementos esenciales previstos por el ordenamiento jurídico para que existe válidamente; hay una apariencia de acto jurídico que puede constituir un hecho jurídico si es que el ordenamiento jurídico le aneja efectos. Si hay manifestación de voluntad, pero falta algún requisito de validez el acto jurídico es inexistente, pero esa voluntad manifestada puede constituir un hecho jurídico si tiene consecuencias jurídicas. Como dice Barbero, “la manifestación continúa siendo ciertamente un

⁵¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, ob. cit., p. 675.

<<hecho>> indiscutible, pero no constituye <<negocio>>"; y, por tanto, los efectos que pueda tener no serán, de todos modos, <<efectos negociales>>". Entonces si falta la manifestación de voluntad o algún requisito de validez, estamos frente a un acto inexistente que el ordenamiento jurídico califica como inválido, sancionándolo con nulidad absoluta (art. 219 C.C.). La cuestión es académica y se resuelve en estos términos: el negocio es <<inexistente>> cuando falta la declaración de voluntad (negocio <<no nato>>); y puede ser nulo por defecto de forma o de requisitos de sustancia negocio nacido muerto)⁵².

De La Puente, refiriéndose a lo regulado por nuestro ordenamiento, señala, el artículo 140 del Código Civil define al acto jurídico como la manifestación de voluntad, con lo demás expresado en tal artículo, y exige para su validez requisitos enumerados a lo largo de cuatro incisos. Entonces, cuando falta la declaración de voluntad no se produce la nulidad (como erróneamente dice el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil) sino la inexistencia del acto jurídico, por cuanto que si se identifica el acto jurídico con la manifestación de voluntad, y falta ésta última el acto no existe y él no puede ser nulo (ya se ha visto que el acto nulo existe, aun cuando por ley es privado de validez), lo cual se verifica, por cuanto, que el precitado artículo 140

⁵² Ídem.

no declara como requisito de validez a la declaración de voluntad, como si lo hace para las causales contempladas en sus cuatro incisos, que también son causales de nulidad del acto jurídico según lo preceptuado en los incisos 2, 3, 4 y 6 del artículo 219 del Código Civil. Así, la manifestación de voluntad a que se refiere el 140 es necesaria para la existencia del acto jurídico, y los cuatro requisitos exigidos por mencionado artículo son necesarios para la validez del acto jurídico, lo cual es ignorado por el ya citado artículo 219 que otorga la misma sanción a una y a los otros. En cuanto a la finalidad práctica de la inexistencia, el Profesor de la Puente y Lavalle encuentra un fundamento sólido de ésta, en la posibilidad de la figura jurídica llamada conversión (uno de las conquistas del derecho moderno y que consiste en la transformación de un acto jurídico nulo en otro de diversa naturaleza) de los actos jurídicos, y uno de los requisitos para que se produzca la misma, es que el acto jurídico sea nulo según el tipo de acto celebrado por las partes, a fin de que pueda ser salvado de su nulidad; la conversión no se aplica al acto jurídico inexistente, desde que no es posible la transformación de un acto que no ha llegado a tener existencia⁵³.

⁵³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: "La conversión del acto jurídico", *Negocio jurídico y responsabilidad civil - Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, p. 500.

Posición, especialmente, relevante de los autores nacionales es, sin duda, lo postulado por el Profesor Morales Hervias, que enseña -a partir de la validez formal y normativa de las normas jurídicas-: la noción del negocio jurídico es aplicable a la noción de validez formal y la noción disciplina negocial a la regulación jurídica de los actos de autonomía privada (validez normativa). Conviene aclarar que a partir de la confrontación entre la norma jurídica pública que indica el tipo negocial y la norma jurídica pública que indica el tipo negocial y la norma jurídica privada, se debe analizar la noción de negocio jurídico. Es decir, por validez formal del negocio jurídico debe entenderse que el negocio jurídico es una norma jurídica privada (acto de autonomía privada)⁵⁴.

Por el contrario, la validez normativa es el negocio jurídico entendido como supuesto de hecho de una norma jurídica pública en tanto importa una calificación (sanción) de idoneidad de producción de efectos jurídicos. Por consiguiente, podemos definir a la inexistencia como el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la nulidad negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio). También se puede

⁵⁴ MORALES HERVIAS, Rómulo: Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico, 1º ed., ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002, p. 272.

aseverar que el negocio jurídico inexistente, es el acto de autonomía privada irrelevante (invalidez formal del negocio). A mayor abundamiento el hecho inexistente produce expectativa (efectos jurídicos preliminares) y el negocio nulo produce efectos jurídicos negativos, pero es susceptible de conversión. Así, el tratante perjudicado en las tratativas y el consumidor dañado en la contratación masiva, podrán sustentar como pretensión ante la autoridad administrativa o ante la autoridad jurisdiccional la existencia de tales actos no negociales por haber causado efectos preliminares en sus esferas jurídicas. En sentido contrario, el tratante que suspendió las tratativas y la empresa podrán fundamentar su defensa de fondo en la inexistencia de dichos actos⁵⁵.

Todo lo expuesto, por citar algunos autores que abordan el tema en la doctrina.

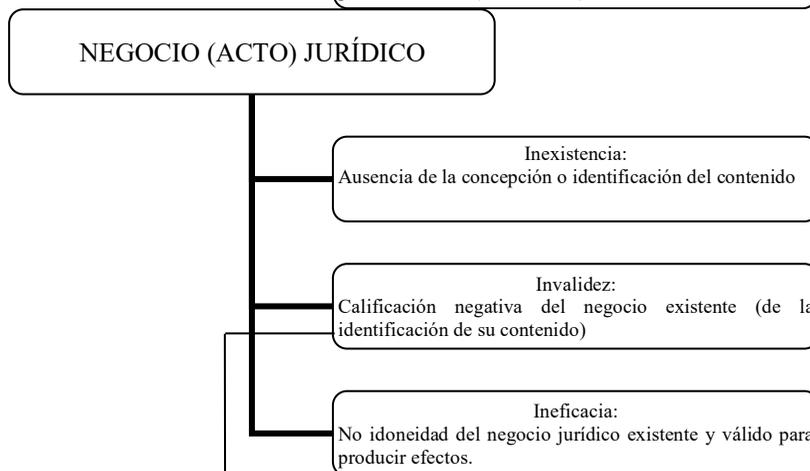
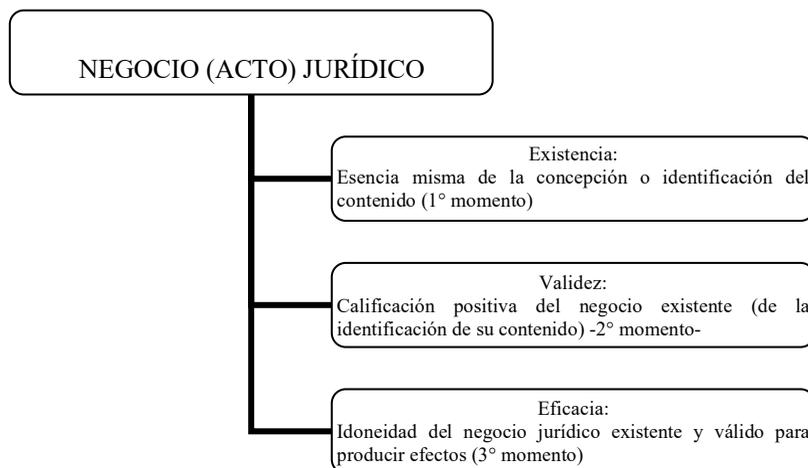
Empero, siguiendo con el orden de ideas expuesto (y atendiendo a lo afirmado líneas atrás en los ítems que hemos desarrollado con la finalidad de expresar nuestra idea) debe comprenderse o entenderse que un negocio (acto) jurídico inexistente vendría a ser la ausencia de la concepción misma (de la identificación de la esencia) del negocio jurídico, mientras que el negocio (acto) jurídico

⁵⁵ Ídem.

nulo debe entenderse que es una categoría jurídica (generada al interior del negocio jurídico mismo) que se da cuando ya existe negocio y éste recibe la calificación (negativa) por el ordenamiento jurídico, deviniendo la imposición (sanción) de las consecuencias jurídicas que corresponde por haberse representado la nulidad, circunstancias e instancia en que recién aparece la categoría jurídica a la que venimos refiriéndonos.

Se ha dicho, no en pocas veces, que el negocio nulo vendría a ser el concebido que nace muerto, y que la anulabilidad es el nacido con taras que posteriormente muere por la gravedad de su enfermedad (o afectado de un vicio que conlleva a tal resultado, si nos referimos al negocio); a lo que nosotros agregamos que la inexistencia sería simplemente la no concepción, aquí puede decirse que hubo una supuesta madre con el vientre abultado que simulaba embarazo, cuando en realidad sólo se trataba de un tumor, o cualquier otra circunstancia -si se quiere-, pero, en absoluto, hubo embarazo o concepción, siendo así -conforme a todo cuanto se ha dicho- no se dio acto (negocio) jurídico, ergo se trata de un negocio (acto) jurídico inexistente diferente de la categoría jurídica de la nulidad del acto jurídico.

Los siguientes cuadros, grafican lo expuesto respecto de la existencia e inexistencia del acto (negocio) jurídico:



Nulidad:
Negocio existente calificado negativamente de inválido y sancionado con el efecto de la nulidad.

Anulabilidad:
Igual que el anterior, pero en menor gravedad.

Finalmente, queremos advertir, que un artículo, realmente queda corto para abordar el tema como corresponde, no obstante hemos tratado de sintetizar nuestras ideas, lo cual ha hecho que no hayamos tocado algunos temas, como por ejemplo tratar a profundidad la concepción del negocio jurídico, así como la diferencia teórica (o académica) y práctica (supuestos o casos –como por ejemplo nuestro análisis al “Proyecto de Pavia”, donde ya se regula la inexistencia negocial⁵⁶) que hemos

⁵⁶ “... el estudio de la inexistencia negocial en el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, aclarando que, si bien el mencionado Proyecto trabaja sobre la base del contrato, nosotros ampliamos sus concepciones al acto jurídico en general. En tal dirección, en el artículo 137º del Anteproyecto se regula la figura de la inexistencia. Allí se asevera que no hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato. Entonces, estamos ante el supuesto de inexistencia contractual cuando ni siquiera hay una apariencia que pueda ser considerada como contrato. Lo poco que pueda acontecer o materializarse en la realidad, existencialmente hablando, apenas si puede tomarse en cuenta por el derecho. Por lo que su regulación se dirige más a regir las consecuencias del acontecimiento, que en regular al evento en sí. En tal sentido, la tarea básica del legislador es delimitar la inexistencia y luego normativizar sus posibles efectos, en caso de haberlos. Pese a la noción general estipulada en el Anteproyecto, a continuación, en su mismo texto, se

podido encontrar de la revisión que hicimos de los autores que, a nivel nacional e internacional, abordan el tema de la inexistencia, de igual manera el tema de la conversión como un fundamento sólido para la diferenciación entre la inexistencia y la nulidad, entre otros temas, empero queda el compromiso de darlos a conocer en un próximo trabajo, de mayor espacio de estudio, que tengamos a bien realizar, pues de lo que se trata es de aportar con ideas, por muy simples que sean, a la investigación jurídica que ayuden a hacer más útil la aplicación del Derecho a la realidad, a las relaciones sociales, pues, no se olvide que el Derecho constituye una técnica de las relaciones sociales fundada sobre la atribución de efectos, garantizados por el aparato coercitivo del Estado o por otros mecanismos análogos, a

colocan algunos supuestos puntuales. 4.1. CAUSALES DE INEXISTENCIA NEGOCIAL. 4.1.1. FALTA DEL SUJETO. 4.1.2. FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA. 4.1.3. CARENCIA DE OBJETO. 4.1.4. LA DISCONFORMIDAD ENTRE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN. 4.1.5. SUPUESTO GENERAL O DE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA. 4.2. CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA NEGOCIAL. 4.2.1. AUSENCIA TOTAL DE EFECTOS CONTRACTUALES. 4.2.2. MATERIALIZACIÓN DE LA INEXISTENCIA NEGOCIAL. 4.2.3. CLÁUSULAS TENIDAS POR NO ESCRITAS. Véase: TANTALEÓN ODAR, Reynaldo Mario: "La inexistencia en el anteproyecto del Código Europeo de Contratos", *Derecho y Cambio Social*, artículo publicado en la web por, Magíster en Derecho Civil y Comercial, Año 5, N° 15, 2008.

una serie de hechos y actos esencialmente cualificados por sus características formales⁵⁷.

10. Conclusión

Como se pudo advertir a lo largo de las líneas del presente trabajo, de ninguna manera, la inexistencia del negocio o acto jurídico se equipara conceptualmente a la categoría jurídica de la nulidad de los mismos, por cuanto obedecen a dos momentos claramente diferenciados, así como tampoco oscurece el ordenamiento jurídico y, muy por el contrario, se erige como un instrumento importante, tanto para el legislador como para los jueces, que coadyuva a afianzar el principio vertebral del Derecho de la seguridad jurídica.

11. Bibliografía

- BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto: "La ineficacia del Acto Jurídico", *Cuadernos Jurisprudenciales*, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho Español A.

⁵⁷ PIZZORUSSO, Alessandro: *Justicia, Constitución y Pluralismo*, 1° ed., Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, p. 219.

Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

- BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo: Derecho Civil - Hechos y actos jurídicos, traducción de Fernando Hinestrosa. 1° ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, T. I, Vol. 2.

- CAMUSSO, Jorge: Nulidades Procesales, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1983.

- CIEZA MORA, Jairo: "Las ineficacias negociales: su importancia en la nulidad de acuerdos en materia civil y societaria. Un enfoque jurisprudencial", *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Editorial Normas Legales, Año 8, N° 63, Trujillo, 2006.

- COVIELLO, Nicolás: Doctrina general del derecho civil, traducido por Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana (UTEHA), México, 1938.

- DE LOS MOZOS, José Luis, "la Inexistencia del negocio jurídico", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año CVIII, Segunda Época, T. XL, N° 208, 1960.

- DE LA PUENTE Y VALLE, Manuel: "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil", *Biblioteca para leer el Código Civil - Primera Parte*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, Vol. XI, T. I.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: “La conversión del acto jurídico”, *Negocio jurídico y responsabilidad civil - Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia, 1° ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- FERRI, Luigi. La Autonomía Privada, Traducción y notas de Derecho Español por Luis Sancho Mendizabal, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1969.
- GALGANO, Francesco: El Negocio Jurídico, traducción de Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- LEÓN, Leysser L.: El sentido de la codificación civil - Estudios sobre los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Palestra, Lima, 2004.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: El Negocio Jurídico, 2° ed., Editora Jurídica Grijley, Lima, 1997.
- MAZEUD, Henri, Jean y León: Lecciones de derecho civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1978, Parte Segunda, Vol. I.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico”, *Derecho & Sociedad - Derecho Civil*, Asociación Civil, N° 28, Lima, 2007.

- MORALES HERVIAS, Rómulo: Estudios sobre Teoría General del Contrato, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2006.
- MORALES HERVIAS, Rómulo: “Código Civil de 1936 y doctrina peruana; Recepción de la teoría general del negocio jurídico”, *Proceso & Justicia - Revista de Derecho Procesal*, N° 5, Perú, 2005.
- MORALES HERVIAS, Rómulo: Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico, 1° ed., ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002.
- MORALES HERVIAS, Rómulo: <<Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano>>. Nulidad, NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia, Nulidad de los actos jurídicos. Obtenido de: <http://www.cofigo-civil.info/nulidad/lodel/lodel/document.php?id=29>. 2005.
- MORALES HERVÍAS, Rómulo: Patologías y Remedios del Contrato, Jurista Editores, Lima, 2011.
- NÚÑEZ MOLINA, Waldo Francisco: El Negocio Jurídico, 1° ed., Editorial San Marcos (S.M.), Lima, 2006.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2002.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. La conversión y la nulidad del negocio jurídico. 1° ed., ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2002.

- PIZZORUSSO, Alessandro: Justicia, Constitución y Pluralismo, 1° ed., Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier: Curso del acto jurídico, 1° ed., Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003.
- SCOGNAMIGLIO, Renato: Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico, edición, traducción y notas de Leysser L. Leon, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: Nulidad del Acto Jurídico, 2° ed., Editora Jurídico GRIJLEY E.I.R.L., Lima, 2002.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato, 1° ed., Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2002.
- TANTALEÓN ODAR, Reynaldo Mario: “La inexistencia en el anteproyecto del Código Europeo de Contratos”, *Derecho y Cambio Social*, artículo publicado en la web por, Magíster en Derecho Civil y Comercial, Año 5, N° 15, 2008.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: Acto Jurídico, 2° ed., Editorial IDEMSA, Lima, 2001.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando: El acto jurídico, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.
- ZUSMAN TINMAN, Susana y DE LA PUENTE Y VALLE, Manuel: “Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos”, Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, T. II, Lima.

La potestad de declaración de inexistencia de los actos o negocios jurídicos del juez civil

La historia de una indebida equiparación conceptual entre las categorías jurídicas de la <<inexistencia>> y la <<nulidad>>: ¿Qué es lo que realmente se reguló en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil?

Sumario

1. Introducción. – 2. Diferencia entre la inexistencia y nulidad. – 2. Diferencia entre la inexistencia y nulidad. – 2.1. Ápice sobre la diferencia abordada en la doctrina nacional y comparada. – 2.2. Ápice sobre la diferencia abordada en la jurisprudencia nacional y comparada. – 2.2.1. Argentina. – 2.2.2. Chile. – 2.2.3. Colombia. – 2.2.4. Perú. – 2.3. Nuestra explicación sobre la mencionada diferencia. – 2.3.1. Breve alcance sobre la concepción del acto o negocio jurídico. – a) Dimensión teórico-conceptual del acto o negocio jurídico. – b) Dimensión instrumental-conceptual del acto o negocio jurídico. – 2.3.2. Etapas o fases de desarrollo del negocio o acto jurídico. – a) Primer momento o fase de desarrollo. – b) Segundo momento o fase de desarrollo. – c) Tercer momento o fase de desarrollo. – 2.3.3. Nuestra propuesta de la diferencia entre inexistencia y nulidad. – 3. Breve reseña sobre la

elaboración del segundo párrafo del artículo 220 del código civil (aspecto histórico). – 4. La dificultad de declarar la “nulidad” de oficio por el juez civil (aspecto procesal). – 5. Una precisión sobre la norma jurídica y el lenguaje jurídico (aspecto analítico). – 5.1. Norma jurídica. – 5.2. Lenguaje jurídico. – 6. La regulación de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico: “existencia de la inexistencia”. – 7. Conclusión. – 8. Bibliografía.

Resumen

En esta entrega, buscamos sustentar que la potestad jurídica reconocida al juez y sancionada en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, en realidad no es la de declarar de oficio la “nulidad” del negocio o acto jurídico, sino la de declarar la “inexistencia” del mismo, por cuanto la primera categoría jurídica (nos referimos a la nulidad), conforme a una debida interpretación sistemática de las normas jurídicas al respecto, presenta un montón de óbices sustantivos y procesales, precisamente, para su declaración *ex officio*.

Palabras clave: declaración de oficio de la nulidad, declaración de inexistencia, negocio o acto jurídico.

1. Introducción

No en pocas oportunidades, los enunciados jurídicos contenidos en las normas jurídicas, traen consigo conflictos en la labor interpretativa y de aplicación del derecho (positivo), de cara a la resolución de los casos concretos, claro está, luego de la cognición (de toda la secuela del proceso) y valoración (de hechos, medios de prueba y fundamentos) que efectúan los magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional. De hecho, ello es común o consustancial al mundo del derecho, en tanto incluso muchos de los términos y expresiones que se emplean en aquel constituyen un vocabulario jurídico multívoco que conduce inexorablemente al equívoco, no es un vocabulario unívoco, ya que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico⁵⁸. Siendo así, lo indicado se verifica

⁵⁸ Se hace referencia por ejemplo, a la pregunta sobre el significado de la palabra acción, de lo cual se obtendría por lo menos las siguientes respuestas: a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etcétera) (respuesta del civilista); b) *es el título representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista); c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista); d) es el medio legal de pedir jurídicamente lo que es nuestro o se nos debe

también en el supuesto de hecho contenido en el dispositivo del segundo párrafo artículo 220 del Código Civil, donde, como desarrollaremos a lo largo del presente artículo, se dio una indebida equiparación conceptual a dos categorías jurídicas distintas, no solo teórica (que importa una diferenciación conceptual) y funcionalmente (en cuanto al funcionamiento del mismo -en la práctica- y los mecanismos por los cuales se dan -diferencia procesal-), sino también en cuanto a sus efectos jurídicos (que en un caso son absolutos y definitivos y en el otro no), habiéndose regulado en dicho dispositivo de forma confusa la categoría jurídica de la nulidad.

Pues bien, para sustentar nuestra lectura del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, nos apoyamos en cuatro argumentos: que, se parte de la premisa de aceptar la diferencia entre las categorías jurídicas de la inexistencia y nulidad de los actos o negocios jurídicos (aspecto sustantivo); una breve reseña a la elaboración de dicho artículo (aspecto histórico); la dificultad de declarar

(respuesta del procesalista); asimismo, se indica que se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho*, de *demanda* y de *facultad*, además de que, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: *acción cambiaria*, *acción civil en caso de delito*, *acción penal*, etcétera. ALVARADO VELLOSO, Adolfo: El Garantismo Procesal. 1° ed., Editorial ADRUS S.R.L., Arequipa – Perú, 2010, pp. 29-30.

la nulidad tal cual por el juez civil (aspecto procesal); y, finalmente, una precisión sobre la norma jurídica y el lenguaje jurídico (aspecto analítico).

2. Diferencia entre la inexistencia y nulidad

2.1. Ápice sobre la diferencia abordada en la doctrina nacional y comparada

En nuestro trabajo que precede a este, ya hemos abordado este aspecto, citando algunos trabajos de la doctrina, por lo que, a fin de no redundar nos remitimos a lo allí desarrollado y agregaremos algunas otras citas, sobre todo de autores nacionales (lo cual, ciertamente, demuestra su aceptación, en modo alguno), para luego centrarnos en ampliar nuestra explicación sobre la diferencia entre la inexistencia y la nulidad del negocio o acto jurídico.

El profesor Palacios Martínez sustenta que, la inexistencia no puede producir efecto negocial ni extranegocial alguno, es la forma más absoluta de falta de efectos; es la absoluta irrelevancia⁵⁹. Ello, porque el autor entiende que en el supuesto de la inexistencia no hay

⁵⁹ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: La conversión y la nulidad del negocio jurídico, 1° ed., ARA Editores, Lima - Perú. 2002, p. 287.

ninguna *fattispecie*⁶⁰; a diferencia de la nulidad que, más bien, sí produce efectos, aunque negativos, ante un supuesto de hecho defectuoso.

Por su parte, León sostiene que, la inexistencia se vincula con la ausencia del elemento visible (que se entiende como parte de su estructura) del negocio y que es, justamente, la declaración o la manifestación de voluntad, conforme a nuestro Código Civil o, como lo entiende el mencionado profesor, la “voluntad negocial” y “su exteriorización”, lo que constituye el núcleo del negocio jurídico⁶¹. Siendo así, entendiendo al mencionado profesor, la nulidad, que obedece a un momento posterior, esto es, la invalidez, se da cuando si hay o existe dicha voluntad negocial y su exteriorización, empero de modo deficiente.

Flume, enseña que, la inexistencia negocial, dado que consiste en ningún acto negocial, por lo que, no surge ninguna reglamentación negocial, supone que tampoco se vincula al acto ninguna consecuencia jurídica de este carácter; por ello mismo, el negocio inexistente no admite

⁶⁰ PALACIOS MARTÍNEZ. Ob. Cit., p. 286.

⁶¹ LEÓN, Leysser L.: Derecho Privado. Parte General – Negocios, actos y hechos jurídicos, 1° ed., Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, Lima, 2019, p. 39.

conversión y, mucho menos, puede ser confirmado, a diferencia del acto nulo, según ciertos supuestos⁶².

Garcés Vásquez explica que, a primera vista, el negocio jurídico es inexistente cuando carece de la debida determinación de algún elemento de existencia, ya sea de carácter general (sujetos de derecho, consentimiento, objeto, causa y forma sustancial) o, de orden particular (cuando se trata de los elementos esenciales); no obstante, precisa que, la inexistencia negocial no se refiere a una circunstancia en la cual los sujetos de derecho carecen de todo vínculo, sino a circunstancias fácticas que por una u otra razón no alcanzan a constituir un negocio jurídico. Agrega que, en términos normativos, el negocio jurídico es inexistente cuando los sujetos de derecho, más allá de haber incoado la actuación dirigida a la configuración del supuesto de hecho, no observaron a cabalidad aquellas exigencias inexcusables para que se produjeran las consecuencias preceptivas pretendidas. Con todo, concluye, que se presenta inexistencia negocial cuando el cometido constructivo del negocio deviene incompleto, dado que no se ha recorrido a plenitud el sendero

⁶² FLUME, Werner: El Negocio Jurídico - Parte General del Negocio Jurídico, trad. José María Miguel Gonzales y Esther Gómez Calle, 4º ed., Consejo General del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, T. II, p. 646 y ss.

constitutivo o conclusivo del negocio⁶³; mientras la nulidad, en tanto categoría de la invalidez, se concibe como aquella ineficacia que se presenta cuando el negocio jurídico no reúne los presupuestos que la ley consagra para el valor del mismo, según su especie, la calidad o estado de los estipulantes⁶⁴, lo cual, evidentemente, es predicable del negocio que ya existe como tal.

Así también, Llambias, aclarando que la categoría jurídica del acto inexistente es extraña al sistema de las nulidades, entiende que aquel, es una noción conceptual -no legal-, que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica; por lo tanto, a este no ser acto jurídico -que respondería a una elaboración conceptual, racional y lógica- se lo designa adecuadamente con la denominación de acto jurídico inexistente. Ello, en la medida que, las nulidades importan sanciones legales que inciden en los actos jurídicos (ya existentes), por lo que, las mismas se erigen como medios de resorte legal, cuyo régimen está

⁶³ GARCÉS VÁSQUEZ, Pablo Andrés: Teoría del Negocio Jurídico – Instrumento de disposición de intereses personales, familiares y patrimoniales, Ediciones UNAULA, Medellín, 2017, pp. 356-358.

⁶⁴ GARCÉS VÁSQUEZ, Pablo Andrés, ob. cit., p. 363.

determinado por la propia ley; en cambio, en la categoría “racional” de los actos jurídicos inexistentes, precisamente, es sólo nuestro entendimiento (razón) el que nos muestra que si algo no es acto jurídico aunque aparente serlo, no es posible tratarlo como lo que no es, ni imputar a ese algo los efectos propios de los actos jurídicos efectivos y reales⁶⁵.

A su turno Ramón Domínguez expresa que, la concepción de la inexistencia supone que cuando a algún negocio le falta alguno de los requisitos formativos esenciales del mismo, no hay negocio jurídico⁶⁶, en tanto la nulidad supone la existencia del negocio empero con defectos originarios del mismos o defectos en su formación que afectan su validez.

Según se puede observar, en la doctrina hay una amplia referencia a la diferencia entre las categorías jurídicas de la inexistencia y nulidad del acto o negocio jurídico, aunque dicha cuestión no es ni ha sido pacífica (en lo que no ahondaremos, en atención a nuestro cometido), por ello

⁶⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: Teoría General del Negocio Jurídico, 2º ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, p. 176.

⁶⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín: Tratado de Derecho - Civil Parte General - Personas jurídicas, bienes, hechos y actos jurídicos, 17º ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997, T. II, pp. 513-514.

ya había adelantado hace bastante tiempo De Ruggiero que, seriamente es discutida la diferencia entre inexistencia y nulidad⁶⁷.

Antes bien, de pasar a desarrollar nuestro siguiente ítem, es necesario indicar que, de lo expuesto anteriormente, apreciamos que existe doctrina amplia sobre la diferenciación teórica y en cuanto a los efectos jurídicos que ambos conceptos importan, respecto de lo cual no ahondaremos por cuanto no es objeto del presente espacio de estudio, en tanto nuestro interés es sustentar nuestra postura respecto del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil vigente.

2.2. Ápice sobre la diferencia abordada en la jurisprudencia nacional y comparada

Sería muy extenso abordar la jurisprudencia del derecho comparado que se ha ocupado de la categoría jurídica de la inexistencia, así que, a fin sólo de ilustrar y acreditar el abordaje de la misma en la praxis jurídica, vamos a revisar la experiencia de tres países latinoamericanos y vecinos:

⁶⁷ DE RUGGIERO, Roberto: Instituciones de Derecho Civil - Introducción y Parte General – Derecho de las personas, derechos reales y posesión, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro 4º ed., Editorial Reus, Madrid, 1997, V. I, p. 306.

Argentina, Colombia y Chile. Terminaremos con una breve referencia al caso peruano.

2.2.1. Argentina

Se explica que, en la jurisprudencia argentina, al presente (en tanto que anteriormente no habría sido así), se ha tenido mayor referencia a la inexistencia, tanto que se puede hablar, incluso, de posturas a favor y en contra⁶⁸.

En la posición que admite la inexistencia como categoría autónoma y que le reconoce virtualidad a su distinción de la nulidad, se encuentran los casos: CSJN, 24/12/26, *in re* “Gobierno Nacional c/The Catalinas Warehouse and Mole Co. Ltd.”, *JA*, 23-645; 13/11/02, “Pcia. De Santa Fe c/Dn. Mrciano Molina s/nulidad y devolución de documentos”; 30/12/11 “Fisco Nacional s/nulidad de un decreto de revalidación de título de tierras fiscales otorgado a favor de Madame Lynch”; “Schmidt, F. H. S. A. (empresa constructora) c/Prov. De Medoza”, *JA*, 60-367 y ss.; CSJN, 6/11/39, “Exploradora de Tierra del Fuego S. A. c/Gobierno Nacional”, *JA*, 68-444; SCBA, *AyS*, 1978-III-173, y decisión

⁶⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo: Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos - Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial - Doctrina y jurisprudencia, 2° ed., Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2015, pp. 104-105.

de la causa “Roldán Ramos, S.B. c/Scacco, Néstor y otro”, *DJBA*, 116-153; *SCBA*, 7/12/82, “Moos, Rodolfo E. y otros c/Caputo, Héctor C. y otro”, *DJBA*, 124-381; Cám. 1° C.C. La Plata, Sala 1°, 26/4/94, causa 215806, “Aut-O-Gas Sa c/Eduardo Otera y Cia. SACI s/cumplimiento de contrato”, *JUBA* sumario n° B100465; Cám. 1° C.C. La Plata, Sala 1°, 27/5/93, causa 215180, “Quiroga Silvia E. c/Torquati, Pedro César y otra s/cobro ejecutivo”, *JUBA* sumario n° B150776; Cám. 1° C.C. La Plata, Sala 2°, 28/12/95, “Hermida Patricia c/Giannettasio, Graciela s/cobro ejecutivo”, *JUBA* sumario n° B151622; Cám. 1° C.C. La Plata, Sala 3°, 9/4/92, causa 211474, “Alfa Construcciones S.R.L. c/Masola, Luís s/cobro ejecutivo”, *JUBA* sumario n° B200331; Cám. C. y C. de Azul, Sala II, “Cancina y Olaza, Juan Carlos c/Cancina, Nelly Elena y otros s/rendición de cuentas y nulidad de cuenta particionaria”, expte. n° 36817; Cám. Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 13/5/80, “Provincia de Buenos Aires c/Asociación Empleados de Comercio de Bahía Blanca”, *DJBA*, 119-759; Cám. Civil y Com. Mar del Plata, Sala 1°, 18/10/77, “Graven, Soc. en Com. por Acciones c/Biblioteca Argentina para Ciegos”, *JA*, 1979-I-228; *CNCiv.*, Sala F, 27/8/79, “Sigfrido S.A. en Erdman del Carril, Elisa y otros c/Lozada, Mario”, *LL*, 1980-D-295, con nota de Elena I. Highton, y *ED*, 87-252; entre muchos otros. Ahora bien, entre los que adscriben al criterio que niega la categoría de

la inexistencia o le niega efectos prácticos, se encuentra la siguiente jurisprudencia: CNCom., Sala A, 17/9/79, "Muñiz y Cia., S. R. c/Martínez Ferreiro, Eduardo y otros", *LL*, 1980-A-557; CNCom., Sala A, 26/2/80, "Telleria, Luís c/Martínez, Balderrama y Cia, S.A."; CNCom., Sala C, 2/12/80, "Koen, Alicia c/Nogoyá S.A. y otros", *ED*, 92-178; Cám. Apel. Civ. y Com. Rio Cuarto, 26/3/84, "Tejedor, Basilio c/Municipalidad de Rio Cuarto", *LLC*, 1984-1360; Cám. Apel. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 8/8/85, "Abeisón, Alfredo c/Gómez Ethel", *DC*, 1986-II-420; además de otros⁶⁹.

A mayor precisión, se indica que la jurisprudencia que admite la distinción entre actos nulos e inexistentes, en general, sostiene que: a) los actos inexistentes no producen efecto alguno y nadie puede extraer consecuencia alguna de los mismos; b) el paso del tiempo, cualquiera sea su término, no sana los presupuestos de la inexistencia; c) no es verdad que los actos nulos no produzcan efecto, dado que algunos de ellos generan lo que se ha dado en llamar "efectos indirectos"; d) debido a lo anterior, no son equiparables en la práctica actos nulos e inexistentes, ni constituyen dos polos o matices de una disquisición teórica inútil; e) la nulidad e inexistencia de los actos jurídicos son dos categorías conceptuales que no tienen

⁶⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., pp. 126-127.

parentesco alguno entre sí, ya que, la nulidad es una sanción legal, en tanto que la inexistencia es una noción primordial del razonamiento y la lógica; f) la inexistencia del acto jurídico puede ser declarada de plano, de oficio, sin previo contradictorio y sin necesidad de que este punto haya sido incluido en la litis por alguna de las partes; g) la inexistencia del acto jurídico constituye una cuestión de hecho, susceptible de acreditarse en el periodo de prueba; h) la inexistencia de un acto puede ser pedida por cualquier persona, sea parte o no; i) pese a que cualquiera puede solicitarla, nadie puede pretender extraer beneficios de ella; j) los actos inexistentes, dentro de ellos las arquetípicas enajenaciones a *non domino*, no son alcanzados por la protección del artículo 1051 del CC⁷⁰.

2.2.2. Chile

Producto de un trabajo de investigación efectuado al respecto, enfocada en el análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, se identificó nueve fallos que tratan sobre la inexistencia tanto como eje central de discusión jurídica como de forma indirecta y secundaria: tres de ellas se centran en la nulidad del contrato celebrado por las partes (Sentencias de la Corte Suprema: Rol 8228-2010, Rol 35730-2017, Rol 38030-2017); dos de ellas

⁷⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., pp. 128-129.

comienzan por acción de inexistencia, con acción de nulidad en subsidio (Sentencias de la Corte Suprema: Rol 11452-2013 y Rol 70582-2016); una trata sobre cumplimiento forzado de contrato (Sentencia de la Corte Suprema: Rol 4537-2010), otra es sobre nulidad de pago (Sentencia de la Corte Suprema: Rol 38639-2017) y una última es sobre cobro de pesos (Sentencia de la Corte Suprema Rol 8556-2018). Ahora bien, de dichos casos analizados, se evidenciaron problemas jurídicos que, a pesar de la larga data de la discusión, continúan planteándose ante el referido tribunal supremo, los cuales son los siguientes⁷¹.

El primero de dichos problemas, es el de la relación entre la invalidez y la inexistencia; a propósito de un contrato de servidumbre, se determinó que, mismo otorga facultades para pronunciarse sobre la inexistencia del contrato, ya que el concepto de validez se interpreta en términos amplios, entendiendo dentro de sus alcances a la inexistencia del contrato. Así, se revisó que: un acto jurídico puede ser ineficaz porque se omitió un requisito

⁷¹ DIAZ OLGUÍN, Camila Loretto: La inexistencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la última década - Memoria para optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2021, pp. 18-19.

esencial para su existencia jurídica, lo que determina que el acto no produzca efecto alguno, pues se estima que ni siquiera llegó a constituirse como tal; o bien la ineficacia puede provenir de la omisión de un requisito determinado para la validez del acto, en cuyo caso, si bien el acto produce efectos, dichos efectos pueden cesar por la declaración de nulidad o invalidez; asimismo, y por último, la ineficacia puede incidir en un acto válidamente formado, pero que por circunstancias o eventos coetáneos o posteriores a su celebración se va a ver privado de efectos, de tal manera que, el acto pierde así la eficacia propia que habría tenido si dichas circunstancias no se hubieren verificado⁷².

Otro problema, consiste en la presencia o no de la teoría de la inexistencia en el ordenamiento jurídico chileno. Al respecto, se advirtió que, la postura de la Corte Suprema frente a la inexistencia, es la de entenderla como parte de una discusión doctrinaria de larga data, que ha sido atendida por los más grandes juristas de dicho país, quienes han optado por diferentes opiniones, siendo algunos partidarios de su cabida en el Código Civil y habiendo otros que se alejan de dicha idea. Así, en el análisis jurisprudencial realizado, la inexistencia se presenta como una construcción doctrinaria, que aporta

⁷² DIAZ OLGUÍN, Camila Loretto, ob. cit., pp. 19-22.

ideas y comentarios interesantes para la resolución de casos de relevancia jurídica, más al no encontrarse una alusión expresa y sistemática de la teoría de la inexistencia, no es posible aplicarla a los casos en concreto. Por tal razón, ha sido una constante respuesta de la jurisprudencia la idea de que aplicar la teoría de la inexistencia, es analizar su origen doctrinario, demostrando argumentos de ambas posturas, pero, al momento de tomar una decisión, se vuelve a la idea ya indicada de que la aplicación práctica de la teoría de la inexistencia produce efectos equivalentes a la nulidad absoluta, asimilándola a ésta y coronando a la nulidad como máxima sanción prevista en nuestra normativa. Con todo, la Corte entiende que no hay yerro jurídico en aplicar las reglas de la nulidad absoluta a una demanda de inexistencia⁷³.

Un tercer problema, es el de los requisitos de la esencia de un contrato y su relación con la inexistencia. Al respecto se ha dicho que, la jurisprudencia analizada presenta un punto fundamental sobre la inexistencia, indicándonos que al ausentarse de un contrato cualquiera de los requisitos que se entienden como de la esencia de éstos, el

⁷³ DIAZ OLGUÍN, Camila Loretto, ob. cit., pp. 23-26.

contrato no nace al derecho, no tiene efecto alguno, siendo, por tanto, inexistente⁷⁴.

El cuarto constituye lo relacionado a la toma de razón de los actos administrativos como causal de inexistencia; sobre ello, se ha señalado que, la toma de razón resulta esencial para que los actos administrativos produzcan efectos, toda vez que éstos sólo nacen a la vida del derecho una vez que se encuentran íntegramente tramitados, proceso en el cual se inserta la toma de razón, de tal manera que, en el caso de que un acto que no haya quedado totalmente tramitado, es considerado inexistente como tal, precisamente, por no haberse tomado razón del mismo⁷⁵.

2.2.3. Colombia

A propósito de una pesquisa realizada en dicho país, se ha logrado identificar una jurisprudencia, esto es, la sentencia del 21 de mayo de 1968, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia, bajo la ponencia del Dr. Fernando Hinestrosa, se expresó *ad literam* que: “Concebido el negocio jurídico como como acto de autonomía privada jurídicamente relevante: acto de

⁷⁴ DIAZ OLGUÍN, Camila Loretto, ob. cit., pp. 27-28.

⁷⁵ DIAZ OLGUÍN, Camila Loretto, ob. cit., p. 36.

autorregulación de los propios intereses, que el ordenamiento recibe y dota de los efectos propios de la figura típica utilizada, en consonancia con los propósitos prácticos ciertos de las partes, subordinados a la validez de la operación, que a su turno estriba en la conformidad de la conducta con las exigencias legales atientes a la formalidad, regularidad y corrección del negocio, obsérvese como, en pie de que de ordinario el comportamiento dispositivo está impulsado por una intención y decidido por una voluntad, la ley se esmera en proteger a los interesados, autorizándolos para impetrar la nulidad de los actos que realicen sin la conciencia y voluntad requeridas para la validez de tales operaciones.”. Luego dice que: “El acto de autonomía privada, llamado de por sí a tener relevancia jurídica, adquiere plena virtualidad a condición del ajusta cabal de conductas a las prescripciones normativas. Al completarse el recorrido de la definición del tipo negocial empleado por los particulares para proveer a una determinada especie de colaboración intersubjetiva, la figura alcanza existencia jurídica, palpándose entonces su dinámica en el efecto compromisorio o vinculante para sus autores, que le es característico y da aptitud para los resultados prácticos en que seguidamente se proyecta la vinculación típica. Acto social, el negocio jurídico está sometido a las prescripciones legales que atienden a su identificación,

regularidad y competente valoración, de modo que sólo se tenga por tal y dote de consecuencias a un comportamiento serio, con respaldo en su significación objetiva y en su corrección singular.”⁷⁶.

Después se agrega: “En tal sentido, el vigor del negocio jurídico se mueve dentro de los hitos extremos de eficacia e ineficacia, con una rica variedad de estados intermedios, reflejo de la multitud de situaciones que ofrece la actividad práctica. Por ello, las desviaciones de aquel poder en que incurran los miembros sociales están respondidas con reacciones de distinta índole, a tono con la magnitud y trascendencia del descarrío, según el designio legislativo, que provee a la sanción indicada, en dando a una salvación del acto dispositivo y de impedirle todo efecto que pudiera desembocar en mengua de los preceptos fundamentales, orientadores o restrictivos de la dicha autonomía.”. Enseguida se explica que: “Cuando quiera que no pueda hacerse la identificación de la figura iuris, porque no alcanzó a completarse su constitución en el mundo jurídico, cualquiera que llegue a ser su

⁷⁶ HURTADO DE ROJAS, Aydee: Existencia e inexistencia de los negocio jurídico y soluciones de situaciones contrahechas, *Revista Temas Socio-Jurídicos*, N° 27, Vol. 11, Universidad Autónoma de Bucaramanga, <http://hdl.handle.net/20.500.12749/17693>, 1994, pp. 100-101.

manifestación empírica, no puede hablarse de negocio, y las consecuencias que el fenómeno puede traer consigo no serán atribuidas a aquel, que no alcanzó a ser, sino el concreto supuesto de hecho que resulte de lo acontecido, a cuyo tratamiento atiende la ley sin reparar en las reglas atañederas a la autonomía privada, allí intrascendente. En cambio, si el acto llega a estructurar una entidad jurídica, pese a mayúsculas deficiencias o irregularidades en su constitución, existe ya como expresión negocial de necesaria ponderación, de lo que se predica validez o invalidez, eficacia o ineficacia, y cuyos resultados, por precarios que sean, tienen en él su origen y razón de ser, aún cuando hayan de desaparecer pronta y totalmente. Así se explica que de ordinario el negocio jurídico inválido sea susceptible de “ratificación”, convalecencia o conversión.”⁷⁷.

Siendo así, se expresa que: “Ineficaz, en términos globales, es el negocio carente de las consecuencias propias de la autonomía privada en general o de aquellas características de la figura. En tal acepción la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno que no cuenta en nuestra legislación con una caracterización normativa, pero que es

⁷⁷ HURTADO DE ROJAS, Aydee, ob. cit., pp. 101-102.

de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad... Invalidez es el negocio aquejado de graves defectos congénitos, radicados en el acto en sí: en su contenido, en su orientación, en los intereses dispuestos o en los sujetos que celebran. La reacción legal golpea aquí al propio compromiso, condenándolo a su destrucción. El pronunciamiento judicial, indispensable, quebranta el nexo irregular y, por su virtud, al caer la vinculación particular, se disuelven los efectos finales que ella sustenta... La ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura, aquellos que responden a su función práctico-social, cimentados en el compromiso, pero que no se confunden con él...⁷⁸.

Por tales razones, se concluye que, la inexistencia del negocio jurídico desde el punto de vista de las imple lógicas, se puede entender que al hablar de inexistencia nos referimos a algo que no existe para el derecho; sin embargo, el problema surge frente a las consecuencias que de este pueden surgir, pues aun cuando parezca un contrasentido hablar de consecuencias de lo que no existe, en la práctica, en el acontecer diario de los negocios se

⁷⁸ HURTADO DE ROJAS, Aydee, ob. cit., pp. 102-103.

presentan situaciones en las que las personas han pretendido efectuar un negocio que resulta inexistente por carecer de sus elementos esenciales o de su formalidad constitutiva; no obstante, se producen situaciones marginales que requieren de una decisión judicial, dado que no se puede buscar esa solución en la nulidad puesto que para que el negocio jurídico sea susceptible de ella es necesario que exista, motivo por el cual se hace necesario hallar el mecanismo adecuado de solución y, se sostiene, posiblemente esta sea la razón que ha llevado a una parte de la doctrina a predicar la teoría de la autonomía de la inexistencia del negocio jurídico. Por último, se apunta que la legislación civil colombiana no prevé en forma expresa la figura de la inexistencia del negocio jurídico, empero, se la puede encontrar de manera implícita en algunas normas; precisando que, en su momento, el Código de Comercio colombiano si regula la inexistencia en norma expresa⁷⁹.

De nuestra parte y, precisamente, en atención a lo señalado en el párrafo precedente *in fine*, hemos hallado una jurisprudencia relativamente reciente, contenida en el fallo SC19730-2017, de fecha 27 de noviembre del año 2017, emitida por Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, bajo la ponencia del magistrado Luís

⁷⁹ HURTADO DE ROJAS, Aydee, ob. cit., p. 104.

Armando Toloso Villabona, donde se decide el recurso de casación de Marina Stella, Iván y Álvaro Ignacio Salas Vergara, respecto de la sentencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por los recurrentes contra Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa. Esta causa tuvo como pretensión que se declare la inexistencia o en subsidio la nulidad absoluta de ciertos “actos jurídicos” y como consecuencia, en uno u otro evento, según corresponda, la culpa contractual o extracontractual de la interpelada; o en últimas, en el mismo orden, la responsabilidad derivada de la ya sentenciada inexistencia en otro proceso. En cualquier caso, con la condena a pagar a la sucesión de Guillermo Restrepo Mejía e indirectamente a la de Elisa María Vergara de Restrepo, la suma de \$234'333.073, con los intereses moratorios causados.

En dicha causa, se señala que: “Así que como no toda afección de esa índole conduce a neutralizar los efectos jurídicos del acto o contrato, la actividad probatoria debe orientarse a acreditar la anomalía psíquica y su influencia en la determinación de la voluntad al momento del otorgamiento del negocio jurídico cuestionado por parte del disponente. Con mayor razón, cuando la incapacidad o el vicio del consentimiento, por sí, no implica,

necesariamente, nulidad; ni menos, inexistencia, cuestión ésta ligada esencialmente con la ausencia de voluntad, de objeto jurídico o ya de ciertas solemnidades *ad substantiam actus*.”.

De ello se aprecia, claramente, que la figura jurídica de la inexistencia del negocio jurídico es ya empleada de manera, por demás, diferenciada de la nulidad, incluso en supuestos ya precisados, los cuales se pueden demandar hasta judicialmente.

2.2.4. Perú

En el caso de nuestro país, como es de público conocimiento, sobre todo de quienes nos hemos desempeñado en el ámbito jurisdiccional, si bien ya en la doctrina hay posturas que disciernen o le dan un tratamiento diferenciada a la inexistencia y nulidad del acto o negocio jurídico, no así se aprecia en la jurisprudencia, dispensándonos desde si incurrimos en yerro, puesto que, desde nuestro punto de vista, ocurre una de cuatro cosas: o se considera que son lo mismo, es decir, no son diferentes conceptos (irrelevancia teórica); o se considera que no tiene regulación expresa en el ordenamiento jurídico civil (oposición normativa); o que no hay ninguna utilidad práctica en dicha diferencia

(reparo fáctico o pragmático); o, por último, se le da un tratamiento implícito, es decir, se da tratamiento a supuestos de inexistencia como supuestos de nulidad de acto o negocio jurídico (confusión analítica). Nos reservamos para otro espacio el desarrollo de lo indicado, por no ser el propósito del presente.

2.3. Nuestra explicación sobre la diferencia mencionada

Todo lo expuesto -por citar algunos autorizados juristas que abordan el tema desde diferente perspectiva de la Teoría del Derecho-, para demostrar que en la doctrina existe abundante tratamiento doctrinario que conviene en lograr, en definitiva, la diferenciación mencionada; por nuestra cuenta, trataremos en las líneas siguientes de ampliar nuestra diferencia ya expresada en nuestro trabajo anterior.

Para efectuar nuestra explicación debemos partir de tres fundamentos a saber, que a continuación desarrollamos.

2.3.1. Breve alcance sobre la concepción del acto o negocio jurídico

Deseamos partir de la premisa según la cual se sostiene que todo cuanto hay en este mundo constituye un ente,

por lo que, hay entes materiales o concretos o corpóreos, entre otros, de los cuales nos interesa rescatar los así llamados “entes ideales”, constituidos, además de otros, por las ideas. Ahora bien, los entes son en cuanto son, y lo que algo o un ente “es” se designa con la palabra o término “es”⁸⁰ o “ser”, de modo tal que la expresión “ser” identifica lo que algo o ente es, por lo que, cuando se emplea el término “es” se interpela al “ser”. Así, señalar que el ente “es”, no es otra cosa que indicar o dar a conocer su “ser”.

En cuanto a los entes ideales, más allá de la postura de Heráclito de que el único ser que se puede alcanzar es el que se efectúa mediante el pensamiento (racional), habida cuenta de la variedad de entes, lo cierto es que el ser de aquel tipo de ente (ideal), en mayor medida que los otros, se da a través de los conceptos o definiciones.

Si seguimos dicho razonamiento, evidentemente, el acto o negocio jurídico constituye un ente ideal, ergo cuando leemos que, en el primer párrafo del artículo 140 del Código Civil peruano vigente, dice el acto jurídico “es...”, claramente está describiendo o dar a conocer el ser o esencia de dicha institución jurídica, y, siendo un ente

⁸⁰ CARPIO, Adolfo P.: Principios de filosofía - Una introducción a su problemática, 2º ed., Glauco, Buenos Aires, 2004, p. 1 y ss.

ideal, su ser o lo que es, va dado por su definición o concepto identificatorio.

Pues bien, a este respecto, nos parece interesante indicar lo siguiente sobre el tema. Que, de una rápida revisión de los trabajos realizados por connotados juristas a nivel nacional e internacional, advertimos un desarrollo doctrinario abundante respecto de la <<esencia misma>> (si vale o se nos permite la expresión) o del “concepto identificatorio del” acto o negocio jurídico, esto es, tratar de explicar qué es y en qué consiste el mismo (definición -esencial- o conceptualización, estructura y sus efectos), sin embargo, una explicación íntegra o amplia que describa todo el fenómeno que constituye el negocio jurídico, debiera procurar no dejar incontestada o al margen algún aspecto del mismo; nos referimos al aspecto instrumental del negocio o acto jurídico, respecto de lo cual, a menudo, no se toma mayor interés.

El negocio jurídico, actualmente tiene un desarrollo dogmático tan amplio (sobre todo éste último, respecto del cual se ha expresado que, un sector de la doctrina latinoamericana y nacional considera que existe un solo concepto de negocio jurídico, pero en realidad existen varios conceptos; así, el negocio puede ser definido como declaración de voluntad, hecho jurídico abstracto,

autorregulación de intereses, y como hecho jurídico concreto y fuente de derecho⁸¹ -lo que corresponde a diferentes teorías esbozadas respecto del negocio jurídico, siendo que contemporáneamente las más difundidas son la teoría preceptiva⁸² y la teoría normativa⁸³ del negocio jurídico, aunque debemos señalar que existen otras concepciones como las del profesor Giovanni Battista Ferri⁸⁴, entre otros-, como ya lo expresamos, también, en un nuestra entrega anterior) que, nos parece oportuno, a estas alturas de dicho desarrollo, hablar de dimensiones conceptuales del mismo, esto es, dimensiones al interior de su concepción, pues el mismo se percibe como un concepto jurídico de gran complejidad, atendiendo a su desarrollo esencial -a la que hacíamos referencia en el párrafo anterior- (dimensión teórica), su importancia

⁸¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría general del contrato. Editora Jurídica Grijley. Lima - Perú. 2006, p. 53.

⁸² Cuya elaboración se debió al maestro Emilio Betti. Véase: BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares. Traducido por A. Martín Pérez. Granada - España.

⁸³ Desarrollada por otro ilustre profesor como lo es Luigi Ferri. Véase: FERRI, Luigi. La autonomía privada. Editorial revista de derecho privado. Traducción y notas de Derecho español por LuíS Sancho Mendizabal. Madrid – España, 2001.

⁸⁴ FERRI, Giovanni Batista. El negocio jurídico. ARA Editores. Traducción y notas del italiano por Leysser L. León. 1° ed. Lima – Perú. 2002.

práctica, así como también por su dinámica activa y diversificada que importa su objeto de estudio o para lo cual sirve, es decir, los hechos, actos y conductas que se ven también complejos, conforme al avance de las relaciones sociales (en gran medida impulsada por el desarrollo tecnológico), cuyos supuestos de realización o fractura se presentan en una multidiversidad de supuestos (dimensión instrumental la que, a su vez, debe ser observada desde una óptica institucional y una particular o individual).

A manera de justificación de dicho dimensionamiento -debiendo señalar que ello no es cerrado ni acabado, sino un punto de partida de un trabajo mayor-, sustentamos que es necesario, en tanto que la complejidad indicada del mismo y la necesidad de adecuarse al desarrollo de su cometido, lo exigen para poderlo explicar de manera idónea (íntegra) y completa.

a) Dimensión teórico-conceptual del acto o negocio jurídico

En cuanto al primer aspecto (dimensión), ya habíamos advertido que el mismo ha recibido un vasto y riguroso tratamiento, por lo que, en este punto nos remitimos a todo lo indicado, mas no así ocurre con el último aspecto

o dimensión, ya porque se conciba que su tratamiento es sobreentendido (obvio) o porque se haya abordado en forma inconsciente, sin mayor detalle, pues se cree que no es un aspecto importante en la concepción del acto o negocio jurídico; por lo que, en los reglones que suceden nos avocaremos a dicha dimensión en el siguiente apartado.

b) Dimensión instrumental-conceptual del acto o negocio jurídico

Antes bien, nos vemos precisados a señalar que, esta dimensión se observa como correlato de la precitada conceptual, en tanto se relaciona mucho con la utilidad que el acto o negocio jurídico tiene para el ordenamiento jurídico (inclusive, para el Derecho, en general), lo que no debe ser confundido con la finalidad, la cual constituye un elemento al interior de la estructura del acto o negocio jurídico, en tanto constituye una categoría jurídica conceptual otorgado por el Derecho en manos del privado en ejercicio de su autonomía privada; a mayor abundamiento, podríamos puntualizar diciendo que, una cosa es la utilidad del negocio jurídico desde la óptica del Derecho (un interés general, institucional, colectivo, organizacional), y otra cosa es la utilidad de aquel desde la óptica del particular (interés individual, privado), ya

que en el primer supuesto, tiene que ver con la concepción del acto o negocio jurídico institucionalmente hablando y, en el segundo caso, como instrumento regulador de los intereses privados.

Bajo esta breve apreciación, ahora si estamos en condiciones de manifestar que, con relación a la dimensión instrumental, el acto o negocio jurídico se presenta como una técnica de selección de los actos, hechos o conductas (en concreto) que *prima facie* son tomados o tenidos en cuenta a modo de apariencia como presuntamente dignos de merecer tutela jurídica, para que, a la postre, sean considerados como verdaderos actos o negocios jurídicos (contenidos en abstracto en los supuestos de hecho), claro está, luego de su confrontación a las exigencias (requisitos, sean elementos esenciales, accidentales y naturales, si se trata de la teoría del acto jurídico, o elementos, requisitos y presupuestos, si se trata de la teoría del negocio jurídico) que el ordenamiento jurídico precisa para su reconocimiento como tales. La utilidad que reviste para el ordenamiento jurídico (o el Derecho en general), es la de selección, digamos que en una proyección o reflejo de lo que es el negocio o acto jurídico.

Un ejemplo de lo que decimos, puede ser el siguiente: alguien ve de lejos una imagen de oscuro al lado de un

árbol en el jardín de su casa, representándosele en su mente la imagen de una persona que estaría tratando de ocultarse y viendo en dirección hacia dicha casa, digamos a la ventana, luego baja y se dirige al jardín, siendo que al llegar (seguramente provisto de algún objeto contundente, pensando que se trata de un malhechor) donde vio la imagen dándose con la sorpresa de que se trata de la imagen de la sombra de una de las ramas frondosa del árbol; incluso antes de bajar puedo llamar a sus familiares y todos habrían visto que aparentemente se trataba de una persona que veía hacia la casa tratando de ocultarse bajo el árbol. Dicha apariencia también ocurre con el negocio o acto jurídico, en dicha dimensión instrumental del mismo.

Evidentemente, este dimensionamiento de la concepción del acto o negocio jurídico, muy bien se corresponde a diferentes etapas o facetas que dividimos en dos: una primera faceta, es la que se acaba de describir; y, la segunda, es la que se da en el proceso de confrontación del hecho (acto o conducta) en concreto producido o aportado por las partes y lo que el ordenamiento jurídico o el Derecho (en general) entiende por negocio o acto jurídico. En cuanto a esta última faceta, es menester señalar que, a su vez, al interior de la misma se dan etapas de desarrollo de tan importante fenómeno jurídico, que a continuación abordaremos.

Previamente, es inexorable indicar que, toda la explicación que acabamos de hacer, no es una invención nuestra, sino que la misma resulta o se obtiene de una mirada atenta al fenómeno jurídico del negocio jurídico en forma dinámica y estática, tanto en la teoría como en la práctica que confluyen en el mismo.

2.3.2. Etapas o fases de desarrollo del negocio o acto jurídico

Llegados a este punto, cabe precisar que, el negocio o acto jurídico tal cual (esto es, en la segunda faceta a la que hicimos referencia), desde un inicio pasa por un proceso de formación, notándose que en el mismo se dan etapas o momentos por los que atraviesa, los cuales es de importancia identificar con claridad, para poder tener un estudio amplio, íntegro y, a la vez, estricto, exacto o cierto de tal instrumento jurídico, claro está que a ello se arriba, desde la óptica de un estudio serio y técnico-jurídico (o tecnicismo jurídico, si vale el término), que ha sido brillantemente elaborado por connotados juristas en materia civil a nivel nacional e internacional, según ya habíamos anotado, en sus excelentes trabajos que tanto contribuyen a la cultura jurídica. Así, nos encontramos con los siguientes conceptos negativos -que, únicamente

enumeramos en esta parte, por convenir a nuestro interés académico, para luego ubicarlos por las etapas correspondientes que, en líneas siguientes desarrollaremos: la inexistencia, invalidez (en estricto, la nulidad, recordando siempre que se hace mención de éste último concepto y un estudio aparte del mismo, por cuanto es éste el que se confunde con la inexistencia, por lo que, en absoluto, tratamos de deslindarlo de su estudio dentro de la invalidez, empero eso sí constituye o se da en un momento posterior a la inexistencia, como veremos) e ineficacia.

a) Primera etapa o fase de desarrollo

Con relación a este primer momento, debemos manifestar que, si bien indicamos que el negocio en su acepción se identifican dimensiones las cuales, a lo suyo traen como correlato facetas, debemos expresar que, en primer lugar, ambas corresponden a un mismo fenómeno, por lo que, no son aspectos distintos sino un continuo e interconectado tramo, y, en segundo término, que en este primer estadio existe lindero entre la primera faceta y el inicio de la segunda faceta. Es decir, en cuanto a esto último, en este momento confluyen tanto la dimensión instrumental (selección del componente fáctico) y la definición esencial o rasgo mínimo que caracteriza al acto

o negocio jurídico (empieza a incoarse la dimensión teórica); el primero, como seleccionador de potenciales hechos concretos y, el segundo, como filtro de aquellos identificando los que en realidad constituyen el acto o negocio jurídico. Bajo tal premisa, en cuanto al tema de la inexistencia que, por contraposición, nos obliga a hablar de la existencia, es menester ubicarla en este primer momento donde conjugan dichas dimensiones conceptuales, ya que como indicamos, existe una confrontación de lo seleccionado *prima face* como elemento fáctico potencial y el filtro que importa la definición esencial (rasgo mínimo identificador) del negocio o acto jurídico. Y aquí se evidencia esta primera conclusión.

Así, por ejemplo, nuestro Código Civil en el artículo 140 regula el denominado “acto jurídico”, cuya esencia misma radica en la manifestación de la voluntad, según se lee del mismo. Si hacemos un seguimiento detenido -corroborado claro está con la doctrina que se pronuncia al respecto-, desde el texto mismo del precitado artículo tenemos que “el acto jurídico es la manifestación de voluntad”, lo que importa que el acto jurídico está indisolublemente vinculada a la manifestación de la voluntad, esto es la “teoría de las consecuencias jurídicas” -nacida por obra de Savigny- cuyo fundamento yace precisamente en el dogma de la voluntad; siendo por tanto, la manifestación

de voluntad lo sustancial para la existencia del acto jurídico. De ello se colige, que un hecho jurídico, humano voluntario, con manifestación de voluntad destinada a la consecución de un efecto jurídico⁸⁵, vendría a constituir un acto jurídico existente, y, a contrario sensu, ante la ausencia de ello devendría en inexistente. Lo cual no ocurre en el caso de que si se de dicha manifestación de voluntad, la misma que puede estar viciada en forma relativa o absoluta o se presentan cualquier otro tipo de deficiencia estructura o funcional, una vez que ya dio dicho rasgo distintivo mínimo identificador del acto jurídico.

De igual forma, ahora corresponde revisar el negocio jurídico, cuya primera concepción es la que está regulada en nuestra Código Civil. Ahora bien, no obstante, la evolución teórica por la que ha pasado el “negocio

⁸⁵ En esta línea de entender el acto jurídico, véase: BARANDIARÁN, José León: Manual del Acto Jurídico. Imprenta – Universidad Mayor de San Marcos, 3° ed., Lima – Perú, 1964; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: Acto Jurídico, Editorial IDEMSA, 2° ed., Lima – Perú, 2001; VIDAL RAMÍREZ, Fernando: Acto Jurídico, 5° ed., Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2002; ROMERO MONTES, Francisco Javier: Curso del Acto Jurídico, Editorial Librería Portocarrero, Lima – Perú, 2003; BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto: La ineficacia del acto jurídico, *Cuadernos Jurisprudenciales*, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2001. Por citas algunos autores.

jurídico”, consideraremos las más representativas y consolidadas, por su temporalidad, pues han sido desarrolladas contemporáneamente, las cuales son: la teoría preceptiva del negocio jurídico y la teoría normativa del negocio jurídico, por lo que, conviene recordar, en este punto, cómo es que estas conceptúan al negocio jurídico. Desde el punto de vista de la teoría preceptiva del negocio jurídico⁸⁶, la existencia del negocio importa la identificación del concepto de este que importa el supuesto de hecho que contiene el precepto social, a cuya ausencia se da la inexistencia. Por su parte, desde la perspectiva de la teoría normativa del negocio jurídico⁸⁷, se explica la existencia del mismo, en forma extensiva, en atención a la validez formal de las normas (que es propiamente hablar en términos de existencia jurídica, esto es, que algo exista en el plano del derecho) que se da en atención a reglas de reconocimiento, pues, como afirma

⁸⁶ Cuyo creador, como ya dijimos, fue el ilustre maestro Emilio Betti, seguido por el profesor Renato Sognamiglio, entre otros autores italianos y europeos; y en el Perú defendida por autores como Lizardo Taboada Córdova, Gastón Fernández Cruz, Eric Palacios Martínez, entre otros.

⁸⁷ El insigne creador de esta teoría es el profesor italiano Luigi Ferri, seguido en nuestro país por Rómulo Morales Hervias, según también anotamos.

esta teoría, el negocio mismo es una norma⁸⁸ (por ello, fuente de derecho objetivo), claro está, que el derecho objetivo creado por el negocio entraría en las escala jerárquica de las fuentes normativas como último peldaño; de lo que se infiere que siendo el negocio una norma, se debe tener en cuenta que éste tiene una validez formal, ante cuya ausencia se estaría en el caso de inexistencia. Esta es la primera etapa o momento del negocio o acto jurídico.

b) Segunda etapa o fase de desarrollo

Luego de que ya se da o se identifica la esencia misma del concepto de negocio o acto jurídico (es decir, una cualificación del elemento fáctico de cara al ordenamiento jurídico), el segundo tramo viene constituido por la validez o conformación estructural del negocio o acto jurídico, que en suma importa una calificación o valoración por el ordenamiento jurídico del hecho que en concreto (o intento práctico) es aportado por las partes, en

⁸⁸ La explicación de esta posición se encuentra en la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, propugnada por Santi Romano y en la afirmación Kelseniana que los aspectos, aparentemente opuestos, de formación y de regulación del Derecho se dan de manera indiscutible en el negocio jurídico y que una peculiaridad importante del Derecho es la de poder regular su propia creación.

uso de la autonomía de la voluntad o autonomía privada o normativa -según sea que se adopte la teoría del acto jurídico o la del negocio jurídico-, para ser confrontado con los supuestos de hecho (abstracción jurídica de la realidad); y tal rol se realiza teniendo en cuenta ciertas exigencias (requisitos de validez) que el mismo ordenamiento impone para su admisión válida en el plano de lo jurídico, de tal hecho concreto (o intento práctico, según anotamos) con la calidad jurídica de negocio o acto jurídico *válido*. De ello se colige, que, si no se cumplen con tales exigencias, a contrario, el ordenamiento que recibe tal hecho concreto, que si bien se identifica con el concepto mismo (esencia) del negocio o acto jurídico, no es admisible para ser calificado u obtener la calidad jurídica de negocio o acto jurídico *válido*, por tanto, se le califica negativamente imponiéndosele, más bien, la calidad jurídica de negocio o acto jurídico *inválido*.

Entonces, cuando el negocio no reúne las exigencias a las que hemos hecho mención, se sanciona con invalidez, la cual se especifica, pudiéndose invalidar al negocio con la nulidad o anulabilidad, según la naturaleza y magnitud del defecto o vicio en que incurrió aquel. Nótese a este respecto, donde está ubicada la categoría jurídica de la nulidad, la cual se da una vez existe el negocio y haya sido calificado negativamente por el ordenamiento, pues se

anula o se declara nulo algo que tiene existencia, es decir, pre requisito para que opere la nulidad, es que exista el negocio o acto jurídico, punto específico respecto del cual se pueda decir algo.

c) Tercera etapa o fase de desarrollo

La tercera etapa por el cual atraviesa el negocio o acto jurídico, es el de la producción de sus efectos, que es el segundo momento de la calificación, donde se busca la idoneidad del hecho concreto (intento práctico) existente como negocio (en la medida que evidencia la esencia misma de este), calificado por el ordenamiento como válido y, por tanto, adecuado para producir efectos jurídicos; de donde deviene en negocio jurídico válido capaz de producir efectos jurídicos, pues no es novedad el hecho de que puedan haber negocios válidos que no produzcan efectos o que haya, inversamente, negocios eficaces pero que en sí eran inválidos. De donde se advierte claramente que, la inexistencia, en verdad -atendiendo a un estudio serio y técnico jurídico- es una categoría autónoma y diferente de la nulidad.

2.3.3. Nuestra propuesta de la diferencia entre inexistencia y nulidad

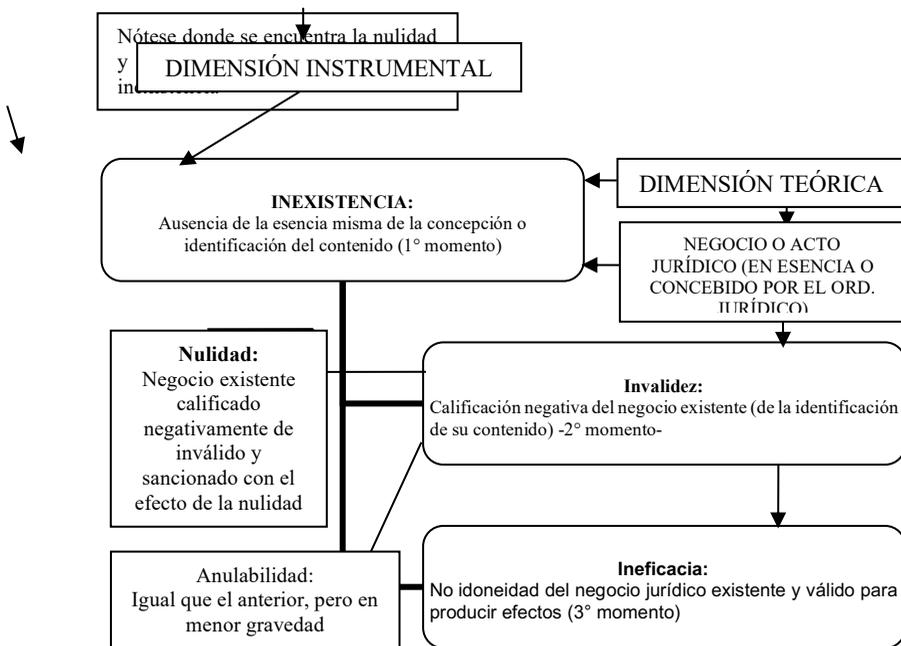
Por consiguiente, (atendiendo a lo afirmado líneas atrás) debe comprenderse o entenderse que un negocio o acto jurídico inexistente vendría a ser la ausencia de la definición esencial de la concepción (del rasgo mínimo identificador) del negocio o acto jurídico -que opera, como anotamos, en la faceta instrumental y preliminarmente en la faceta teórica, es decir, en un primer momento o tramo-, mientras que el negocio o acto jurídico nulo debe entenderse que es una categoría jurídica (generada al interior del negocio jurídico mismo) que se da cuando ya existe negocio y éste recibe la calificación (negativa) por el ordenamiento jurídico, deviniendo la imposición (sanción) de las consecuencias jurídicas que corresponde por haberse representado la nulidad, circunstancias e instancia en que recién aparece la categoría jurídica a la que venimos refiriéndonos -en una segunda faceta, en un segundo momento de desarrollo-. Se ha dicho, no en pocas veces, que el negocio nulo vendría a ser el concebido que nace muerto, y que la anulabilidad es el nacido con taras que posteriormente muere por la gravedad de su enfermedad (o afectado de un vicio que conlleva a tal resultado, si nos referimos al negocio); a lo que nosotros agregamos que la inexistencia sería simplemente la no concepción, aquí puede decirse que hubo una supuesta madre con el vientre abultado que simulaba embarazo, cuando en realidad sólo se trataba de un tumor, o

cualquier otra circunstancia -si se quiere-, pero, en absoluto, hubo embarazo o concepción, siendo así - conforme a todo cuanto se ha dicho- no se dio acto o negocio jurídico, ergo se trata de un negocio o acto jurídico inexistente.

Y es que habría que precisar lo siguiente: atendiendo a la concepción general o íntegra a que aludimos, esto es, las dimensiones conceptuales del negocio jurídico, la cual como anotamos líneas atrás, se da en dos facetas, siendo que la inexistencia se daría en aquella primera faceta (y en el inicio de la segunda) a la que aludíamos, es decir, en que se avizora la dimensión instrumental del acto o negocio jurídico, la cual en suma constituye en conceptualizar a éste último como una técnica de selección de los hechos, actos o conductas, en la que, y cabe evocar el ejemplo que pusimos, se seleccionan *prima face* aquellos como potenciales de constituir un negocio o acto jurídico, por lo que, evidentemente, muchos generaran apariencia, los cuales serán filtrados al inicio de la segunda faceta. Es decir, todo ocurre en el primer momento al que hicimos referencia.

El siguiente cuadro, grafica la idea que esgrimimos respecto de la inexistencia del acto o negocio jurídico:

TEORÍA DEL NEGOCIO O ACTO JURÍDICO



3. Breve reseña sobre la elaboración del segundo párrafo del artículo 220 del código civil (aspecto histórico)

Es imperioso empezar este acápite, evocando lo señalado por López Mesa, esto es, que los Códigos del siglo XIX, y por supuesto incluido los latinoamericanos, no reglaron la figura de la categoría jurídica de la inexistencia, descartándola implícitamente, en tanto se

consideró innecesaria su establecimiento legislativo, puesto que se imponía a los textos legales⁸⁹.

Conforme a lo señalado, el Código Civil peruano no fue la excepción, es decir, no reguló de modo diferenciado la inexistencia respecto de la nulidad del acto o negocio jurídico. Según se tiene de la doctrina en nuestro país, se suele equiparar la concepción de la inexistencia al de la nulidad, lo cual -y huelga decirlo- ocurrió desde el proyecto del Código Civil, donde se quiso regular ésta figura diferenciadamente, empero no se dio, por cuanto se creía que, con ello, se iba a oscurecer el ordenamiento jurídico. De ello claramente se advierte que, en todo caso, dentro del concepto de la nulidad del acto jurídico o, mejor dicho, dentro de la regulación del dispositivo contenido en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, se entendió también al concepto de la inexistencia, no regulándosele por separado por la razón indicada, por lo que, su regulación se entiende sobreentendida. De ahí, que se pueda afirmar que la concepción de inexistencia haya estado siempre presente en dicho dispositivo legal; siendo así, es factible hacer uso de la misma en la labor interpretativa y de aplicación de dicha norma, como veremos más adelante.

⁸⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., p. 69.

4. La dificultad de declarar la “nulidad” de oficio por el juez civil (aspecto procesal)

Nosotros advertimos que, en virtud del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, *per se* el concepto de <<nulidad>> del acto o negocio jurídico, encuentra dificultad para ser declarado de oficio por el juez civil, en estricto, no sólo por cuestiones sustantivas (el desarrollo teórico de este dentro de la teoría del acto o negocio jurídico), sino también por cuestiones procesales a saber; en cuanto a esto último, además de las indicadas como la congruencia y el principio de iniciativa de parte (y los fundamentos que indica un reconocido profesor de nuestro medio⁹⁰), por las siguientes razones.

Pues bien, debemos partir por expresar que, por imperativo categórico, a todo juez que, premunido de jurisdicción, administre justicia, de cara a la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses o dilucidación de una incertidumbre jurídica (finalidad objetiva del proceso), para así poder reponer la tranquilidad en las relaciones sociales o paz en la sociedad misma, etc. (finalidad

⁹⁰ Véase: MORALES HERVIAS, Rómulo: La inconsistente “declaración” de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984, *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, T. 219, Lima – Perú, 2012, p. 13 y ss.

subjetiva del proceso), se le ha impuesto el deber de efectuar dicha tarea, bajo el estricto respeto del debido proceso, el cual no solo se ha erigido como una garantía sino, sobre todo, como un derecho⁹¹, dándole esto último mayor exigibilidad en su cumplimiento y observancia.

Ahora bien, dicho megaderecho y megaprincipio que constituye el concepto jurídico del debido proceso, por cuanto encierra un conjunto de principios y derechos, además de garantías, en su acepción procesal⁹² supone, entre otras cosas, que el juzgador resuelva la controversia que conoce, en el marco del respeto a un conjunto de principios procedimentales que aseguren un cauce correcto del proceso (cuyo programa es diseñado por el ordenamiento jurídico procesal), dentro de los cuales, entre otros principios del debido proceso (debido proceso

⁹¹ Al respecto léase: CASTILLO CÓRDOVA, Luís: El significado iusfundamental del debido proceso, *El debido proceso – Estudios sobre derechos y garantías procesales*, 1° ed., Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2010, p. 9 y ss.

⁹² Que vendría a constituir la faceta procesal del debido proceso, pues también tendría una faceta sustantiva; de ahí, que se hable de un “debido proceso sustantivo” y de un “debido proceso procesal”, conforme así lo reconoce el Tribunal Constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

procesal⁹³), se encuentra el principio de la predeterminación de la pretensión, en virtud del cual los pedidos que pueden efectuar los justiciables, en un determinado proceso, ya están preestablecidos por ley a través de las pretensiones y demás pedidos que el legislador ha habilitado expresamente en las diferentes normas procesales (o procedimentales), estableciéndose, asimismo, anteladamente de qué manera y en base a qué requisitos son atendibles; a mayor abundamiento, debemos señalar que, los hechos que en concreto aportan las partes -es decir, los hechos que constituyen el conflicto o el pedido-, ya han sido previstos por el legislador con anticipación para que sean exigibles, quien les ha otorgado una cualificación jurídica, subsumiéndolos en el supuesto de hecho (antecedente legal) de la norma correspondiente que los contiene (claro está, en forma genérica) y que predetermina a través de qué pretensiones o pedido se pueden activar. En virtud de ello, cada conflicto o hechos en concreto que se aportan por las partes, están predeterminados para ser reclamados a través de un supuesto de hecho de una determinada norma, previsto en abstracto para ser reclamado en sede judicial, ante la

⁹³ O principios del procedimiento, como enseñó un recordado profesor procesalista: ECHANDÍA, Hernando Devis: Teoría General del Proceso, aplicable a toda clase de procesos, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1997, pag. 70.

verificación del hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto, para con ello obtener una consecuencia o efecto jurídico (esto es el petitorio). Así los hechos que activaran una pretensión de nulidad ya han sido predeterminados (véase artículo 219 del Código Civil) y, evidentemente, serán distintos de los de la inexistencia⁹⁴.

Cabe ahora puntualizar que, lo cual está correlacionado con lo antedicho en el párrafo anterior, así como los hechos ya están predeterminados por ley a través de las pretensiones y pedidos, estos, a su vez, cuentan con una vía procedimental propia por la cual se ventilan o tramitan; esto es, el principio de predeterminación de la vía procesal, por el cual, en términos simples, cada pretensión tiene una vía procesal propia y preestablecida por ley, por la cual aquella se debe exigir.

⁹⁴ Creemos conveniente indicar que, el tema de la “inexistencia” como concepto jurídico, es uno que viene siendo abordado cada vez con mayor interés en el Derecho, así por ejemplo en el ámbito del derecho procesal, se recurre a dicho concepto, con relación a ello véase: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, ob. cit., p. 536; ROCCO, Ugo: Tratado de Derecho procesal Civil, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1969, T. II., pp. 507-509; COUTURE, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° ed., Editorial Desalma, Buenos Aires – Argentina, 1981, p. 377; CARNELUTTI, Francesco: Instituciones del derecho procesal civil, Vol. I, Editorial EJEA., Buenos Aires – Argentina, 1997, pp. 535-537. Por citar a algunos renombrados juristas de la materia.

Así, la manera y forma de exigencia de la pretensión de nulidad del acto o negocio jurídico, está ya diseñada por el ordenamiento jurídico procesal; pues la manera como se exige ante el agente judicial dicha pretensión, es incoando un proceso judicial, y la forma, entre otros, es que la misma se ventila en un proceso de conocimiento. De ahí, que ese sea el modo de exigir o reclamar dicha pretensión. Con ello, queremos dejar sentado, una razón más que dificulta ciertamente la declaración de la “nulidad” de oficio del juez, sin pretender asumir posición al respecto, pues ello merece también un trabajo de investigación para intentar sustentar una posición, lo cual nos reservamos debido a que no es el cometido de este artículo.

5. Una precisión sobre la norma jurídica y el lenguaje jurídico (aspecto analítico)

5.1. Norma jurídica

Si apreciamos la teoría contemporáneamente del Derecho, advertiremos que la concepción de norma ciertamente ha variado, pues se ha erigido un concepto de la misma que nosotros (sin pecar de arbitrarios) denominamos <<*concepción dinámica de la norma jurídica*>> en contraposición de lo que puede llamarse una

<<concepción estática de la norma jurídica>> (elaborado bajo cierto paradigma del Derecho). Abordar el tema en el presente espacio de estudio es desbordante, por lo que, sólo nos ocuparemos del mismo de modo muy somero consecuente a los fines del tema materia de análisis. Pues bien, en lo que se refiere a la *concepción estática de norma jurídica*, se aprecia que se da a la *norma jurídica* una concepción formal-estructural, en tanto se establece que esta es un juicio hipotético cuya explicación se reducía a un estudio de la estructura interna de la misma; así, se dice que la norma jurídica está compuesta por un supuesto de hecho (juicio hipotético), un nexo causal y una consecuencia jurídica. No ahondaremos al respecto, por cuanto dicha concepción es bastante conocida e incluso se suele enseñar en los claustros universitarios y manejar por los operadores del derecho. De igual forma se concibe a la norma jurídica privada o norma jurídica privatista como un juicio que liga determinados efectos a la realización de un hecho⁹⁵.

De otra parte, en cuanto a la concepción dinámica de la norma jurídica, debemos señalar que, entre otras cosas, se hace una distinción entre el texto y lo que en realidad

⁹⁵ IRTI, Natalino: Introducción al estudio del derecho privado, 4° ed., trad. de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2003, pp. 38-39.

constituye una norma jurídica o, dicho en otros términos, la distinción entre disposición y norma, con relación a la cual se dice que, habría tenido su origen en la jurisprudencia constitucional y la doctrina jurídica italiana más avanzada (representada por Tullio Ascarelli, Luigi Montesano y Vezio Crisafulli, con las dudas “retrasistas” de Francesco Carnelutti), hasta su consagración en la teoría general analítica del Derecho, por Giovanni Tarello y Ricardo Guastini⁹⁶. En efecto, a partir de algunas sentencias de la Corte Constitucional Italiana, se afirma que el objeto de la interpretación no es una “norma”, sino un texto (o un comportamiento)⁹⁷; o sea, se distingue entre “disposición” (texto) y “norma”, conceptos que, por lo demás, son diferentes, aunque suele suceder que disposición sea un vocablo asumido como sinónimo de norma, con particular referencia al derecho objetivo y a las fuentes⁹⁸. Sin embargo, ambos son distintos: en términos sencillos, disposición viene a constituir la descripción textual contenida en un artículo jurídico, en cambio,

⁹⁶ CHIASSONI, Pierluigi: Disposición y norma: una distinción revolucionaria, *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011, p. 7.

⁹⁷ ASCARELLI, Tullio: Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación, *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011, p. 21.

⁹⁸ CRISAFULLI, Vezio: Disposición (y norma), *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011, p. 67.

norma vienen a ser el resultado que se obtiene de la interpretación que se hace de dicho texto. En términos de un connotado profesor: disposición es cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes; y, norma es cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones). En suma, se dice que disposición es (parte de) un texto aún por interpretar y la norma es (parte de) un texto interpretado⁹⁹.

5.2. *Lenguaje jurídico*

Empleamos este enunciado, empleando la expresión de un conocido autor extranjero cuya cita se hace en este párrafo, para referirnos no tanto a las proposiciones normativas como tales, sino a lo que se dice acerca de ellas, es decir, un análisis teórico (jurídico) del derecho como lenguaje: desde esta perspectiva el derecho es susceptible de un análisis sintáctico (conexión de los signos entre sí), o semántico (conexión del signo con el sentido), o pragmático (que examina el contexto situacional en que el

⁹⁹ GUASTINI, Riccardo: *Disposición vs. Norma, Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1º ed., Lima – Perú, 2011, p. 136.

signo es utilizado). Por ello se dice que, correlativamente, en Derecho se puede hablar: del nivel sintáctico-formal, que se ocupa de los conceptos y las reglas del sistema (teoría de las normas, conceptos, lógica deóntica); del análisis semántico, es decir, de los significados, que corresponde a lo que hace tradicionalmente la dogmática jurídica; y, finalmente, del nivel pragmático, esto es, la función generadora, creadora y transformadora del lenguaje, al que corresponde la teoría de la decisión jurídica, de la legislación, de la argumentación, de la justicia, la filosofía práctica¹⁰⁰. Lo indicado nos permite clarificar, aún más, lo vertido respecto de que una cosa es el texto legal y otra el significado (sentido) que se asigna al mismo.

6. La regulación de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico: “existencia de la inexistencia”

Ahora bien, habiendo esgrimido los argumentos precedentemente desarrollados, necesarios para sustentar nuestra posición, corresponde delimitar los alcances y lo

¹⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo: Esquema de una teoría sistémica del contrato, *Contratación Contemporánea – Teoría general y principios (Instituciones de derecho privado)*, Editorial Temis, Bogotá - Colombia. 2000, T. 1, p. 15.

que realmente debe entenderse de la lectura del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil.

Conforme a la doctrina citada y adoptando posición, advertimos que existe diferencia entre la nulidad y la inexistencia como categorías conceptuales en la teoría general del negocio o acto jurídico, por lo que, su estudio y tratamiento debe ser por separado, así como su aplicación de cara a la resolución de los conflictos.

Según se tiene descrito, conforme al antecedente histórico, que en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, se equiparó el concepto de inexistencia al de nulidad, por cuanto se consideró que oscurecería el ordenamiento jurídico, es decir, se tiene implícitamente considerada la inexistencia, de donde muy bien se puede sostener que concretamente se tiene regulado en dicho dispositivo dos supuestos a saber: i) o bien que, en estricto o en rigor, en realidad se reguló el concepto de inexistencia; y, ii) o bien que, en dicho dispositivo legal, debe entenderse que se regula tanto la nulidad y la inexistencia como opciones interpretativas (esto es, como normas, recuérdese al respecto la concepción de norma que indicamos en un ítem anterior, recurriendo al lenguaje jurídico además), pues es pertinente mencionar que, no hay una correspondencia biunívoca entre enunciado y

significado (y, por lo tanto, tampoco entre disposición y norma), dado que un enunciado puede expresar más de un significado y un mismo significado puede expresar más de un enunciado, por consiguiente, una disposición puede expresar más de una norma y una norma puede ser expresada por más de una disposición¹⁰¹. En cualquiera de los dos supuestos, el juez civil está facultado para declarar la inexistencia, conforme a los fundamentos y razones indicadas, reservando nuestra opinión con relación a la nulidad, ya que como se vio se advierten los óbices antes indicados que ciertamente dificultan su declaración de oficio; puesto que, como es conocido, la nulidad ya tiene un tratamiento sustantivo y procesal propio, empero no así la inexistencia, respecto de la cual en nuestro país no se ha trabajado debidamente, salvo algunos trabajos doctrinarios y su implícita regulación normativa mencionada; por lo que, corresponde indicar que la inexistencia obedece a fundamentos sustantivos diferentes, tiene un tratamiento procesal distinto (como por ejemplo, que puede ser deducido como excepción, que no tiene plazo de caducidad, y que, precisamente, puede ser declarada de oficio por el Juez, entre otros aspectos procesales).

¹⁰¹ COMANDUCCI, Paolo: Razonamiento Jurídico - Elementos para un modelo, 1° ed., trad. de Pablo Larrañaga, Distribuciones Fontamara, México, 2004, p. 32.

Los fundamentos por los cuales el Juez estaría facultado para declarar de oficio dicha inexistencia, además de los ya indicados, y la justificación de por qué permite esto el ordenamiento jurídico, lo encontramos en uno de los principios vertebrales del Derecho, nos referimos a la seguridad jurídica, respecto de la cual el supremo intérprete ha dicho: “[L]a seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento jurídico, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de las distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2, inciso 24, párrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe”) (Exp. N° 0016-2002-AL, 30/04/03, P, FJ, 3)”¹⁰².

La inexistencia, cumple un papel de control, en la medida que evidencia aquellas conductas que de ninguna manera pueden ser tuteladas por el ordenamiento jurídico, como puede ser un acto jurídico celebrado sin

¹⁰² S/A: Guía de jurisprudencias del Tribunal Constitucional para el abogado litigante, 1° ed., Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, 2008, p. 328.

manifestación de voluntad, en el típico ejemplo que se da cuando una persona pierde el D.N.I. y una segunda persona lo encuentra y con él obtiene un préstamo de dinero; evidentemente en este caso no ha existido acto o negocio jurídico alguno, ni podría ser sujeto a un proceso de nulidad, donde injustamente a la persona que perdió se le irroga una serie de gastos innecesario. Entonces, conviene aquí destacar, expresiones como la siguiente: “Una sociedad avanza y se desarrolla en la medida que exista un eficaz sistema de tutela y protección de los derechos de los ciudadanos...”¹⁰³. Incluso se dice: “<<Según la calidad de administración de justicia que tenga un país, te diré su grado, el nivel y modo de vida de sus habitantes>>; ... Seguridad Jurídica, genera progreso económico (y ello, sólo a través de una tutela judicial efectiva). A inicios del siglo XXI (tercer milenio), observamos dinámicos cambios y nuevos enfoques de nuestra realidad. La Seguridad Jurídica, así como la Seguridad Jurídica Procesal, pilar de todo desarrollo económico, requiere una visión actualizada...”¹⁰⁴. La seguridad jurídica, no solo debe otorgar predictibilidad, sino además una adecuada tutela y eficiencia, a través de

¹⁰³ ALFARO PINILLOS, Roberto: Análisis económico del derecho aplicado a los contratos, *Estudios de Derecho Patrimonial*, 1º. ed., Editorial ADRUS, Arequipa – Perú, 2007, p. 111.

¹⁰⁴ ALFARO PINILLOS, Roberto, ob. cit., p. 112.

instrumentos jurídicos idóneos que regulen de manera pertinente y próxima a la realidad las relaciones sociales. Otro fundamento, lo constituye el respeto y efectiva vigencia de los derechos fundamentales, cuyo cometido es preponderante en el paradigma que se está gestando contemporáneamente o el contexto jurídico actual del Derecho¹⁰⁵ (con todo lo que ello implica, es decir, Estado Constitucional, más ponderación menos subsunción, argumentación jurídica, valor normativo de la constitución, etc.); actualmente, nadie podría concebir que se realice un acto privado con vulneración de un derecho fundamental¹⁰⁶, y de ocurrir, qué respuesta tiene el derecho civil, a través de tan importante institución

¹⁰⁵ Sobre el tema, véase: CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang: Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho: ¿Qué vino después del paradigma del iuspositivismo?, *Revista Institucional de Derecho "Vox Juris"*, N° 12, Ilustre Colegio de Abogados de Puno, 2013.

¹⁰⁶ En atención a esto, se habla actualmente de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros de los derechos fundamentales. Véase en nuestro país: MENDOZA ESCALANTE, Mijail: Derechos fundamentales y derecho privado - Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal, 1° ed., Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú, 2009. Del extranjero, léase: BILBAO UBILLAS, Juan María: La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - España. 1997.

jurídica como lo es el acto o negocio jurídico, pues bien, la inexistencia muy bien podría constituir una respuesta.

7. Conclusión

Finalmente, queremos manifestar que, la inexistencia puede ser declarada de oficio por el juez civil, conforme a todo lo expuesto, máxime si en el contexto jurídico actual se ha puesto en una posición más activa a los magistrados, motivo por el cual también se ven autorizados a realizar interpretaciones como la que se ha propuesto en el presente trabajo, con la finalidad de efectuar un papel más cercano a la realidad por el Derecho, por lo que, parafraseando a Peter Häberle, se ha dicho que “el derecho es lo que los tribunales dicen que es”, lo que no debe ser tomado en un sentido definitivo o pretensioso respecto de los otros organismos constitucionales, sino en el sentido de que deben asumir su papel con mayor conciencia y respondiendo (con la capacitación adecuada, volcada en resoluciones debidamente motivadas) a la altura de la función que se les encomienda.

8. Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo: El Garantismo Procesal. 1° ed., Editorial ADRUS S.R.L., Arequipa – Perú, 2010.
- ALFARO PINILLOS, Roberto: Análisis económico del derecho aplicado a los contratos, *Estudios de Derecho Patrimonial*, 1° ed., Editorial ADRUS, Arequipa – Perú, 2007.
- ASCARELLI, Tullio: Jurisprudencia constitucional y teoría de la interpretación, *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011.
- BARANDIARÁN, José León: Manual del Acto Jurídico. Imprenta – Universidad Mayor de San Marcos, 3° ed., Lima – Perú, 1964.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto: La ineficacia del acto jurídico, *Cuadernos Jurisprudenciales*, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2001.
- BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Comares. Traducido por A. Martín Pérez. Granada – España, 2001.
- BILBAO UBILLAS, Juan María: La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - España. 1997.

- CARNELUTTI, Francesco: Instituciones del derecho procesal civil, Vol. I, Editorial EJEA., Buenos Aires – Argentina, 1997.
- CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang: Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho: ¿Qué vino después del paradigma del iuspositivismo?, *Revista Institucional de Derecho “Vox Juris”*, N° 12, Ilustre Colegio de Abogados de Puno, 2013.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luís: El significado iusfundamental del debido proceso, *El debido proceso – Estudios sobre derechos y garantías procesales*, 1° ed., Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2010.
- CARPIO, Adolfo P.: Principios de filosofía - Una introducción a su problemática, 2° ed., Glauco, Buenos Aires, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo: Razonamiento Jurídico - Elementos para un modelo, 1° ed., trad. de Pablo Larrañaga, Distribuciones Fontamara, México, 2004.
- COUTURE, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° ed., Editorial Desalma, Buenos Aires – Argentina, 1981.
- CHIASSONI, Pierluigi: Disposición y norma: una distinción revolucionaria, *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011.
- CRISAFULLI, Vezio: Disposición (y norma), *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011.

- DE RUGGIERO, Roberto: Instituciones de Derecho Civil
- Introducción y Parte General – Derecho de las personas, derechos reales y posesión, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro 4º ed., Editorial Reus, Madrid, 1997, V. I.
- DIAZ OLGUÍN, Camila Loretto: La inexistencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la última década - Memoria para optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2021.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: Teoría General del Negocio Jurídico, 2º ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- ECHANDÍA, Hernando Devis: Teoría General del Proceso, aplicable a toda clase de procesos, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 1997.
- FERRI, Luigi. La autonomía privada. Editorial revista de derecho privado. Traducción y notas de Derecho español por Luís Sancho Mendizabal. Madrid – España.
- FERRI, Giovanni Batista. El negocio jurídico. ARA Editores. Traducción y notas del italiano por Leysser L. León. 1º ed. Lima – Perú. 2002.
- FLUME, Werner: El Negocio Jurídico - Parte General del Negocio Jurídico, trad. José María Miguel Gonzales y Esther Gómez Calle, 4º ed., Consejo General del

Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, T. II.

- GARCÉS VÁSQUEZ, Pablo Andrés: Teoría del Negocio Jurídico – Instrumento de disposición de intereses personales, familiares y patrimoniales, Ediciones UNAULA, Medellín, 2017.

- GUASTINI, Riccardo: Disposición vs. Norma, *Disposición vs. Norma*, Palestra Editores, 1° ed., Lima – Perú, 2011.

- HURTADO DE ROJAS, Aydee: Existencia e inexistencia de los negocio jurídico y soluciones de situaciones contrahechas, *Revista Temas Socio-Jurídicos*, N° 27, Vol. 11, Universidad Autónoma de Bucaramanga, <http://hdl.handle.net/20.500.12749/17693>, 1994.

- IRTL, Natalino: Introducción al estudio del derecho privado, 4° ed., trad. de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2003.

- LEÓN, Leysser L.: Derecho Privado. Parte General – Negocios, actos y hechos jurídicos, 1° ed., Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, Lima, 2019.

- LÓPEZ MESA, Marcelo: Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos - Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial - Doctrina y jurisprudencia, 2° ed., Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2015, pp. 104-105.

- LORENZETTI, Ricardo: Esquema de una teoría sistémica del contrato, *Contratación Contemporánea – Teoría general y principios (Instituciones de derecho privado)*, Editorial Temis, Bogotá - Colombia. 2000, T. 1.
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín: Tratado de Derecho - Civil Parte General - Personas jurídicas, bienes, hechos y actos jurídicos, 17° ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997, T. II.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail: Derechos fundamentales y derecho privado - Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal, 1° ed., Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú, 2009.
- MORALES HERVIAS, Rómulo: La inconsistente “declaración” de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984, *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, T. 219, Lima –Perú, 2012.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría general del contrato. Editora Jurídica Grijley. Lima - Perú. 2006.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: La conversión y la nulidad del negocio jurídico, 1° ed., ARA Editores, Lima - Perú. 2002.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier: Curso del Acto Jurídico, Editorial Librería Portocarrero, Lima – Perú, 2003.

- ROCCO, Ugo: Tratado de Derecho procesal Civil, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1969, T. II.
- S/A: Guía de jurisprudencias del Tribunal Constitucional para el abogado litigante, 1° ed., Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, 2008.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: Acto Jurídico, Editorial IDEMSA, 2° ed., Lima – Perú, 2001.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando: Acto Jurídico, 5° ed., Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2002.

La manifestación de voluntad conjunta-copulativa y conjunta por mayoría; a propósito del VIII Pleno Casatorio

Sumario

1. Introducción. – 2. Derecho y realidad. – 3. La declaración de voluntad conjunta-copulativa y conjunta por mayoría. – 4. Postura frente al VIII Pleno Casatorio. – 5. Conclusiones. – 6. Bibliográfica.

Resumen

En el presente trabajo, se ocupa del problema de la disposición de un bien de la sociedad de gananciales, por uno de los cónyuges, precisamente, abordado por el VIII Pleno Casatorio; siendo que, sobre la base de un trabajo anterior nuestro, planteamos una postura un tanto distinta de las existentes, aunque si bien enrolada dentro de una de las posibles respuestas como remedio ante la verificación de uno de los conceptos jurídicos negativos del Acto o Negocio Jurídico.

Palabras clave: inexistencia, invalidez, declaración de voluntad conjunta-copulativa, manifestación de voluntad por mayoría.

1. Introducción

Es oportuno incoar este trabajo, mencionando que, la labor de la doctrina jurídica es, justamente, generar explicaciones (las cuales, ciertamente, deben reunir condiciones como la objetividad, sistematicidad, racionalidad, lógica, etc.) que son producto de la comprensión de la realidad, dando lugar, a su vez, a la generación de categorías jurídicas conceptuales, que permitirán después confeccionar las normas que regularán la realidad. Es, por demás, conocido que el Derecho debe evolucionar (o explicitarse) de acuerdo a las exigencias propias del desarrollo de las relaciones sociales, tanto más si se vive en un mundo cada vez más vertiginoso. Nuestro Derecho debe procurar responder de la manera más oportuna a dichas exigencias, máxime si hoy en día la realidad social es tan cambiante o dinámica; este requerimiento no sólo debe ser respecto de las normas jurídicas, sino también para los profesionales en Derecho en general, desde los diferentes entornos o espacios del Derecho; por tanto, estamos, entonces, obligados a contribuir con respuestas ágiles. Partimos de esta premisa, en atención a la postura que sostendremos respecto del caso *in comento*, debido a que, como veremos, por observación y exigencia de la realidad, además de existir marco teórico para ello, hay sustento para incluir dentro

de una categoría jurídica conceptual civil ciertas clases o tipos de la misma, de modo que responde debidamente al problema que se plantea.

De tal suerte que, es a la doctrina a la que corresponde aportar explicaciones sobre lo que se reguló o se regula en los cuerpos normativos; sin embargo, no es la doctrina el único tipo de saber jurídico el que coadyuva, sino también lo es la jurisprudencia, empero también ésta debe observar grado de corrección en tanto conocimiento jurídico.

Siendo así, la doctrina como la jurisprudencia deben concurrir para colaborar en la claridad de los conceptos, en la medida que, no sólo la doctrina puede avocarse a ello, en tanto saber jurídico teórico, sino también la jurisprudencia, en tanto saber jurídico práctico, empero, como es evidente, nosotros nos vemos obligados a hablar desde el primer tipo de saber mencionado.

Pues bien, para sustentar nuestra postura respecto del pleno de marras, es menester apoyarnos en los siguientes argumentos: que, se parte de la premisa de aceptar la diferencia entre las categorías jurídicas de la inexistencia y nulidad de los actos o negocios jurídicos (aspecto sustantivo); una breve reseña a la elaboración de dicho artículo (aspecto histórico); la dificultad de declarar la

nulidad tal cual por el juez civil (aspecto procesal); finalmente, una precisión sobre la norma jurídica y el lenguaje jurídico (aspecto analítico); y, la inclusión de las categorías jurídicas de la manifestación de la voluntad conjunta-copulativa y conjunta por mayoría. No obstante, en este espacio de estudio nos ocuparemos únicamente del último aspecto señalado, en tanto que los otros fundamentos están en nuestro trabajo precedente, al cual, en todo caso, y nuevamente, hacemos remisión.

Hacemos la advertencia de que, conscientes de la diferencia técnico-jurídica entre los conceptos de manifestación de la voluntad y declaración de la voluntad, hacemos uso indistinto de los mismos a fin de no redundar, entre otros.

Antes bien, es necesario hacer una breve precisión.

2. Derecho y realidad

Conscientes de que el presente espacio es breve, grosso modo, explicaremos la relación que hay entre los dos conceptos invocados, de modo que encontremos otro argumento para la posición que desarrollaremos sobre el problema planteado.

La relación entre Derecho y realidad, consideramos que ha sido una relación circular¹⁰⁷ teniendo en cuenta cuatro conceptos, a saber: doctrina, norma, jurisprudencia y realidad.

La doctrina constituye el conjunto de teorías generales y particulares del Derecho, por lo que, constituye el saber teórico jurídico o saber teórico del Derecho, las cuales constituyen explicaciones de la realidad.

La norma o normas jurídicas vienen a ser los mandatos o prescripciones, esto es, reglas jurídicas o reglas de Derecho, que regulan la realidad.

La jurisprudencia son los fallos que contienen los criterios en virtud de los cuales los jueces resuelven los conflictos, o sea, las decisiones emitidas por los jueces, en las que aplican u operacionalizan la norma jurídica (genérica y abstracta) a casos concretos (generando normas individuales y concretas), fundamentado también

¹⁰⁷ A propósito del término “circular”, ya se había usado el mismo, empero para indicar que la evolución del Derecho no ha sido rectilínea sino circular, puesto que aquel había iniciado siendo jurisprudencial, luego se pasó a un derecho legislativo, para después regresar a ser un derecho judicial, como se ve hogaño. NIETO GARCÍA, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Editorial Trotta. España. 2009, p. 153-154.

en doctrina; ergo, generan conocimiento práctico. De ahí que, a esta, asimismo, se le puede entender como saber jurídico práctico o saber práctico del Derecho. Se aprecia pues, la aplicación a la práctica de la teoría.

La realidad es el plano factual concreto que percibimos a través de nuestros sentidos, en la que interactuamos todos y podemos modificar objetivamente, en tanto somos entidades ontológicamente individualizadas; aquí, se observa el mundo de lo humano, el ámbito de lo social, en cual se dan las conductas o, de manera más acotada, las reglas de conducta de los sujetos. En este plano encontramos la porción de la realidad de la que se ocupa el Derecho.

Enseguida explicamos, puntualmente, la razón de dichas conceptualizaciones y su interacción. Consideramos, modestamente, que el Derecho para poder regular la realidad, primero debe comprenderla, a consecuencia de haberla observado o auscultado, es decir, debe tener explicaciones de cómo se dan las diferentes situaciones en la misma, producto de lo cual se obtienen categorías jurídicas conceptuales que, justamente, explican los distintos aspectos de la porción de la realidad de que se ocupa el Derecho. Siendo así, dichas categorías son contempladas para producir las normas jurídicas (en

las cuales, por cierto, están contenidas dichas categorías, aunque de modo preciso), las que, a su vez, regulan la realidad. De esta manera es que, se aplican las normas (que en modo preciso contienen las categorías conceptuales desarrolladas por la doctrina) a la realidad, dándose lugar a la jurisprudencia (claro está que, se debe considerar no sólo la jurisprudencia judicial, sino todo tipo de espacios en los que se verifique la aplicación del Derecho normado a la realidad). Pensamos que este ciclo siempre se ha dado a lo largo de la historia, solo que a un inicio todo fue muy precario o rudimentario, esto es, que para darse las primeras normas o cuerpos normativos tuvo que existir, necesariamente, algún grado de comprensión (y, por tanto, explicación) aunque sea mínimo de la realidad para regularla.

No en vano se ha dicho *ad literam* y enfáticamente que: "... La explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago –que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformando en un concepto exacto o, por lo menos, más exacto que el primitivo. En lugar de la transformación sería más correcto hablar aquí

de la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso.”¹⁰⁸.

Teniendo en cuenta lo anotado, recientemente, es que, para dar a conocer nuestra postura, previamente acudiremos a la doctrina o a esas explicaciones de la realidad, en las líneas que siguen.

3. La declaración de la voluntad conjunta-copulativa y conjunta por mayoría

3.1. Concepto

De otra parte, es necesario hacer abordaje del tema de la “manifestación de la voluntad”, a fin de poder, luego, sostener nuestro planteamiento.

Como se tiene, y hemos hecho referencia líneas atrás, el artículo 140 del Código Civil en su primer párrafo define qué es el acto jurídico, esto es, que conceptúa el acto jurídico como la manifestación de la voluntad, lo que, como vimos, describe el plano de la existencia del acto jurídico; de esto se sigue que, si hay manifestación de la

¹⁰⁸ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. Sistemas normativos – Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas. Editorial Astrea. 2º Edición. Buenos Aires – Argentina. 2012, p. 11.

voluntad hay acto jurídico, si no hay la misma, ni siquiera es posible hablar de acto jurídico; ya había señalado, a este respecto y hace mucho tiempo, Windscheid que, a la declaraciones legítimas de voluntad de los particulares se les llama negocio jurídico¹⁰⁹. Enseguida, el mismo dispositivo normativo señala que para su validez requiere, con lo cual claramente tenemos que el concepto de la validez, entra en un segundo plano (o momento o fase de desarrollo, como ya anotamos reglones atrás), es decir, que objetivamente el Derecho diferencia entre existencia y validez del acto jurídico o negocio jurídico (según la teoría a la que se adscriba), además del planteamiento doctrinario o teórico que ya revisamos.

De esto se sigue que la manifestación de la voluntad no constituye un requisito de validez, sino una condición de existencia misma del acto o negocio jurídico.

Si reparamos un tanto sobre el tema, notaremos incluso que, no sólo se trata de dar cuenta de la exteriorización de la voluntad interna a través de la declaración o manifestación de la misma, sino que su sustento es mucho más profuso o profundo que ello. Se ha explicado de

¹⁰⁹ WINDSCHEID, Bernhard. Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas). Editorial Universidad Externando de Colombia. 1976. T. I. V. I, p. 285.

manera debida que, el negocio o acto jurídico son expresión de la autonomía privada, la que supone la autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares de acuerdo a su voluntad; debiendo, subrayarse en este punto que, la autonomía privada es una parte del principio general de autodeterminación de las personas, el mismo que es anterior al ordenamiento jurídico y según el cual deben reconocerse los mismos derechos fundamentales¹¹⁰. A ello, se puede agregar lo indicado por Duguit, quien afirmó que la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad en general, la cual, trasuntada en el Derecho, venía a ser la libertad jurídica, es decir, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objetivo lícito; y que, en el sistema civilista, era comprendido como el poder de querer jurídicamente y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido¹¹¹.

Ahora bien, no sólo se considerar la manifestación de la voluntad individual o actuación individual de las

¹¹⁰ FLUME, Werner. El negocio jurídico - Parte General del Derecho Civil. Fundación Cultural del Notariado. Cuarta edición. Madrid - España. 1992. Tomo segundo, p. 23.

¹¹¹ DUGUIT, León. La autonomía de la voluntad. Pacífico Editores. Lima - Perú. 2015, p. 17.

personas, sino también manifestación de la voluntad conjunta o la actuación conjunta, de la cual el Tribunal Constitucional ha emitido senda jurisprudencia (como son los casos: Ex. N° 4661–2006–PA/TC; Exp. N° 01778-2008-PA/TC ICA; STC N° 03116-2009-PA/TC; Exp. N° 0905-2001-AA/TC; Exp. N° 00605-2008-PA/TC; Exp. N° 04972-2006-PA/TC, entre otros).

3.2. Reflexión analítica sobre sus clases o tipos

Como se aprecia en la doctrina hay clasificaciones sobre la manifestación de la voluntad, a fin de dar cuenta del tratamiento de la misma, según su incidencia para la configuración del acto o negocio jurídico.

Así se ha dicho que la manifestación puede ser tácita o expresa, unilateral o plurilateral, etc. A este respecto, el profesor Werner nos dice que hay negocios jurídicos con una sola declaración de voluntad y negocios que pueden consistir en varias declaraciones de voluntad. En cuanto al primero se encuentra al desistimiento unilateral, y, en el segundo supuesto, al contrato¹¹².

Con relación a ello, nos parece que se debe tener en cuenta también, en lo que respecta a los negocios con varias declaraciones, que no solo se refiere a la declaración

¹¹² FLUME, Werner. Op. Cit., p. 51.

de dos o más partes, sino también respecto de que al interior de cada una de las partes, se puede presentar los supuestos en que para que dicha parte expresa debidamente voluntad, pueden haber casos en los cuales deban prestar su declaración no solo una persona sino varias, máxime si recordamos que el concepto de parte no necesariamente está vinculado al concepto de persona, sino de interés. Consecuentemente, según se observa la realidad de las relaciones sociales, muy bien se puede hablar de dos tipos de declaraciones de voluntad, cuanto se trata de una parte integrada por dos o más personas: las declaraciones de voluntad conjunta-copulativa y las declaraciones de voluntad por mayoría (que puede ser por mayoría simple o cualificada). La primera se refiere a los supuestos en que para que la parte exprese debidamente voluntad, se requiere de la intervención de todos quienes integran esa parte; y, en el caso de las declaraciones por mayoría, se necesita el consenso de la mayoría simple o cualificada de los miembros integrantes de la parte que manifestará o expresará voluntad. Evidentemente, este tipo de declaraciones de voluntad está creada para negocios en los cuales en una misma parte se tienen varios integrantes.

4. Posición frente al VIII Pleno Casatorio Civil

Una vez, establecido el marco teórico de nuestra posición a adoptar, es más fácil de transmitir y explicar nuestra postura frente a tan importante pronunciamiento. Siendo coherentes y consecuentes, con lo desarrollado en la doctrina y la normativa citadas, queda claro que: en primer lugar, los conceptos de existencia y validez (como se advirtió en el artículo 140 del Código Civil), y sus correspondientes conceptos jurídicos negativos de la inexistencia (consagrado, según se revisó en el segundo párrafo del artículo 220 del mismo cuerpo normativo) e invalidez, son distintos y están presentes objetivamente en nuestro ordenamiento, esto es, son una realidad normativa; en segundo término, la manifestación o declaración de voluntad constituye el concepto identificativo o descriptivo de la esencia del acto o negocio jurídico, ergo, da cuenta de la existencia misma de aquel (lo que, incluso, está así objetivamente normado en el artículo 140, conforme ya anotamos), por lo que, su no observancia acarrea la inexistencia del mismo, más no la invalidez que responde a otro momento o fase de desarrollo del acto o negocio jurídico; y, en tercer orden, para la generación o existencia misma del acto o negocio jurídico, se tiene que el mismo no sólo puede ser por una declaración simple por cada una de las partes en los

supuestos en que intervienen dos o más partes, sino que se necesita de declaraciones conjuntas-copulativas o conjuntas por mayoría (simple o cualificada), para que dicha eventual parte puede expresar voluntad.

Justamente, el artículo 315 primer párrafo del Código Civil, viene a ser un ejemplo de la manifestación de la voluntad conjunta-copulativa, por cuanto se requiere para la expresión de la voluntad de la sociedad conyugal, en tanto constituye una sola parte, de la intervención de las dos personas que integran la misma, no hay duda alguna, puesto que la norma es totalmente explícita al señalar que, para para la disposición de los bienes sociales, se requiere la intervención del marido y la mujer, o sea, de que debe existir una manifestación de la voluntad conjunta-copulativa. Se exige, pues, que tanto el cónyuge varón como la cónyuge mujer deben intervenir en el acto de disponer, lo que quiere decir que en forma conjunta expresen manifestación de voluntad.

Siendo así, ante el supuesto en que sólo uno de los cónyuges manifiesta voluntad para disponer de un bien social, cabe señalar enfáticamente que, la misma no es suficiente para expresar la voluntad conjunta-copulativa que exige la ley para constituir, de modo regular o normalizado (no olvidemos que normal también viene de

norma), manifestación de la voluntad de la sociedad conyugal respecto de los bienes sociales o de la sociedad de gananciales, en la medida de que (no obstante, la discusión que hay sobre su naturaleza jurídica, como sociedad, comunidad, persona jurídica, institución sui generis, un quinto tipo de sujeto de derecho, etc.), no hay duda que ambos conceptos no son lo mismo o nos e identifican, a su turno, con los sujetos que la integran ni con los bienes propio de cada uno de ellos, sino que tiene una existencia propia e independiente de aquellos, así como cuenta con un patrimonio particular y distinto de los mismos.

En este punto, es pertinente mencionar que, ya se había advertido sobre la particularidad de los negocios jurídicos cuyos efectos entran en el ámbito del Derecho de familia, tales como los actos jurídico-personales sobre el estado civil, como la celebración del matrimonio, la adopción y la extinción de una adopción, así como los contratos que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges (contratos matrimoniales). Se resalta que, los negocios jurídicos familiares mencionados son solemnes (con excepción de la promesa de matrimonio), el cual requiere debido a su importancia sobresaliente para los participantes y a que por ellos pueden verse afectados también, las más veces, intereses públicos o intereses de

terceros, y, por lo mismo, tampoco pueden ser celebrados bajo condición. De esta manera, se explica que, la ampliación del contenido de las relaciones jurídico-familiares (matrimonio, relaciones paterno-filiales) está sustraída a la disposición de las partes; y, en cuanto al ámbito del régimen patrimonial del matrimonio, el hecho de que las partes posean una cierta libertad de disposición, ésta sólo tiene un alcance limitado, razón por la cual, no son posibles negocios jurídicos familiares distintos de los previstos en la ley, por tanto, y al igual que en el ámbito del Derecho de cosas, existe la obligatoriedad de tipos¹¹³. En el caso que estamos comentando, lo previsto en la ley es, precisamente, el artículo 315 primer párrafo del Código Civil.

Por consiguiente, si no se ha expresado o manifestado propiamente voluntad por parte de dicha entidad que funge de parte, conforme a lo desarrollado, estamos ante un supuesto de inexistencia del acto o negocio jurídico, debido a que, la manifestación de la voluntad, que debe ser producto de una actuación conjunta y de ninguna manera individual, conforme al imperativo categórico de la norma citada, describe la existencia misma del acto o

¹¹³ LARENZ, Karl. Derecho Civil - Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Cuarta edición. Madrid - España. 1978, p. 431-432.

negocio jurídico, en atención del artículo 140 primer párrafo del Código Civil, según apuntamos.

5. Conclusiones

- La doctrina jurídica debe cumplir su papel, coadyuvando a explicitar los conceptos (procurando eliminar su vaguedad) que permitan comprender mejor la realidad para orientar debidamente o la producción de las normas jurídicas o su debida interpretación, de cara a los hechos que en concreto se precian en las relaciones sociales; y, en esa medida, debe orientar la corrección y coherencia en el razonamiento jurídico.

- La diferencia entre inexistencia y nulidad (invalidez) del acto o negocio jurídico, queda establecido doctrinaria y normativamente.

- La disposición de un bien social por uno de los cónyuges, constituye un supuesto de inexistencia, por cuanto no se da el concepto identificatorio de la esencia o existencia del acto o negocio jurídico, esto es, la manifestación de la voluntad (conjunta-copulativa), conforme a los artículos 140 (primer párrafo) y 315 (primer párrafo) del Código Civil.

6. Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. Sistemas normativos – Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas. Editorial Astrea. 2º Edición. Buenos Aires – Argentina. 2012.
- DUGUIT, León. La autonomía de la voluntad. Pacífico Editores. Lima - Perú. 2015.
- FLUME, Werner. El negocio jurídico - Parte General del Derecho Civil. Fundación Cultural del Notariado. Cuarta edición. Madrid - España. 1992. Tomo segundo.
- LARENZ, Karl. Derecho Civil - Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado. Cuarta edición. Madrid - España. 1978.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Crítica de la razón jurídica. Editorial Trotta. España. 2009.
- WINDSCHEID, Bernhard. Tratado de Derecho Civil Alemán (Derecho de Pandectas). Editorial Universidad Externando de Colombia. 1976. T. I. V. I.

Excepción de cumplimiento de contrato vs. resolución de contrato

¿Qué corresponde ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales?

Sumario

1. introducción. — 2. Remedios contractuales. — 3. Excepción de cumplimiento de contrato. — 4. Resolución de contrato. — 5. Supuestos y diferencias entre excepción de cumplimiento de contrato y resolución de contrato. — 6. Análisis de la resolución materia de estudio. — 7. Conclusión. — 8. Referencias bibliográficas.

Resumen

Se reflexiona sobre los siguientes puntos: ¿el remedio contractual puede ser una consecuencia del vínculo contractual?, ¿la excepción de incumplimiento despliega efectos en la suspensión de la resolución obligatoria?, ¿la resolución del contrato solo existe solo cuando no se configure uno de los presupuestos o elementos del contrato?, entre otros.

Palabras clave: remedios contractuales, excepción de cumplimiento de contrato, resolución contractual.

1. Introducción

Avanzada la contemporaneidad, es innegable que se nos presenta un nuevo horizonte jurídico, pintado por un marcado discurso constitucional, con todo lo que ello implica; esto es, entre otras cosas, un acercamiento entre las tradiciones jurídicas del *civil law* (sistema romano-germánico) y el *common law* (sistema anglosajón); puntualmente, respecto del concepto de *norma jurídica*, bajo el manto de lo que era el marcado iuspositivismo que influenciaba a ambos y que ahora se ve al menos morigerado, por la inercia de lo que vendrían a ser las corrientes constitucionalistas contemporáneas, pospositivistas, no positivistas, etc., que han incidido en el concepto de marras.

En este punto, es menester referirse a que lo anotado, desde nuestro punto de vista, y al menos en nuestro país, ha generado una escisión en nuestro derecho. Es decir, una forma de comprender (estudiar, para interpretar y aplicar las normas jurídicas) el derecho constitucional, de un lado, y todo lo que es el derecho ordinario, de otra parte, sin perjuicio de reconocer que el primero está influenciando en lo segundo, cual cascada de conceptos o fundamentos que van vertiéndose en lo segundo. Sin embargo, nosotros advertimos que aún se mantienen en lo que respecta a la

forma de operacionalizar (interpretar y argumentar, para aplicar a los hechos concretos) las normas jurídicas *ordinarias* la tradición romano-germánica (producción de normas positivas y doctrina), donde los supuestos de hechos de las normas jurídicas no son indeterminados o imprecisos, inexactos o abiertos, sino cerrados, habida cuenta de los intereses jurídicos que tutelan que no son de corte (relevancia) constitucional o no hacen al denominado *contenido constitucionalmente protegido*.

Verbigracia, es que cuando se discute en un proceso civil, por señalar un tema, sobre algún aspecto del contrato o acto jurídico, no se discute sobre el concepto de contrato o negocio jurídico contenido en el supuesto de hecho, sino sobre si se celebró o no el contrato o se construyó o no un acto jurídico, puesto que ello ya está definido en la norma. Lo propio ocurre en materia penal, digamos, sobre el delito de daños: no se discute el supuesto de hecho de la norma que regula el delito de daños, sino se exponen los hechos y argumenta jurídicamente si se produjo o no el delito de daños definido por la norma. En cambio, ello no ocurre en el ámbito constitucional, donde por ejemplo basta con que se haga referencia al derecho a la vida, y no se define lo que es la vida o en qué consiste la vida, por lo que el supuesto de hecho de la norma que lo regula es

abierto, lo que se precisa a través de la hoy importante actividad de la interpretación constitucional.

En este artículo se abordan dos figuras del derecho ordinario (civil), los cuales se verifican conforme a lo explicado en la doctrina, definido en la norma jurídica y los criterios desarrollados (en atención a los dos primeros) en la jurisprudencia, con motivo del análisis y comentario que desarrollamos en los reglones que suceden sobre la resolución in comento.

2. Remedios contractuales

Cuando los particulares celebran un contrato, por fuerza de la autonomía privada (o acto de autonomía privada, que es entendido así no porque el contrato o el negocio produzca ordenamientos autónomos, sino porque establecen normas que, por regla, vinculan a los mismos que la disponen¹¹⁴), quedan vinculados irremediabilmente conforme a las cláusulas contractuales o el programa contractual que hayan consignado. Por citar un ejemplo, es como si ambos ingresaran a una habitación donde quedan, si se nos permite la expresión, atrapados, vinculados por una relación jurídica obligacional —ya

¹¹⁴ FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 11.

que, como bien se ha expresado, en el Perú los contratos tienen efectos meramente obligacionales, esto significa que los contratos no transfieren por sí mismos ningún derecho real¹¹⁵— que genera (precisamente, cual si fuera una habitación) un contexto jurídico específico y delimitado, de cuyos alcances no se pueden extralimitar, en tanto fuera de ese contexto (habitación) está el plano de la libertad.

Encerradas las partes solo pueden hacer allí todo lo que se factible hacer en dicha habitación y lo que haga una afectará al otro; por eso se dijo que, mediante el contrato, quienes lo concluyen se vinculan recíprocamente (esto es, cada uno a sí mismo y, con ello, al propio tiempo, a la otra parte), estableciendo para su regulación recíproca una norma misma que es solo válida, en principio, solo para ellos mismos, y no, a diferencia de una norma jurídica general, para un pluralidad indeterminada de personas y casos de aplicación posible¹¹⁶.

No obstante, dicho encierro tiene una finalidad, o sea, se produce para un cometido que se debe dar en forma

¹¹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario, *Lecciones de contratos*, Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2016, p. 38.

¹¹⁶ LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 705-706.

regular, como puede ser en un contrato de compraventa pagar el precio y entregar la cosa, con lo cual cada particular se ve satisfecho si se cumple ese propósito. Empero, si se no se da dicha regularidad en el cumplimiento de las obligaciones devenidas por la celebración del contrato, se ingresa en un estado de anormalidad o patología contractual, como puede ser que solo una de las partes cumpla con su obligación y la otra no, entonces se recurre a los famosos remedios contractuales para remediar tal anormalidad.

Lo indicado se debe a que, como se ha sostenido en doctrina, el remedio se vincula, por un lado, con la idea de vínculo contractual y, de otra parte, con la idea de contrato defectuoso. Lo primero significa que el contrato produce efectos de los que las partes no pueden sustraerse, y el contrato defectuoso se refiere a un contrato en el que existe algo que no anda bien; por lo que se cuestiona si un contrato en tal condición vinculará igualmente a las partes, produciendo normalmente sus efectos, se determinarían resultados no deseables, saliendo lesionados intereses merecedores de tutela.

Así, en tal contexto, viene a cuento la idea de remedio contractual, es decir, frente a la lesión actual o potencial de los intereses merecedores de tutela, que se vulnerarían por

la normal producción de efectos del contrato defectuoso, por lo que la ley ofrece instrumentos para prevenir o remover la lesión misma, precisamente para remediar tal situación, a través de la cancelación o la revisión de los efectos contractuales¹¹⁷.

Ahora bien, tomando en cuenta la tipología o clasificación desarrollada por el profesor ROPPO¹¹⁸, los remedios contractuales pueden ser:

2.1. Por el modo de su activación

Según este criterio los remedios contractuales pueden ser: a) *negocial*, cuando se activa a instancia de parte o por una manifestación de voluntad negocial y que no llega al campo jurisdiccional; b) *judicial (procesal)*, el cual si bien presupone también una iniciativa de la parte, empero a través de la acción judicial debido a que su actuación tiene como lugar necesario el proceso, y como medio necesario la decisión del juez (que es de naturaleza constitutiva) para la cancelación de los efectos contractuales; y c) *legal*, que son los que operan *ipso iure*, esto es, que la cancelación de los efectos jurídicos contractuales se producen

¹¹⁷ ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 667-668.

¹¹⁸ *Vid.* ROPPO, *El contrato*, ob. cit., p. 669 y ss.

automáticamente, por la verificación de las circunstancias a las que la ley vincula.

2.2. Por la naturaleza del defecto contractual y el interés que se afecta

Este criterio se da según se afecte el interés particular de una de las partes (ergo, a quien beneficia la cancelación del vínculo) o el interés general, o son ajenos a la específica esfera de interés de las partes (aquí el efecto contractual es deseable desde el punto de vista de la sociedad).

2.3. Por el momento en el cual el defecto se manifiesta

Los defectos pueden producirse al momento en que se celebra el contrato (por lo que se habla de defectos originarios), en otras palabras, el contrato nace defectuoso por un vicio que lo aflige desde el inicio y pertenece al mismo supuesto de hecho del contrato. Con ello tenemos que el defecto aflige al contrato como acto, por tanto, el remedio se dirige, precisamente, al contrato como acto.

Asimismo, puede ocurrir que el defecto se produzca en un momento posterior a la celebración del contrato, sobrevienen en un momento posterior. Así, el supuesto de hecho del contrato se forma inmune de vicios; solo

seguidamente en la fase de actuación de la relación contractual intervienen factores que perturban el buen funcionamiento, dando lugar con ello a la vía del remedio.

2.4. Por su incidencia sobre el contrato

Este criterio se orienta en función de si los remedios contractuales buscan extinguir o mantener (corregir) el vínculo contractual. Es cierto que el mayor número de remedios contractuales buscan (en diversos grados de intensidad) disolver aquella, pero en ocasiones, por la naturaleza del contrato en cuestión y/o por el tipo de defecto o problema que lo aflige, es preferible corregir el contrato en lugar de destruirlo.

3. Excepción de incumplimiento de contrato

Con la atinencia de que cuando se ejercite la pretensión de cumplimiento, la parte de un contrato sinalagmático puede rechazar el propio cumplimiento por medio de dos tipos de excepciones conectadas con la actividad ejecutiva de la contraparte, las cuales son la excepción de incumplimiento y la excepción de peligro de cumplimiento.

Mediante la primera, conforme al artículo 1426 del Código Civil, el contratante (con buena fe objetiva) rechaza el cumplimiento de la obligación (cuyo plazo ya ha vencido de todos modos) hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento; esto es, se otorga el derecho de suspender legítimamente la ejecución de la prestación frente a un tipo de incumplimiento de la contraparte, siendo que tal derecho requiere: i) un contrato con prestaciones recíprocas; ii) la existencia de una falta de cumplimiento de ambas obligaciones; y iii) su ejercicio no puede oponerse a la buena fe.

Por su parte, la excepción de peligro de cumplimiento confiere el derecho a suspender la ejecución de la prestación de la parte que debe cumplir la obligación en primer orden, cuando sobreviene el riesgo de que la contraparte debe cumplir en segundo lugar no puede hacerlo por el deterioro de sus condiciones patrimoniales (según lo previsto en el artículo 1427 del Código Civil)¹¹⁹.

3.1. Naturaleza jurídica

¹¹⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, Lima: Jurista Editores, 2011, pp. 274-275.

Se ha sostenido que existe dos posturas sobre la naturaleza jurídica de la excepción de incumplimiento: la primera, que es la posición mayoritaria, la considera como una verdadera y propia excepción sustancial; es decir, basada en el derecho sustantivo, y no procesal, por la cual el demandado plantea que, por tratarse del cumplimiento de la relación jurídica obligacional creada por un contrato recíproco, no está obligado a ejecutar la prestación a su cargo debido a que el demandante no ha ejecutado aún la contraprestación que le compete ni ha garantizado su ejecución; la segunda posición nos señala que la excepción se plantea como una contrademanda o reconvencción, dirigida a que el demandante se vea condenado a cumplir la prestación a su cargo simultáneamente con la contraprestación correspondiente al demandado¹²⁰.

3.2. Requisitos de procedencia

El profesor DE LA PUENTE Y LAVALLE¹²¹ manifiesta que la doctrina considera que para la admisión de la excepción de incumplimiento se requieren los siguientes requisitos: existencia de un contrato recíproco, incumplimiento por el actor de su prestación, simultaneidad de cumplimiento,

¹²⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Lima: Palestra Editores, 2011, t. I, p. 321.

¹²¹ *Ibid.*, p. 322 y ss.

falta de incumplimiento del excepcionante y respeto a la buena fe.

3.3. Efectos de la excepción

El efecto de la excepción de incumplimiento entre las partes es el de la suspensión (que es legítima por cuanto está prevista en el artículo 1426 del Código Civil) de la ejecución de la prestación a cargo del demandado¹²².

3.4. Campo de acción de la excepción

La excepción de incumplimiento requiere que exista una parte que exija a la otra la ejecución de la prestación a su cargo y que esta otra parte se oponga invocando su derecho a suspender la ejecución de su prestación hasta que la primera ejecute o garantice ejecutar su contraprestación. Esto puede realizarse tanto judicial como extrajudicialmente¹²³.

4. Resolución del contrato

Al igual que el remedio anterior, la resolución constituye un supuesto de ineficacia contractual, por una causa o

¹²² *Ibíd.*, p. 328.

¹²³ *Ibíd.*, pp. 330-331.

hecho que sobreviene (que es el rasgo común a todas las hipótesis de resolución¹²⁴) a la celebración del contrato — es decir, versa sobre la relación jurídica obligacional en ejecución—, que es otorgada por el ordenamiento jurídico para oponerse a la continuidad del vínculo contractual, justamente, por eventos sobrevinientes que alteran el nexo de correspectividad entre las prestaciones generadas de un contrato con prestaciones correspectivas (o contrato sinalagmático)¹²⁵.

Este remedio se presenta, pues, como el derecho a resolver un contrato y puede fundarse en el convenio o en la ley¹²⁶. En efecto, se ha expresado que, en este supuesto, se da la extinción de la relación contractual por voluntad de una de las partes, y tiene lugar cuando aquella cesa a petición de la que tenga la facultad de hacerlo; esta última puede haber sido concedida por el contrato (mediante una cláusula) o proceder de la ley (cuando la ley faculta a una de las partes a resolver el contrato)¹²⁷.

¹²⁴SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 264.

¹²⁵MORALES HERVÍAS, *Patologías y remedios del contrato*, ob. cit., p. 265.

¹²⁶ENNECCERUS, Ludwig y Heinrich LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil (Derecho de obligaciones)*, t. II, vol. 1, Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1954, p. 194.

¹²⁷ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, t. II, Madrid: EDISOFER, 2003, p. 476.

Ahora bien, la producción del supuesto de hecho resolutorio genera, para la parte perjudicada, el nacimiento de una facultad resolutoria que da lugar a la consiguiente acción judicial¹²⁸, para la disolución y la cancelación de los efectos.

4.1. Presupuestos

Según el profesor ALPA¹²⁹, los presupuestos de la resolución contractual son: el cumplimiento de quien acciona en juicio, el incumplimiento del contratante contra el cual se solicita la resolución y la solicitud de resolución.

4.2. Efectos de la resolución

Es harto conocido que los efectos de la resolución, a diferencia de la rescisión, no son retroactivos, sino que se producen desde el momento en que se produce el hecho que vicia a la relación jurídica obligacional, en otras palabras, opera desde el momento en que se produce la

¹²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, t. II, España: Thomson Reuters, 2007, p. 705.

¹²⁹ ALPA, Guido, *El contrato en general*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 266.

causal sobreviniente¹³⁰, motivo por el cual se ha sostenido que la resolución atañe al contrato como relación (a diferencia de la invalidez que lo afecta como acto)¹³¹.

4.3. Carácter de la acción resolutoria

La acción resolutoria tiene carácter constitutivo, en el sentido que es la decisión judicial la que determina que la relación jurídica patrimonial quede sin efecto, lo cual se explica como consecuencia de la validez inicial del contrato y de la relación jurídica patrimonial por él creada, la que solo deja de producir efecto por razón de la declaración judicial de ineficacia, aunque se ha puntualizado que tal carácter constitutivo de la acción no determina que la ineficacia opere desde el momento de dicha declaración, sino a partir de la presentación de la demanda, una vez ocurrida la causal sobreviniente que da lugar a la resolución¹³².

5. Supuestos y diferencias entre excepción de cumplimiento de contrato y resolución de contrato

¹³⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, t. I, ob. cit., p. 455.

¹³¹ ROPPO, *El contrato*, ob. cit., p. 859.

¹³² DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, t. I, ob. cit., p. 459.

Antes bien, deseamos indicar que no pretendemos hacer una relación exhaustiva o acabada de los supuestos y diferencias que puedan darse entre los remedios contractuales que son materia de estudio, sino referirnos a los aspectos que nos permitan desarrollar el análisis de la resolución que es materia de revisión en el presente trabajo, a propósito del caso que nos ocupa y que nos permite reflexionar sobre ambas categorías jurídicas conceptuales.

5.1. Supuestos

Conforme a lo precedentemente desarrollado (evidentemente, *grosso modo*), consideramos que ambos remedios contractuales parten de supuestos marcadamente diferentes, como veremos a continuación.

La excepción de incumplimiento de contrato parte del supuesto (si se quiere subyacente) de mantener la relación jurídica obligacional, en tanto la parte que la invoca busca que la otra cumpla sus obligaciones, en el plano de la reciprocidad, mas no la extinción del vínculo contractual, es decir, es una medida de presión para que la parte que incumple con su obligación lo haga, lo cual denota que la parte que ejercita tal medida busca con dicha conducta que la otra reaccione con el cumplimiento.

En cambio, en la resolución contractual —y salta a la vista por el propio significado que denota la expresión— se observa que el mismo se da en el supuesto de que la parte (que tiene el derecho a ejercer este remedio contractual) desea poner fin a la relación contractual; o sea, no desea continuar con ella y menos aún cumplir con las obligaciones que hayan emanado de aquel, supuesto que es recogido por la ley y que por ello confiere tal facultad, que incluso pueden haber previsto las partes mismas, motivo por el que incluso puede estar pactado en el contrato al momento de la celebración.

5.2. Diferencias

La primera diferencia que podemos advertir entre las figuras jurídicas mencionadas, es la referida precisamente a los supuestos de los que parten que caracterizan su naturaleza jurídica como remedios contractuales, así como nos describen su finalidad: la excepción de incumplimiento busca la mantención de la relación jurídica que dimana del contrato, en tanto que la resolución busca la disolución de la misma.

La excepción de incumplimiento se produce como una *“excepción”*, en cambio la resolución siempre se configura como *“acción”*.

La resolución puede ser incoada unilateralmente, en cambio la excepción de incumplimiento requiere de la intervención (intimación, requerimiento) de la contraparte.

Otra nota distintiva es que la excepción de incumplimiento tiene el efecto de la suspensión de la relación obligatoria, mientras que la resolución busca su extinción. De igual forma, advertimos que para pretender la resolución del contrato se requiere que la parte que la emplea debe haber cumplido sus obligaciones y, por el contrario, en la excepción de incumplimiento quien la convoca ha incumplido sus obligaciones, aunque de forma justificada.

Asimismo, la resolución, en modo alguno, está prevista en el contrato o autorizada por ley, en tanto la excepción de incumplimiento no necesita estar prevista en el contrato. Así, también la excepción de incumplimiento de contrato solo puede hacerse valer en los contratos con prestaciones recíprocas, aspecto que trasciende la resolución contractual.

6. Análisis de la resolución materia de estudio

A continuación, procedemos a efectuar el análisis de la resolución que nos convoca. Es materia de comentario la resolución número treinta y siete (sentencia de vista), emitida en el Expediente N.º 01555-2014 por un órgano de segunda instancia, de cuya lectura se desprende que se trata de un proceso de resolución de contrato de compraventa de bien inmueble, por cuanto la parte demandante no terminó de pagar el íntegro del precio pactado por la venta, mientras que la parte vendedora (y ahora demandante) cumplió con entregar la cosa (transferir la propiedad).

La parte compradora (demandada en el proceso *in comento*) sostiene, entre otros argumentos, que debe declararse infundada la demanda, puesto que la demandante no cumplió a cabalidad con su obligación de transferir la propiedad, por lo que la demandada no cumplió con pagar el íntegro del precio pactado por la venta.

Si bien miramos, aunque no se señala o invoca expresamente en el proceso (según se tiene de la lectura de dicha resolución), la demandada está refiriéndose a la

excepción de incumplimiento de contrato, ya que, y esto sí manifiestamente, contesta indicando que suspendió la ejecución del contrato o cumplimiento de su obligación porque la contraparte, a su juicio, no habría cumplido a cabalidad su obligación.

Tal argumento, *prima face*, queda fuera de lugar ante la pretensión de resolución de contrato, conforme a lo desarrollado a lo largo de estas líneas, por cuanto, y en principio, la resolución del contrato denota la voluntad de la parte que lo acciona de no continuar con la relación contractual, ante el incumplimiento de la otra, así como las condiciones o presupuestos en que ambas proceden, con los efectos que implican, todo lo cual hemos apuntado en líneas atrás.

No obstante, y habida cuenta de la doble naturaleza jurídica de la excepción de cumplimiento (sustantiva y procesal), se podría plantear la cuestión de si en un proceso podría esgrimirse como argumento de defensa de fondo dicha situación (aunque resulta paradójico, por cuanto ambas buscan finalidades distintas) y si cabría su discusión.

Sin perjuicio de lo anotado, solo hay una forma de que ello ocurra, y es que la parte que no incumple la invoque

o pida, en modo alguno, en el proceso, de donde se tendría la voluntad de aquella de querer continuar con la relación contractual, lo que incluso ha sido anotado en la Casación N.º 917-2012 Callao (publicada en el diario oficial, *El Peruano*, en fecha 30 de junio del 2015).

En tal sentido la decisión emitida en la resolución referida, es conforme a derecho, en tanto no se configuran los presupuestos o elementos para que se configure (y aún antes, se discuta siquiera) la excepción de incumplimiento de contrato, en consecuencia, correspondía declarar la resolución del contrato una vez verificado el supuesto de resolución contractual, como ocurrió en la compraventa que fue objeto de proceso y que dio lugar a la resolución que se emitió.

7. Conclusión

Nos parece que los remedios contractuales que han sido materia de estudio son conceptos jurídicos contrapuestos, atendiendo a lo explicado, ya que parten de supuestos de voluntad de las partes diferentes y por tanto buscan fines distintos, lo que hace que no puedan articular.

No obstante, siendo conscientes de que las relaciones sociales son variadas y cada vez más complejas,

consideramos que el manejo de las instituciones, figuras y categorías jurídicas debe ser, cada vez, más cuidadoso, lo cual se logra solo con un debido estudio y comprensión de las mismas, como ocurre en el presente caso, que no se ha incurrido, como ocurre muchas veces, en generar confusión de los conceptos jurídicos.

Finalmente, respondiendo a la interrogante que nos formulamos en el título de este artículo, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que corresponde obedece a la voluntad de las partes, siendo uno de los caminos a seguir, los que ofrecen dichos conceptos jurídicos de la excepción de incumplimiento de contrato y la resolución de contrato que, traducido, en otros términos, trasluce las opciones de seguir o no con la relación jurídica obligacional.

8. Referencias bibliográficas

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, t. II, Madrid: EDISOFER, 2003.
- ALPA, Guido, *El contrato en general*, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- CASTILLO FREYRE, Mario, *Lecciones de contratos*, Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2016.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, t. I y II, Lima: Palestra Editores, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, t. II, España: Thomson Reuters, 2007.
- ENNECCERUS, Ludwig y Heinrich LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil (Derecho de obligaciones)*, t. II, vol. 1, Barcelona: BOSCH, 1954,
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría general del contrato*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, Lima: Jurista Editores, 2011.
- ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

Neurociencia y voluntad jurídica privada

Sumario

1. Introducción. – 2. Conocimiento, mente y cerebro. – 3. Neurociencia y Derecho. – 4. Neurociencia y voluntad jurídica privada (o voluntad desde el Derecho Privado). – 5. Conclusión. – 6. Referencias bibliográficas.

Resumen

Este artículo describe el fenómeno neurocientífico como herramienta auxiliar de todo conocimiento y, en especial, del saber jurídico, con relación al elemento volitivo en el Derecho Civil, por cuanto provee una distinta visión de la voluntad frente a las que se han venido construyendo a partir de las teorías del acto y negocio jurídico en el orbe del *civil law*.

Palabras claves: *civil law*, conducta, libertad, neurociencia, voluntad

1. Introducción

A lo largo de su existencia, el hombre experimenta una serie de vivencias y un sin fin de sensaciones,

percepciones, aprehensiones, etc., tanto por fuerza del mundo que lo rodea (que es externo a él), como también por influjo de sus congéneres. Toma pues conciencia de su entorno, de sus semejantes, así como de sí mismo; y todo ello, por medio de un instrumento (si se nos permite la expresión) que está en su interior, esto es, al cerebro humano. Con respecto a éste último, existió un buen tiempo en que los seres humanos desconocimos mucho sobre tal órgano de vital importancia, pese a que era el que nos permitía hacer y conocer todo en cuanto fue posible hacer y conocer, sin embargo, no le dimos la importancia o no existía mayores estudios sobre él, debido a que, además, era (y es) un órgano muy delicado, motivo por el cual se le llegó a denominar la caja negra, puesto que no se sabía mucho de ésta, no obstante, lo anotado.

Es cierto, poco se sabía sobre el cerebro que, a lo mejor, explicaba todo en cuanto nos pasa, empero lo que hicimos fue ver hacia afuera y utilizarlo, más bien, para tratar de comprender lo externo (y, según ello, lo que nos pasaba), se miró y siguió mirando hacia afuera (basta recordar la época de la cosmogonía), cuando había que ver, empero hacia adentro. Deseamos precisar, en este punto, que nos referimos a un conocimiento objetivo (que es, ciertamente, posible hoy con el avance tecnológico, entre otros) del cerebro y no tanto especulativo, puesto que, desde esta

última perspectiva, aún desde la antigüedad siempre ha existido una inquietud por el mismo.

El cerebro humano es una de las cosas más fascinantes y especiales de este mundo, el cual nos permite saber, conocer, sentir, pensar, hablar o idear para hablar, resolver problemas, producir conocimiento o saberes, es decir, es una maravilla, un órgano sencillamente magnífico. Se ha dicho que la materia gris (cerebro), apenas representa el dos por ciento de nuestro peso corporal, un kilo y medio de materia, donde se albergan un billón de conexiones, las cuales nos permiten efectuar todo lo indicado, claro está con la intervención de su unidad fundamental que es la neurona, misma que es una célula muy *sui generis* puesto que es la única que realiza el vital trabajo de recibir y enviar información a otras partes del cuerpo -se calcula que en el sistema nervioso existen al menos doce billones de neuronas y solamente en el cerebro unas cien mil millones, adoptando diversas formas y tamaños, dependiendo sobre todo de las funciones que desarrollan-

133.

En la actualidad, aquel órgano humano encuentra una atención inusitada aún para las mismas humanidades, por

¹³³ RUSSO RAMÍREZ, Alberto, *Psicología del Desarrollo*, t. I, Lima: Ediciones Jurídicas, 2013, p. 217.

la proyección de sus estudios científicos contemporáneos, refundidos en la denominada neurociencia, cuyo origen institucional dataría del año de 1970 con la fundación *Society for Neuroscience*¹³⁴.

En lo que nos atañe para el presente artículo, se debe señalar que el Derecho no pudo permanecer indiferente o estar al margen de tal fenómeno, es decir, con la aparición de las denominadas neurociencias, que nos muestran un estudio minucioso, amplio, íntegro, etc., de todo el sistema nervioso, dando respuestas a muchas interrogantes que otrora sólo eran abordados por la Filosofía u otros saberes específicos, como la Psicología o, según anotábamos recientemente, el mismo Derecho. Esto es así, en la medida que la neurociencia estaría, a primera vista, desdiciendo (o reconfigurando) algunos conceptos como la libertad, la voluntad, etc., que son pues vitales para el saber jurídico. Esto nos pinta un panorama desconcertante, pero que no debe dejarse de lado, puesto que alguna situación va a generar o algún resultado va a producir.

No está demás, señalar que en Europa el encuentro de ambos saberes (Neurociencia y Derecho), ya es abordado

¹³⁴ NARVÁEZ MORA, Maribel, “*Neuroderecho: el sentido de la acción no está en el cerebro*”, en Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, año I, n.º 2, noviembre del 2014, pp. 125-148.

hace más de un lustro, aproximadamente, aunque (y es menester señalarlo) desde el Derecho Penal o Procesal Penal o Derecho Procesal en general, empero no hay artículos que reflexionen sobre el tema desde el Derecho Privado (al menos, no a nivel nacional, hasta donde hemos podido indagar, claro está, admitiendo prueba en contrario), por tanto, lo que muy modestamente pretendemos hacer, con el presente trabajo, es plantear el tema (aunque sea introductoriamente) desde o en tal área del Derecho Privado, a partir de alguna de sus instituciones emblemáticas, esto es, al acto o negocio jurídico, siempre dispensándonos por imprecisiones, ya que se trata de una primera aproximación sobre el respecto.

2. Conocimiento, mente y cerebro

Como enseña bien ÁLVAREZ¹³⁵, a un inicio, todo en el mundo era naturaleza, esto es, sólo vivíamos en un mundo natural o en el mundo de lo natural, por consiguiente, existía una sola ciencia, la ciencia de lo natural (o ciencia natural), empero, hay un evento de azas importancia (e inconmensurable consecuencias) que se produce en ese primer mundo que lo cambiaría para siempre; aparece en

¹³⁵ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Derecho y realidad: notas de teoría sociológica*, Santa Fe: Juris, 2005, p. 17.

escena una creatura sin precedente, nos referimos al hombre o ser humano, que no solamente se sale o, mejor dicho, se desprende de ese mundo de lo natural, sino que -y además- produce o crea (funda) su propio mundo, el mundo -valga la redundancia- de lo humano, o en otras palabras, el mundo de lo social. De esto se colige, que existan, entonces, ya no solo una ciencia, sino al menos dos ciencias, la ciencia de lo natural y la ciencia de lo social o humano; siendo que, el ser humanos -debemos agregar- es el único sujeto que es capaz de conocer ambos mundos y, por tanto, ambas ciencias. Se debe anotar aquí que, se refiere al conocimiento mediante la razón.

Así, según lo anotado en el párrafo precedente *in fine*, el conocimiento racional es humano, pero se debe precisar que éste sólo es producto del cerebro humano, solo el ser humano es el único sujeto que conoce racional y conscientemente la realidad. Es concerniente a este respecto, lo anotado por ARROYO¹³⁶ que precisa que el concepto de conocimiento es más amplio que el de ciencia, ya que todo animal tiene conocimiento de la realidad que lo rodea por medio de su aparato perceptual, empero hay una diferencia entre conocer y saber, siendo que la ciencia

¹³⁶ ARROYO, Francese, *El conocimiento científico*, en: Mosterín, Jesús, *Filosofía y ciencia. Un continuo*, Lima: UIGV, 2011, Madrid: Trotta, 2013, p. 33 y ss.

es un tipo específico de conocimiento, un “saber” basado en la objetividad, los científicos proponen, pero la naturaleza dispone.

El conocimiento, como vemos, es el saber humano de las diferentes cosas (o entes de todo tipo), de ello se sigue que el conocimiento es variado. Hay conocimiento sobre el mundo que lo rodea (la naturaleza) y conocimiento sobre el hombre mismo y su entorno social (conocimiento de lo humano), a su vez, dentro de este último, hay conocimiento sobre diferentes aspectos de la vida humana, uno de los cuales es el Derecho. El saber jurídico es un tipo de conocimiento, pero no el único, hay otros tipos de saberes, como el científico. El saber científico reúne ciertas cualidades o características: es demostrable, es experimental, tiene un lenguaje específico o preciso, trabaja con datos, emplea una metodología rigurosa, etc. El saber jurídico, sólo a nivel lógico-lingüístico y obtención del dato puede acercarse al saber científico, empero, en todo lo demás el saber jurídico se construye en atención de otros aspectos que no pueden ser demostrados, sino (y más bien) argumentados, es más, hay quienes sostienen que el Derecho es o consiste fundamentalmente en dar razones jurídicas, se le muestra como argumentación,

habida cuenta del giro argumentativo que dio la Filosofía¹³⁷, o como un tipo de discurso práctico racional¹³⁸.

Hoy en día, el saber científico ha dado a luz a la denominada neurociencia, la cual pretende demostrar que el problema mente-cerebro¹³⁹, se resuelve en la objetividad de este último o, en otras palabras, tiene la pretensión de demostrar que conceptos como el de la voluntad o libertad (libre albedrío) en realidad no se dan o no existen. Afirmación que no es pacífica, sino que, contrariamente, impacta muchos saberes o áreas del conocimiento. Una de esas áreas es el Derecho, el cual ha desarrollado su propio objeto de estudio, entre otros, sobre el llamado libre albedrío, del cual desprende una serie de conceptos, una serie de ordenamientos o sistemas jurídicos. Con todo, cabe preguntarse qué significa este advenimiento cognoscitivo, un encuentro, desencuentro, una colisión o

¹³⁷ Véase, al respecto, ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013.

¹³⁸ Véase, al respecto, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima: Palestra, 2017.

¹³⁹ A estas dos dimensiones del hombre, una corpórea y otra incorpórea -a la cual, tradicionalmente se la ha llamado "alma", "espíritu", "mente", y otras veces "intelecto", "razón" o "conciencia"- , se le suele sindicarse como dualismo, el que encuentra, además, variantes. SANGUINETI, Juan José, *Neurociencia y filosofía del hombre*, Madrid: Palabra, 2014, p. 155 y ss.

qué, lo cierto es que tal situación deviene en un asunto que se debe tatar, y, de hecho, ya se viene abordando en algunos trabajos. Por consiguiente, además de tratar tal fenómeno -aunque de modo somero-, en este escueto trabajo se busca esbozar algunas ideas reflexivas breves sobre tal situación (es decir, la relación Neurociencia-Derecho), de manera general, y sobre la voluntad-libertad que son conceptos muy empleados, ya en la teoría del acto jurídico o ya en la teoría del negocio jurídico, de modo particular.

3. Neurociencia y Derecho

3.1. Neurociencia (breve apunte)

Haciendo un gran salto, en las últimas décadas, se han ido desarrollando estudios científicos sobre el órgano humano de marras, con importantes resultados arrojados como producto de tales investigaciones científicas, siendo que, al conjunto de ciencias que se han abocado a dichos estudios se le ha denominado neurociencia o

neurociencias en plural¹⁴⁰. Es más, AVENDAÑO¹⁴¹ ha enfatizado que, no hay lugar a discrepancia sobre la afirmación de que la convergencia producida entre las diversas disciplinas que dieron lugar a la aparición de la Neurociencia en los años sesenta, ha producido avances espectaculares en el conocimiento de la biología del sistema nervioso y de las relaciones de este con la conducta.

No obstante, cabe señalar que, si bien es cierto que la neurociencia ha proporcionado, gracias a sus avances sobre el conocimiento de los procesos cerebrales que sustentan los procesos mentales, a una rama como la psicología una base material para su estudio, como lo es el cerebro, por lo que, la misma entra a apoyarse en el estudio de la organización cerebral para lograr una materialidad de su estudio, es decir, la cognición, la afectividad y emoción, la subjetividad y conciencia; también lo es que, tiene que enlazarse con las teorías evolucionistas, ya que como bien ha demostrado Darwin ninguna especie ha sido creado, sino que todas han

¹⁴⁰ No hay problema con la denominación, ya que se trata en realidad de un conjunto de ciencias que estudian las bases biológicas del cerebro, a partir de su análisis neuronal para explicar y comprenderlo.

¹⁴¹ AVENDAÑO, Carlos, *“Neurociencia, neurología y psiquiatría: Un encuentro inevitable”*, en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, n.º 83, Madrid: 2002. Recuperado de <<https://bit.ly/2TJXsb4>>.

evolucionado. En el caso del ser humano, comenzó hace unos 2.8 millones de años con el *homo hábilis* cuyo cerebro (mayor al del *australopithecus*) tenía un volumen entre 500 y 800 cc, luego siguieron el *homo erectus* con un cerebro entre 800 y 1250 cc, el *homo beidelbergensis* entre 1200 y 1700 cc y el *homo sapiens sapiens* con un volumen cerebral hasta de 1400 cc, que además es el promedio del tamaño de los cerebros de los humanos modernos, con lo que se aprecia que hubo un crecimiento rápido, puesto que en cuatro millones de años (tiempo breve en términos evolutivos) el cerebro triplicó su tamaño, aunque se debe precisar que la clave no es el tamaño del cerebro (pues delfines y ballenas poseen un cerebro de 5000 cc), cuando sí la relación entre el tamaño del cerebro y el tamaño del cuerpo, que en el caso del *homo sapiens sapiens* es de siete veces más grande que el correspondiente a su cuerpo¹⁴².

3.2. Noción y ramas

La neurociencia viene a ser un saber que abarca el estudio del entero o íntegro sistema nervioso, lo que incluye al cerebro, la médula espinal y las redes de células nerviosas sensoriales o neuronas en todo el cuerpo. Esto

¹⁴² ZAPATA, Luis Felipe, “Evolución, cerebro y cognición”, en Psicología desde el Caribe. Universidad del Norte, n.º 24, agosto-diciembre del 2009. Recuperado de <<https://bit.ly/2TEvVrN>>.

hace que posea ramas diferentes que se centran en aspectos específicos. Así, se tiene: neurociencia del desarrollo, que describe cómo crece y cambia el cerebro; neurociencia cognitiva, que implica el estudio de cómo el cerebro crea y controla los pensamientos, el lenguaje, la resolución de problemas y la memoria; neurociencia molecular y celular, que explora los genes, las proteínas y otras moléculas involucradas en el funcionamiento de las neuronas; neurociencia conductual, que examina las áreas del cerebro y los procesos subyacentes en la conducta de los animales y los seres humanos; neurociencia clínica, es el área de estudio en la cual los especialistas médicos como los neurólogos y los psiquiatras usan los hallazgos de las investigaciones en neurociencia básica para explorar cómo tratar y prevenir los trastornos neurológicos y rehabilitar a los pacientes con sistemas nerviosos dañados o lesionados¹⁴³. De nuestra parte podemos agregar que, a esta última clase o rama de neurociencia, muy bien podría denominársele neurociencia patológica o neurociencia de las patologías.

¹⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD INFANTIL Y DESARROLLO HUMANO EUNICE KENNEDY SHRIVER, “¿Cuáles son algunas de las diferentes áreas de la neurociencia?” Recuperado de <<https://bit.ly/2PQ3wxB>>.

En efecto, tanta es la amplitud de tal novel ciencia que VIEIRAS¹⁴⁴ manifestó que, con la expresión neurociencias se hace mención a varios campos científicos y diferentes parcelas o áreas de conocimientos que, desde variadas perspectivas de enfoque, abordan los niveles del conocimiento sobre el entero sistema nervioso, cuyo objetivo es extraordinariamente complejo en su estructura, funciones e interpretación científica y que involucra, por ello, ciencias tales como la neuroanatomía, fisiología, biología molecular, neuroinmunología, neurología, psicología, genética, imágenes neuronales y ciencias informáticas.

Como se aprecia, el objeto de estudio de la neurociencia es, nada más y nada menos, que el sistema nervioso, el cual, a su vez, es comprendido como el complejo sistema que hace posible establecer una vida de relación entre el hombre y su medio, y, entre el hombre consigo mismo¹⁴⁵.

A mayor abundamiento, se fundamenta tal variedad, dada la complejidad del cerebro, el cual, para la

¹⁴⁴ VIEIRAS, A., “Estado actual de las neurociencias”, en DOVAL SALGADO, Lisardo y Miguel Anxo SANTOS Regó (eds.), *Educación y Neurociencias*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1998, pp. 21-31.

¹⁴⁵ RUSSO RAMÍREZ, Alberto, Ob. Cit., p. 217.

comprensión de cada una de las partes de sus áreas, necesita de una variedad de enfoques para su conocimiento total. Es fundamental la integración y la multidisciplinariedad en el estudio del sistema nervioso, a diferencia de otras áreas de la biología, por dos razones: la primera, porque es un paso imprescindible para devolver la mente y el cerebro a la biología; y, en segundo término, por cuanto el reduccionismo metodológico (más que en otro órgano o sistema) es estéril al aplicarlo al cerebro, la conducta o la mente¹⁴⁶.

Pero esto obedeció a un tramo de estudio. Fueron las ciencias básicas clásicas las que aparecen en primer orden, que estudiaban el sistema nervioso y la conducta, a partir de las cuales se dan las parcelas de la neurociencia celular y de sistemas, que fue los primeros pasos de desarrollo ontogénico, así como la neurociencia de la conducta tratada por psicólogos de corte conductista o neurofisiólogos en la década de los sesentas; enseguida, en los setentas entra en escena la neurociencia molecular, a partir de la biología y la genética molecular, que permiten una profundización fecundísima en los mecanismos subcelulares que sustentan el desarrollo y la herencia celular, la señalización intracelular y la comunicación

¹⁴⁶ AVENDAÑO, Carlos, *“Neurociencia, neurología y psiquiatría: Un encuentro inevitable”*, art. cit.

intercelular, incluso se indica que hasta el nivel más reducido de las moléculas y los genes está cargado de epistemología cuando se trata del cerebro y la mente, según los nuevos materialismos neurobiológicos de Francis Crick, Rodolfo Llinás u otros¹⁴⁷.

En segundo lugar, aparece la neurociencia cognitiva, por la combinación de avances metodológicos neurocientíficos y conquistas o redescubrimientos conceptuales en la misma década de los setenta y también en psicología, no sin antes resurgir una psicología cognitiva con personalidades como Ulric Neisser en Cornell, Noam Chomsky en MIT o George Miller en Harvard; supuso pues, dar valor central para aprender la construcción de la percepción, el aprendizaje y la memoria no únicamente al conocimiento de las propiedades físicas de los estímulos o la fisiología de la transmisión neuronal, sino además a la actividad mental del que percibe, aprende y memoriza¹⁴⁸.

Un tercer hito, es el agregado de la neurociencia genética en los años ochenta, aunque hubo estudios ya desde los años sesenta sobre el uso de abordajes genéticos para el estudio del cerebro y la conducta. Seymour Benzer buscó

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Ídem.

mutaciones en *Drosophila* que afectaran la conducta, y sus estudios fue la detonante para la expansión del uso de este modelo animal para estudios de canales iónicos, cadenas de señalización intracelular, desarrollo neural y genético de la conducta; a la par, también realizan estudios Sydney Brenner y Hendrik Van Der Loo, Thomas Woolsey y Pasko Rakic. Finalmente, tenemos a la neurociencia clínica (que no es nueva), la misma que a partir de la década de los noventa (década del cerebro) ha tenido mayor auge¹⁴⁹.

3.3. Derecho (esquema panorámico y tentativo de su objeto de estudio)

Muchas cosas se han dicho del Derecho y son muchos los Juristas y Filósofos que se han referido al mismo tratando de definirlo o dar un concepto que sea lo más convincente posible o lógico o íntegro del mismo. El dintorno hace referencia al contenido de algo. Es eso, en efecto, lo que deseamos realizar en este punto (aunque muy panorámicamente por la brevedad), puesto que no queremos abordar la labor titánica que ha significado tratar de definir el Derecho. Desde siempre ha sido una tarea encomiable y difícil. Nosotros solemos creer y decir que definir el Derecho es como tratar de buscar el fondo de un anillo. Por ello, modestamente sólo intentaremos

¹⁴⁹ Ídem.

mostrar más o menos o aproximadamente lo que vendría a ser el objeto de estudio del Derecho. A continuación, describiremos un esquema analítico del amplio y complejo estudio del Derecho.

Partiremos de lo manifestado por un autor y, posteriormente, ampliaremos puntualmente lo mencionado. BERNAL¹⁵⁰ señaló que el objeto de estudio del Derecho hoy en día puede ser encuadrado en tres niveles de reflexión. El primero venía a ser la doctrina o dogmática jurídica, el segundo es la Filosofía del Derecho y el tercero, finalmente, es la meta concepción del Derecho.

Lo sostenido es ciertamente válido si se mira al Derecho de nuestro sistema jurídico romano-germánico o *civil law*.

Nosotros sostuvimos en un trabajo anterior¹⁵¹ que, el primer nivel de reflexión del Derecho (esto es, la dogmática o doctrina jurídica) es dicotómico o bidimensional: de una parte se habla de un ámbito o dimensión sustantivo (ahora agregamos) o sustantivo

¹⁵⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, de la presentación del libro: Alexy, Robert, *Concepto y naturaleza del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

¹⁵¹ Véase, al respecto, CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni, “Procesos en serio. Implicancias del constitucionalismo en el proceso judicial”, en *Gaceta Constitucional*, t. 104, Lima: agosto del 2016.

tradicional-dinámico (esto para agregar a la Historia del Derecho y la sociología jurídica, etc.) y, de otra parte, de un ámbito o dimensión procesal y (ahora, en este trabajo, añadimos) o instrumental de resolución de conflictos (para considerar a los otros medios de resolución de conflictos). En el ámbito sustantivo se tiene como concepto base a las situaciones jurídicas subjetivas (o intereses jurídicamente relevantes) y en el ámbito procesal instrumental se tiene al conflicto intersubjetivo de intereses. En este nivel el Derecho resuelve sus problemas más específicos. DEL VECCHIO¹⁵² se refería a este nivel como Ciencia Jurídica y, precisamente, sostenía que este grado del Derecho era más específico o preciso, aunque lo hacía no de modo general como lo hacemos nosotros, sino remitiéndose al ordenamiento jurídico o sistema normativo positivo de cada país, para luego si, más bien, anotar que hay áreas del Derecho y ramas agrupadas en estas.

Aquí encontramos a las diferentes ramas del Derecho - constitucional, civil, penal, administrativo, etc.- (inmersas, a la vez, dentro de sus respectivas áreas, como son el Derecho Público, Privado y Social), o, dicho en los

¹⁵² DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch, 1991, p. 276.

términos del profesor RUTHERS¹⁵³, se observa acá la dogmática de cada uno de los campos individuales del Derecho, la que también propone teorías de diferente tipo, empero particulares y aplicables en principio a dichos campos. Estas teorías ordenan el material de estudio y posibilitan la solución para nuevos problemas, es decir, la decisión de futuros casos (teorías normativas); asimismo, tales teorías o proposiciones dogmáticas son falsables cuando las mismas no son compatibles con normas jurídicas particulares, con principios jurídicos o con otros valores evidentes.

Otro autor emblemático del *civil law*, también reconoce la existencia de este nivel, aunque en este caso ya no referenciado desde un enfoque exclusivamente legalista, al hablar de dogmática jurídica desde una perspectiva sociológica, al entender por dogmática jurídica a la opinión jurídica racionalizada sobre lo que considera como *justum*, adoptada por toda agrupación social¹⁵⁴.

En cuanto al segundo nivel de reflexión del Derecho, debemos precisar un poco sobre lo que es el *civil law* y el

¹⁵³ RUTHERS, Bernd, *Teoría del Derecho - Concepto, validez y aplicación del Derecho*, Buenos Aires Barcelona: Ediciones Olejnik, 2018, p. 12-13.

¹⁵⁴ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2011, p. 15 y ss.

common law. Al primero también se le conoce como sistema romano-germánico, romano porque solemos producir bastantes normas jurídicas positivas (leyes) y germánico, porque tenemos la costumbre de producir, además, bastante doctrina (categorías conceptuales). Podríamos explicar ello del siguiente modo: las leyes regulan la realidad factual o concreta, empero para tal cometido el legislador debe tener cierta comprensión de la realidad, tal entendimiento de la realidad la encontramos en la doctrina, esto es, que la doctrina caracteriza la realidad, el jurista se explica la realidad para crear conceptos o categorías conceptuales que, no son otra cosa que explicación de porciones de la realidad humana, es decir, las diferentes situaciones individuales o colectivas en que el ser humano puede estar inmerso y, a su vez, tales explicaciones sintetizadas o en fórmulas sintéticas son plasmadas en las normas jurídicas positivas que regulan la realidad.

Entonces, si bien miramos esto, notamos claramente que los del *civil law* producimos bastante doctrina y leyes, nos gusta teorizar bastante la realidad. Tal actividad jurídica está contenida en la doctrina; de ahí que, si se desea tener un estudio amplio de tal o cual norma jurídica, debe revisarse la doctrina, cuanto mayor sea su estudio mayor será la información que se tenga para comprender la

norma jurídica de la que se trate y dar, de ese modo, una debida interpretación jurídica. En este primer nivel de reflexión del Derecho, éste último tiene contacto con la realidad, a través de la actividad jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho, razón por la cual se da en este punto, también, la jurisprudencia, la cual hace referencia comúnmente¹⁵⁵ al conjunto de decisiones o fallos que emiten los jueces aplicando una norma jurídica (abstracta) a hechos concretos (por lo que, la norma se concretiza), fundamentándose en doctrina, esto es, que la jurisprudencia nos ofrece criterios (de resolución de conflictos o de perfilación de determinadas normas) de cómo tal o cual norma se aplicó a tal o cuáles hechos (lo descrito es propio del primer nivel de reflexión del Derecho, pero lo mencionamos en este punto, a fin de caracterizar el segundo nivel de reflexión aludido). Podríamos decir que se tiene un Derecho a priori, ordenado, porque se cree en la capacidad de poder regular la realidad anticipadamente, es pues un derecho doctrinal-legal.

¹⁵⁵ Aunque, además de este sentido conceptual, hay otros dos más en que se la puede entender, esto es, como orientación interpretativa o como sapiencia jurídica o ciencia jurídica. GUASTINI, Riccardo, *Filosofía del Derecho Positivo - Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*, Perú: Palestra Editores, 2018, p. 15-16.

No ocurre lo mismo con el sistema anglosajón. En este el Derecho, por el contrario, es jurisprudencial o judicial (por ello, *common law*, en un sentido conceptual, cuando se refiere a la jurisprudencia, puede ser entendido como las normas que se hallan en las decisiones emitidas por los jueces superiores¹⁵⁶), es un Derecho más espontáneo que se produce o genera de caso en caso¹⁵⁷, por eso su estudio no se reconduce a doctrina sino a sus fallos, donde se desarrolla el Derecho, es más, señala Dershowitz¹⁵⁸ que, ya desde el siglo XIX, Christopher Columbus Langdell en los EE.UU., creó el método de “los casos de apelación” para la enseñanza del Derecho; en efecto, se puede apreciar que la mayor parte de las escuelas de derecho aún hacen uso de éste método para enseñar el derecho sustantivo, doctrina legal, teoría legal y procedimiento jurídico, haciéndose hincapié en las decisiones tomadas en los casos de apelación, o sea, los fallos dictados por los tribunales superiores, especialmente, los fallos en cuestión de derecho, lo cual es muy lógico, ya que los principales autores del derecho en los Estados Unidos son los jueces y

¹⁵⁶ COOPER, H. H. A., Diez ensayos sobre el “common law”, Perú: Editorial Universo, 1967, p. 17-21.

¹⁵⁷ Precisamente, “la jurisprudencia” puede traducirse como “*case law*” o el derecho de los casos. COOPER, H. H. A., Ob. Cit., p. 20.

¹⁵⁸ DERSHOWITZ, Alan, Del prefacio del libro: Bailey, F, Cómo se ganan los juicios - El abogado litigante, México: Editorial Limusa, 2000.

los tribunales de apelación. Por tal motivo, no se producen tantas leyes ni doctrina cuando sí criterios y conceptos desarrollados en la jurisprudencia.

Era necesario hacer este alcance para referirnos al segundo nivel de reflexión del Derecho y sostener que en este nivel encontramos a la Teoría del Derecho y a la Filosofía del Derecho, de modo diferenciado (lo que no ocurre en el *common law*, donde un libro de teoría del derecho o filosofía del derecho es lo mismo). Esto es así, toda vez que, a los que adscribimos a la familia jurídica o tradición jurídica del *civil law*, nos gusta teorizar bastante la realidad, lo que no ocurre en los países angloparlantes, quienes no reparan en generar mucha doctrina o teorizar (en ese sentido) mucho la realidad, lo que podría ser, a lo mejor, por la influencia en su pensamiento marcado de la filosofía utilitarista. BENTHAM¹⁵⁹ consagra el principio de utilidad que es entendido como aquel que aprueba o desaprueba cualquier acción (individual o de gobierno), conforme a la tendencia de aumentar o disminuir la felicidad de quien cuyo interés está en juego; ahora bien, por utilidad se quiere significar aquella propiedad en cualquier objeto por la que tiende a producir un beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad o (su equivalente) a

¹⁵⁹ BENTHAM, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, Buenos Aires: Claridad, 2008, p. 11.

impedir que produzca daño, dolor, mal o infelicidad de quien cuyo interés se considera.

Por eso es que SEN¹⁶⁰ nos recuerda que, todo gira en torno a la utilidad (placer, felicidad o satisfacción), y cuestiones trascendentales como la libertad individual, el reconocimiento o la violación de derechos reconocidos, si bien son aspectos de la calidad de vida, los mismos no se reflejan suficientemente en las estadísticas del placer, por lo que, no pueden modificar directamente una evaluación normativa en tal estructura utilitarista, y no desempeñan más que un papel indirecto; por tal razón, una de las características del enfoque utilitarista es (además de la indiferencia a la distribución y adaptación y condicionamiento mental, entre otros) el desinterés por los derechos, las libertades y otras cuestiones que no reportan utilidad, puesto que éste enfoque no conceden ninguna importancia intrínseca a los derechos y libertades, pues ellos son valorados de modo indirecto, en la medida que tengan influencia en la utilidad.

Por lo demás, alguna vez, escuchamos decir que mientras en Latinoamérica discutíamos sobre tal o cual filosofía u otros conceptos, en algún país de la tradición

¹⁶⁰ SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires: Planeta, 2013, p. 79.

del *common law*, por el contrario, se veía si tal o cual asunto tenía o no, utilidad.

Así las cosas, los de la tradición romano-germánica contamos, antes bien, con una Teoría del Derecho, y, enseguida, con una Filosofía del Derecho. La Teoría del Derecho se ocupa de estudiar los temas que son transversales al Derecho o temas que son observables en todas sus ramas sustantivas y procesales, como por ejemplo el concepto del hecho jurídico que es un concepto que está presente en toda rama o área del Derecho (evidentemente, con ciertas traducciones), como puede ser el hecho ilícito, la actuación material de la administración, el hecho dañoso en responsabilidad civil, etc. o el concepto de norma jurídica, pues todos los que hemos estudiado Derecho y ejercemos la profesión (en diferentes espacios ocupacionales) trabajamos inexorablemente con la norma jurídica positiva o ley. Empero, no sólo es para un determinado ordenamiento jurídico o Derecho, sino como enseña ATIENZA¹⁶¹, se analiza los conceptos jurídicos fundamentales, aquellos que son comunes a los diversos sistemas jurídicos o a las diversas ramas del Derecho (norma, sanción, aplicación, etc.), con lo que, se afirma que tiene un nivel superior de abstracción al de la dogmática

¹⁶¹ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel, 2012, p. 251.

jurídica; esto es así, en tanto la Teoría del Derecho examina y analiza las manifestaciones y los problemas que se presentan en el trabajo dogmático, en buena cuenta es una reflexión sobre el quehacer dogmático y elabora sus propuestas a partir de ese nivel de abstracción, y en tal sentido se muestra como una especie de meta-dogmática¹⁶².

BARBERIS¹⁶³, recordando que la Teoría General del Derecho (*Allgemeine Rechtslehre*) es la disciplina creada por los juristas alemanes en la segunda mitad del siglo XIX, expresa que estudia los conceptos más generales, de conceptos comunes a las diversas ramas -tanto del derecho privado como del derecho público- del propio derecho alemán; no obstante, esta se vio mermada por el influjo del positivismo jurídico, que se ocupó, fundamentalmente, ya por la norma jurídica, ya por el problema del sistema u ordenamiento jurídico.

Por su parte, CARNELUTTI¹⁶⁴ ya afirmaba sobre la existencia de la Teoría General del Derecho

¹⁶² RUTHERS, Bernd, Ob. Cit., p. 13.

¹⁶³ BARBERIS, Mauro, *Juristas y Filósofos. Una historia de la Filosofía del Derecho*, Lima: Librería Comunitas, 2015, p. 205.

¹⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Lima: ARA, 2006, p. 31.

(diferenciándola de la introducción a las ciencias jurídicas y de la Filosofía del Derecho), la cual aspiraría a ser una síntesis superior, si no es que suprema, de la ciencia jurídica, y por lo mismo una coordinación de todos sus ramos. PÉREZ¹⁶⁵ la comprende como una disciplina dirigida a establecer y sistematizar los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho positivo, diferenciándola también de la dogmática.

Continuando, la Teoría del Derecho se ocupa de conceptos abstractos muy generales, pero no muestra explícitamente fundamentos tan profundos o profusos, para lo cual existe la Filosofía del Derecho la cual se ocupa de los fundamentos últimos del Derecho o los problemas más generales del Derecho, para lograr un conocimiento absoluto de lo jurídico, un conocimiento rigurosamente universal y necesario sobre lo jurídico¹⁶⁶. No obstante, ATIENZA¹⁶⁷ expresa que la Filosofía del Derecho ya no vendría ni de arriba (ni al final) ni de abajo, sino desde el medio, puesto que sostiene que la función esencial de los

¹⁶⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Lecciones de filosofía del derecho*, Lima: Jurista, 2008, p. 161.

¹⁶⁶ AFTALIÓN, Enrique R.; GARCÍA OLANO, Fernando y José VILANOVA, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires: Cooperadores de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, p. 75.

¹⁶⁷ ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Puno: Zela, 2018, p. 390.

filósofos del Derecho tendría que ser la de actuar como intermediario entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales - incluida la filosofía-, por el otro. Sobre ello, GUASTINI¹⁶⁸ señala, a partir de interrogarse qué es la Teoría General del Derecho, que la misma, más bien, sería la intermediaria entre la ciencia jurídica (jurisprudencia, en el sentido conceptual de *sapientia iuris*) y la Filosofía del Derecho.

Aún más, se sostiene la existencia de un tercer nivel de reflexión del Derecho que sería la Meta-concepción del Derecho, la cual es posible, y lo decimos, una vez más, en los países del *civil law* que nos gusta teorizar. En este punto se discute cuál Filosofía es conveniente o no para fundamentar el Derecho, ATIENZA y RUIZ¹⁶⁹ decían que en este nivel se discuten cuestiones de metateoría jurídica de, como por ejemplo sostener que teoría del Derecho conviene mantener o esforzarse en elaborar, como el post positivismo, o el mismo positivismo.

Se puede criticar el esquema analítico sobre el objeto de estudio del Derecho (que acabamos de describir en las

¹⁶⁸ Véase, al respecto, GUASTINI, Riccardo, ¿Qué es la Teoría del Derecho? Perú: Huellasierte, 2016.

¹⁶⁹ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista*, Lima-Bogotá: Palestra-Themis, 2009, p. 127.

líneas precedentes) y sostener su inconveniencia, así como tratar de convencer sobre su impropiedad o cambio, pero lo que no se puede hacer es negar su contenido y características que *grosso modo* hemos desarrollado, pues ello sería como negar toda la doctrina, la normativa y la jurisprudencia del *civil law* o sistema romano-germánico, similar al hecho de que un hijo niegue a su padre o al lugar de donde vino o su contexto social en el que creció o fue parte.

3.4. Neurociencia y Derecho, o Neuroderecho

Retomando el tema, para comprender entonces a las neurociencias, conforme a lo que se ha dicho, muy bien se puede inferir o concluir que se trata del estudio del entero sistema nervioso a partir de su base biológica (cerebro), para lo cual hay cuatro conceptos fundamentales interrelacionados: bases moleculares (neuroquímicos, hormonas), funciones (cognición, memoria, motivación, emociones), estructuras (lóbulos, estructuras) y patologías (alzhéimer, esquizofrenia). Esto nos permitiría estudiar o entender todo con relación al ser humano, digamos que se muestra como el entorno de todo el saber.

En lo que interesa a este trabajo, cabe recordar que el gran punto a tener en cuenta es la dicotomía que fuera

establecida ya por Descartes entre cerebro y mente, puesto que desde la duda como método para eliminar el error al que inducían los sentidos, elaboró la primera teoría completa moderna sobre el cerebro y la mente, proponiendo una ingeniosa explicación mecanicista al flujo de los *spiritus* hacia y desde el cerebro, y dejando a la mente, lo pensante, en un plano sustancial diferente de todo lo sensible, lo extenso; en consecuencia, tal dualismo cartesiano consagro un problema ontológico sobre la mente y el cerebro que se sigue hasta hoy, pero también liberó a la emergente ciencia moderna de la necesidad de referenciar sus avances a lo religioso-filosófico¹⁷⁰. De esto podemos extraer que la ciencia se ocupó del estudio del cerebro y la filosofía del estudio de la relación entre el cerebro y la mente: sin embargo, esto no es así hoy en día, ya que además de los avances que ha tenido y resultados, la neurociencia da un impulso decisivo para volver a plantear tal clásico problema de las relaciones entre cerebro y mente, despojándolo del monopolio de la Filosofía, convirtiéndose en una cuestión ineludible para la ciencia¹⁷¹.

¹⁷⁰ AVENDAÑO, “Neurociencia, neurología y psiquiatría: Un encuentro inevitable”, art. cit.

¹⁷¹ GIMÉNEZ-AMAYA, José M. y José I., “Mente y cerebro en la neurociencia contemporánea, una aproximación a su estudio interdisciplinar”, en *Scripta Theologica*, n° 39, España, febrero del

Por su parte KRELL¹⁷² ha señalado que las neurociencias investigaron y han concluido que por mucho que creemos que nuestras necesidades las vayamos a solucionar en base a procesos racionales de planeamiento, ejecución y control, sin embargo, nuestras decisiones sobre aquellas u otros aspectos de la vida, van a ser influenciadas o que son producto, y en gran medida, por factores emocionales inconscientes; es pues en la corteza cerebral donde se sintetizan las experiencias y se crea la consciencia de uno mismo, desde la cual se puede elegir, decidir y responsabilizarse por las consecuencias.

Así también, KANDEL, SCHWARTZ y JESSELL¹⁷³ han señalado que, las neurociencias buscan comprender cómo es que el encéfalo produce una marcada individualidad de la acción humana, lo cual sería su propósito.

De esto se puede, en consecuencia, sostener que el cerebro decide por uno, lo cual reconduce a la pura

2007. Recuperado de <http://dadun.unav.edu/handle/10171/10926>.

¹⁷² KRELL, Horacio, "La caja negra de las decisiones", en *Emprendedores news*. Recuperado de <https://bit.ly/3cB17kk>.

¹⁷³ Véase, al respecto, KANDEL, Eric, SCHWARTZ, James y Thomas JESSELL, *Neurociencia y conducta*, Madrid: Prentice Hall, 1997.

objetividad cerebral, en lo que respecta, verbigracia, a la toma de decisiones. Otra vez, se muestra como el todo o la explicación del todo. Así, desaparecería el *libre albedrio* y se daría lugar, de modo alguno, al determinismo.

Sin perjuicio de ello, con relación a estudios de este corte y su relación con el Derecho, cabe anotar que no es una relación o contacto que se da por primera vez o que no haya tenido antecedentes.

Como hemos visto en los reglones que anteceden, una de las áreas del conocimiento que ha estado estudiando lo relativo a la conducta y comportamiento humano, a partir del análisis o estudio del cerebro humano, es la psicología, hoy en día, bajo el manto de la denominada neurociencia, se presenta la llamada psicobiología o psicología fisiológica, la cual investiga las bases biológicas de la conducta, el papel de los procesos bioquímicos que suceden en nuestro cuerpo y sistema nervioso en todo lo que hacemos, percibimos, sentimos o pensamos¹⁷⁴.

Pues bien, el Derecho en varios aspectos que le son de interés se ha relacionado con la Psicología, por lo que, ha concitado el interés de los psicólogos, sobre todo, en materia penal (Derecho Penal). De esta manera se habla de

¹⁷⁴ RUSSO RAMÍREZ, Alberto, Ob. Cit., p. 30.

la psicología jurídica o psicología legal (en expresión acuñada, al parecer, por E. Claparede en 1908), la que describiría la aplicación amplia y heterogénea del conocimiento psicológico al campo jurídico, debido al vasto campo de este último. Tal relación, a inicios de la psicología aplicada, en cuanto a la práctica judicial o forense, a partir de la psicología del testimonio, que fue propulsada por William Stern ya desde 1902, al incoar la publicación de una revista de Psicología Aplicada sobre el testimonio, hoy por hoy se ve ampliada, ya que se habla de los siguientes temas: psicología del magistrado (crinología), psicología del perito, psicología del testigo (psicología del testimonio), psicología del procesado y del condenado, psicología del inculpado, psicología de la víctima (psicología victimológica) y psicología del penitenciario¹⁷⁵.

Pero si bien miramos, notaremos que hay una relación interdisciplinaria, es decir, se nota marcadamente cuál es el campo de cada saber y qué pueden contribuir o qué alcances puede hacer la una a la otra y en qué momento o etapa. Contrariamente, pareciera que ello no ocurriera con la neurociencia, ya que esta iría más allá, aparentemente, en cuanto al Derecho respecta.

¹⁷⁵ SOLÍS ESPINOZA, Antonio, *Psicología Jurídica: psicología criminal y judicial*, Lima: FECAT, 2007, p. 27 y ss.

Según vimos, la neurociencia (claro está, dentro de nuestras limitaciones) trata de explicar todo lo referente al ser humano a partir de la neurología, incluso (asumiendo la responsabilidad de incurrir en error) a partir de la disolución de la dicotomía cerebro-mente, y sin admitir explicación que no sea de la pura objetividad del cerebro, esto es, sin admitir conceptos metafísicos sobre el mismo. Por su parte el Derecho tiene, se ha erigido o construido sobre conceptos que le permiten sustentar su autonomía e independencia como rama del conocimiento, esto es, fundamentarse no sólo gnoseológicamente, sino también su utilidad; a pesar de ello, hoy en día tales conceptos se encuentran en discusión o son también alcanzados por la neurociencia.

Estos conceptos aparecen pues como límites (cuando no como escudos) del Derecho, en otras palabras, como conceptos que contornean al Derecho (contorno jurídico), pues hemos visto que el Derecho tiene un contenido que desarrolla ampliamente diferentes aspectos del ser humano, empero los cuales se sostienen en base a los conceptos que vamos a mencionar, precisándose en este punto que no se pretende hacer una lista exhaustiva de conceptos o abordar todos los conceptos conflictivos, sino solamente unos cuantos a fin de graficar la encrucijada o

problema que representa el encuentro o desencuentro entre estos dos saberes, como son la Neurociencia y el Derecho. En este caso nos referimos a los conceptos de la voluntad y libertad que tanto trabaja el Derecho, es decir, conceptos que tienen que ver con el *libre albedrío*, el cual (y de superfluo, aquellos también) como vimos líneas atrás, desaparece a los ojos de la neurociencia.

Por otra parte, hay quienes han empleado la expresión “neuroderecho”. Ya en 1991, en un campo de intersección entre las prácticas jurídicas y neurocientíficas (esto es, entre la medicina, la neuropsicología, la rehabilitación y el derecho), se publica un trabajo de Sherrod Tylor intitulado “*Neuropsychologists and neurolawyers*”, de donde se aprecia el empleo de tal palabra; aunque, se debe describir que la misma se usa en un contexto de apoyo a personas que padecieron daños neurológicos, y en tal situación debían lidiar con tribunales o procedimientos jurídicos, por lo que, se confeccionan pautas de buenas prácticas y se alentó el conocimiento mutuo entre los expertos de las especialidades que intervenían en tales casos y litigios, de manera conjunta. Aquí reviste mucha atención el modo en que el neuropsicólogo explica, durante las vistas judiciales, sobre los daños cerebrales. Así también, tal neuroderecho buscó informar a los letrados de cuestiones médicas complejas a partir de las preguntas que éstos

realizaban sobre transformaciones en la conducta y habilidades de quienes habían sufrido daños neurológicos. De esto se tiene, entonces, que al emplearse la expresión “*neurolaw*”, en aquel tiempo, se hacía para referirse a la medicina jurídica en los casos de daños cerebrales¹⁷⁶.

Se debe apuntar que, es recién en el año 2004, en virtud del trabajo de Brent Garland titulado “*Neuroscience and the Law*”, que se pone atención (y se le da la profundidad que podría significar) y se toma conciencia de posibles transformaciones de las concepciones y teorías jurídicas, tanto dogmáticas como propiamente filosóficas, por influjo de los descubrimientos neurocientíficos, con las consiguientes repercusiones prácticas. Esto, ciertamente, daba a conocer que se dejaba de lado lo interdisciplinario, puesto que ya no se trata de psicólogos y juristas creando vocabularios comunes para la comprender la idea de lesión cerebral, sino de cómo la creación y aplicación de pautas jurídicas pueden guiarse por descubrimientos neurocientíficos punteros. No obstante, se nota que los títulos con los que tales trabajos se presentaron no incorporaron el vocablo “*neurolaw*”, pues es con la

¹⁷⁶ NARVÁEZ MORA, “Neuroderecho: el sentido de la acción no está en el cerebro”. En: Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, Año I, N° 2 / Noviembre, pp. 125-148, 2014.

aparición de la revista *Neuroethics* en el 2008 con el texto de Tovino que el neuroderecho se entendió directamente como la reflexión sobre la forma y el alcance en que múltiples facetas de la comprensión, producción y aplicación del derecho se verán afectadas por el estudio empírico del cerebro en la medida en que éste se considera parte central de la explicación de la conducta. No está demás señalar que, este tipo de trabajos concitó la atención de un autor como Mario Bunge, quien define al neuroderecho como “*the neuroscientific study of what jurists call mens rea, the criminal mind*” (el estudio neurocientífico de lo que los juristas llaman *mens rea*, la mente criminal)¹⁷⁷.

Así las cosas, desde nuestra consideración, al menos, no habría una respuesta categórica a la interrogante insinuada en este ítem de si debe hablarse de la Neurociencia y del Derecho en una relación interdisciplinaria o si se debe hablar (empleando un neologismo) ya de un Neuroderecho en una relación transdisciplinaria o si la Neurociencia habrá de diluir toda explicación de lo humano a la pura objetividad cerebral. Ello, debido a que antes bien que buscar una respuesta (en tanto se quiere, más bien, concitar interés sobre el tema), solo hemos deseado bosquejar el panorama, que exige de suyo, un amplio espacio de estudio que no se permite

¹⁷⁷ Ídem.

aquí, toda vez que hay varios temas (dentro de las diferentes ramas o ámbitos de estudio) del Derecho que entran en tensión con el problema que acá se ha dado cuenta.

No obstante lo anotado, los profesionales en Derecho, no podemos permanecer indiferentes o atónitos frente a lo que viene ocurriendo y, por el contrario, es menester reflexionar sobre el estado del saber en nuestros días, es decir, se debe enfrentar, en este caso, el saber científico, pues como recordaba el científico y filósofo español Jesús Mosterín¹⁷⁸, a la ciencia no hay que temerle sino ordeñarla, pues el humanismo que se necesita está aún por hacerse; justamente, nuestro cerebro tiene el mismo número de neuronas que estrellas tiene nuestra galaxia, y a través de sus innumerables conexiones circula la savia de la información mediante procesos apenas descifrados, pero percibidos por dentro como conciencia, puesto que nuestro cerebro es el lugar de la autoconciencia, así como el foco de las nuevas humanidades y el gran reto lanzado a la ciencia actual.

Hecha la precisión y una vez tratado muy someramente los saberes tantas veces mencionados, enseguida nos

¹⁷⁸ MOSTERÍN, Jesús, *Filosofía y ciencia. Un continuo*, Lima: UIGV, 2011, p. 178.

ocuparemos del tema central, dado que era necesario contextualizarlo a fin de hacer un abordaje más pertinente, ya que hemos deseado presentar el trabajo a manera de efecto de embudo, o sea, ir de lo más amplio a los más específico.

4. Neurociencia y voluntad jurídica privada (o voluntad desde el Derecho Privado)

4.1. Generalidades sobre la voluntad y libertad en el Derecho

No hay duda alguna que la voluntad es un concepto sobre el cual el Derecho se ha construido (como ocurre en el caso del acto o negocio jurídico, por citar algunos ejemplos), o es, también, un concepto al cual se refiere o sobre el cual trabaja, como pasa en el caso del Derecho Penal (Procesal). En este último, encontramos a la así llamada tipicidad subjetiva del delito o elemento subjetivo del tipo, ámbito en el cual se analiza, por ejemplo, en el tipo del delito doloso, el dolo y, a la vez, dentro del mismo se estudia el elemento de la volición (voluntad) con que debe actuar el sujeto activo del delito o agente, así como el cognitivo o conciencia con que actúa o realiza la conducta

ilícita. MUÑOZ Y GARCÍA¹⁷⁹ hablan de dos elementos del dolo: el elemento intelectual, que importa que el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer (actual y no potencialmente) los elementos que caracterizan su acción como acción típica; y, el elemento volitivo, por cuanto, para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, ya que es necesario que deban ser queridos de realizarse.

En un determinado delito en que se exige dolo para su comisión, sino no se dan tales condiciones o elementos, sencillamente, no se produce el delito, ya que el dolo es la voluntad realizada del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sistematizado; implica pues, saber y querer, de donde se advierte claramente un aspecto cognoscitivo o intelectual y aspecto conativo o volitivo¹⁸⁰.

Muy bien, si la neurociencia sostiene que la voluntad no es un concepto individual propio y de dominio de la razón o mente de cada uno, que no se da independientemente de la materialidad del cerebro, entonces, cabe sostener que no

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal - Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 268 y ss.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 109.

existe la intencionalidad o volición de cometer el delito, ergo no hay delito que sancionar o, en todo caso, no se tiene un delincuente o enfermo social (como algunos llaman) sino alguien que padece alguna anomalía cerebral.

En este punto, nos referimos al libre albedrío o posibilidad de libertad de decisión de actuación, siendo que la neurociencia sostiene la negación de dicha posibilidad y que no existiría este poder como tal, sino que el mismo está predeterminado por el cerebro.

Una de esas condiciones en que se debe dar o exteriorizar la voluntad es en plena libertad, sin presión, condicionamientos, amenazas, etc.

Ahora bien, consideramos que la libertad para el Derecho es entendida en dos ámbitos conceptuales: en un sentido pasivo, como situación de no afectación de las personas, y, en segundo lugar, en sentido activo, entendida la libertad como dinamismo, o sea, posibilidad de actuación o elección de posibilidades de actuación. A estas dos maneras de ver la libertad el iusfilósofo peruano FERNÁNDEZ¹⁸¹ llamaba la libertad ontológica y la libertad fenomenal o proyectada. La primera aborda el tema del

¹⁸¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho como libertad*, Lima: ARA, 2006, p. 114 y ss.

ser del hombre, bajo cierto enfoque existencialista (y como una ontología fundamental de carácter descriptivo), que requiere de ciertas características para explicarse, como es el conocer a las cosas que rodea y a sí mismo, pues la vida es coexistencia de nosotros mismo y el mundo. Luego se dice que, existir es pues estar en el mundo con las cosas, con el ser-en-sí, con los otros coexistiendo; asimismo, se necesita del hacerse, esto es, que la existencia del hombre es algo que debe hacerse (a sí misma), para lo que cuenta con las cosas y los demás para realizarse. De este modo, vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose, de donde se tiene que, la vida humana como proyecto es lo que se quiere hacer. En cuanto a lo segundo, el hombre está, como es de advertirse, forzado a elegir entre los posibles proyectos, entre los que tiene que decidir a fuerza también, por la forzosidad de ser libres, lo que decanta, de esta manera, en que el hombre es libertad proyectada, ya que él mismo es un ser dinámico, lábil, proyectivo.

Tan importante es el concepto de la libertad para el Derecho que, se ha desarrollado o existe toda una teoría del Derecho (la Teoría Tridimensional) que sostiene que la finalidad del Derecho es, efectivamente, proteger la libertad (en todas sus dimensiones, según anotamos líneas atrás), que la justicia sería un instrumento para lograr tal

cometido y que la norma jurídica es forma del pensamiento jurídico, nada más, y en cuanto tal es vacía y no puede constituir objeto de estudio del Derecho. Se parte, del reconocimiento de la importancia de la coexistencia -siguiendo cierta posición de la ontología fundamental, en el sentido de Martín Heidegger-, y dentro de ella, al describir la conducta intersubjetiva como fenomenalización de la libertad, para ubicarse en un plano ontológico, y con ello arribar a lo que, en estricto, sería el objeto del Derecho. Se reclama, con esta precisión, que el tema primario de la Filosofía del Derecho es el ontológico¹⁸².

Se ubica a la ontología jurídica como atención primordial de la Filosofía del Derecho¹⁸³, ya que sólo así la ciencia jurídica puede aclarar su objeto, o sea, que requiere de una investigación de carácter ontológico. Ahora bien, la ontología jurídica tiene dos dimensiones: la ontología jurídica -ontología regional- y la ontología fundamental en la que, la ciencia jurídica, encontraría su radical fundamentación: el sentido del Derecho para la vida humana. Aquella (ontología regional) se esfuerza por captar el objeto conocido como Derecho, pero es pensado en pensamientos, a cuyo estudio estructural se avoca la

¹⁸² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Ob. Cit., p. 116 y ss.

¹⁸³ Ídem.

lógica jurídica formal y la lógica trascendental, por su parte, en cuanto se les considera guiados por el modo de ser de su objeto. Otro tema, es el de los valores jurídicos realizados por el Derecho, caso en el que nos encontraríamos en la estimativa o axiología jurídica. Se nota así, que los tres temas cuya unidad articula la ontología, que es la que los articula primariamente, describirían el especial objeto Derecho -que no es sino, primordialmente, vida viviente, libertad-, el cual sólo puede integrarse dentro de la ontología fundamental, dentro de una metafísica existencial, lo que corrobora lo apuntado *ad initio* en este párrafo.

Por lo tanto, se advierte que aquí hay una colisión elemental (liminalmente hablando, pues se debe trabajar mucho y estudiar cómo es que, en efecto, se da este encuentro) entre ambos tipos de conocimiento, lo cual debe ser manejado con mucho cuidado y reflexión.

4.2. Voluntad jurídica privada

4.2.1. Voluntad y libertad en el acto o negocio jurídico

Como sabemos, existe una teoría dentro del Derecho Privado que ha puesto su atención en la voluntad y libertad para explicar la infinidad de supuestos en que

podemos relacionarnos con los demás (o vincularnos con las cosas), la misma que ha recibido la denominación de Acto Jurídico, bebida de la tradición francesa de los trabajos de los clásicos Domat y Pothier, seguida en nuestro país por autores muy familiares a nosotros como José León Barandiarán, Mario Alzamora Valdez, Manuel de La Puente y Lavalle, Fernando Vidal Ramírez, Aníbal Torres Vásquez, Jorge Beltrán Pacheco, etc. Esta teoría hace descansar su esencia en la denominada “manifestación de la voluntad”, habiendo trabajado el concepto de la “autonomía de la voluntad”, así como las condiciones en las que se debe dar aquella, esto es en plena “libertad”.

En el caso de la teoría del “Negocio Jurídico”, que es de tradición alemana (de los pandectistas), también se ocupa del tema de la voluntad (aunque de diversas maneras, según la teoría de negocio jurídico de la que se trate, pues no hay una única teoría o un solo concepto del mismo¹⁸⁴). En este caso, el concepto de libertad y voluntad (simultáneamente, puesto que ambos son implicantes -no

¹⁸⁴ Se pueden mencionar las siguientes teorías: la doctrina tradicional europea del negocio jurídico, la teoría general del negocio jurídico alemán, la teoría preceptiva del negocio jurídico y la teoría normativa del negocio jurídico, entre otras. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Teoría general del contrato*, Lima: Grijley, 2006, p. 52 y ss.

hay voluntad sin libertad de exteriorizarla o realizarla-) se trabaja bajo el concepto de la autonomía privada, que es entendido por FLUME¹⁸⁵ como el principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad.

Así, podemos advertir que la voluntad (y libertad) es uno de los conceptos jurídicos más importantes, dado en una de las ramas más antiguas del Derecho (a saber el Derecho Civil), es abordado como vimos por la teoría del “acto jurídico” -o negocio jurídico¹⁸⁶, si se adopta esta doctrina jurídica-, la cual funda su concepto en la “manifestación de la voluntad” o voluntad privada que es, justamente, la voluntad que genera al acto jurídico¹⁸⁷, doctrina que coincide con la primera concepción del negocio jurídico elaborada por Savigny, denominada como teoría de las consecuencias jurídicas, que tiene su

¹⁸⁵ FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23.

¹⁸⁶ El cual es comprendido, conforme a la normativa alemana respectiva, como medio para la realización de la autonomía privada. LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 422.

¹⁸⁷ LEÓN BARANDIARAN, José, *Acto jurídico*, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 37.

fundamento en el conocido dogma de la voluntad¹⁸⁸, o sea, la explicación de cómo y en qué condiciones se debe exteriorizar la voluntad para poder interrelacionarse con los demás. Con ello se establece, además, que al Derecho sólo le interesa la voluntad exteriorizada, más no la interna, misma que no es sancionada ni regulada por aquel.

Para el Derecho la voluntad es el querer o la intensión de realizar algo, en una situación de regularidad. Tan importante es la voluntad para el Derecho Civil que incluso hace todo un estudio de tal regularidad en que se debe dar, de manera que su afectación no es considerada apta (válida) para su atención por el Derecho o la ley, sino recuérdese los denominados “vicios de la voluntad”, que describen que no haya una fiel expresión de lo que quiere y siente el celebrante del acto, es decir, la falta de coincidencia entre el plano interno (voluntad interna, constituida por el discernimiento, la intención y la libertad) y externo (voluntad declarada, entendida como la manifestación de aquella voluntad interna adoptada) de la voluntad¹⁸⁹.

¹⁸⁸ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima: Jurista Editores, 2002, p. 30.

¹⁸⁹ ROMERO MONTES, Francisco Javier, *Acto jurídico*, Lima: Grijley, 2013, p. 181.

Pues bien, únicamente la voluntad externada o conductas, de forma consciente y voluntaria, de los seres humanos interesan al Derecho. Aunque, hubo ya alguna explicación, en la que se indicaba que la neurociencia ha evidenciado que, tanto en el cerebro humano como en el cerebro de los otros animales, operan neuronas denominadas “neuronas espejos”, que reaccionan a los comportamientos de terceros como si se tratase de comportamientos propios del operador; ello para referirse a actos o conductas inconscientes o al conocimiento innato o tácito, siendo que al derecho le interesa la adhesión dada a la posibilidad de reglas que cada quien lleva consigo mismo inconscientemente (adquirida por el ADN o por transmisión cultural), lo que sería parte del Derecho mudo¹⁹⁰.

4.2.2. La preminencia de la autonomía privada

Es más, la voluntad-libertad con la que se trabaja en el Derecho Privado, es tan importante que no es que tal teoría del acto jurídico o la del negocio jurídico la aborden como un objeto o elemento de estudio a su interior, sino que aquella se erige, inclusive, como un concepto mayor a

¹⁹⁰ SACCO, Rodolfo, *Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, Lima: Librería Comunitas, 2016, p. 192 y ss.

tales teorías, de modo tal, que las comprendería y, más bien, como un tipo de acto de ella; la cual ha recibido el nombre de autonomía privada. De tal suerte, el acto o negocio jurídico son un tipo de acto de autonomía privada (esto en clave del negocio jurídico, puesto que desde el acto jurídico se le conoce como autonomía de la voluntad, aunque algunos autores emplean esta expresión para referirse también al negocio jurídico¹⁹¹).

Si bien es cierto, la expresión autonomía privada ha sido criticada desde los tiempos de Savigny, en el sentido de poder de auto-determinación de la persona individual (que se amplía hasta comprender el ámbito de la autarquía personal), porque tal concepción no corresponde a su sentido etimológico (nomos=ley; autos=propio, mismo) u otras razones, lo es también que, se la ha mantenido por la utilidad del término para denotar la significación general y central requerida en el Derecho Privado, esto es, el ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona. Y es que, se la puede comprender en un sentido amplio (el poder de la voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, referida a la autonomía dominical) y en un sentido estricto (el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación,

¹⁹¹ ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Barcelona: Bosch, 1993, 2016, p. 33 y ss.

modificación y extinción de relaciones jurídicas, la que estaría referida al negocio jurídico, en otras palabras, la denominada autonomía de la voluntad). Se ve así, que la autonomía privada en su sentido amplio (libertad), se contrasta con la heteronomía (subordinación). Evidentemente, tal explicación, es posible en un sentido sociológico y político de la precitada palabra, lo que, permite su comprensión íntegra, puesto que es engañoso sostener aisladamente que, la autonomía en Derecho Privado, consiste en una libertad de hacer o de no hacer, de prometer, de obligarse, en demarcar un círculo de libertad y de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado -que impone límites, etc., y expresión de heteronomía-¹⁹².

Esta consideración ambivalente, también había sido advertida por BETTI¹⁹³, quien manifestaba que la autonomía podía ser reconocida por el orden jurídico en dos distintas y diversas funciones: a) como fuente de normas jurídicas destinadas a ser parte del orden jurídico; y, b) como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por

¹⁹² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 11 y ss.

¹⁹³ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada: Editorial Comares, 2000, p. 51 y ss.

las normas jurídicas del mismo orden jurídico. Siendo que, en ambos casos, esto es con la creación de derechos subjetivos por las normas jurídicas, así como con el negocio jurídico (principal instrumento de la autonomía privada), se atienden los intereses de los particulares, y, además, que a ambos preside el principio de la libertad y la consiguiente autorresponsabilidad privada.

A propósito de esto último, hay un debate bastante conocido sobre si tal autonomía privada es una cuestión social o una cuestión jurídica, para lo cual solo nos referiremos a dos autores emblemáticos. De una parte, se dice que la misma es preexistente a lo jurídico o a las normas jurídicas u ordenamiento jurídico, pues los particulares realizan un sin fin de actos con el cometido de regular sus intereses (relevantes económica y socialmente), con independencia del derecho objetivo, y que además hay incluso sanciones (en el mero plano social, piénsese en la reducción del crédito social) en caso de incumplimiento de tales actos (como puede ser un contrato) a que se obligan en las relaciones sociales las partes, de modo tal que el derecho es un elemento más o un agregado más (y posterior) en tales relaciones, por lo que, la autonomía privada se mueve y desenvuelve en lo social, la cual es únicamente reconocida por el Derecho

(positivo, evidentemente) ¹⁹⁴. De aquí se tiene que, la autonomía (por medio del negocio jurídico) sólo es creadora o generadora de relaciones jurídicas.

Por otro lado, señalándose de que tal definición es naturalista o eticista, identificada con la libertad humana o con un aspecto de ésta, Ferri¹⁹⁵ ha enfatizado en que la autonomía privada no es solo libertad o un aspecto de ésta, ni tampoco licitud o facultad (que es libertad que se mueve en el derecho, en atención a límites fijados por éste), sino que es un poder o potestad que permite establecer (o modificar o derogar) una norma jurídica, ergo, mediante el negocio (que ya dijimos es el principal instrumento de la autonomía) se crea o establece derecho, esto es, normas jurídicas (aunque particulares).

Es pues tan importante la voluntad que, no sólo a partir del papel que cumple la cultura jurídica ha elaborado y sometido la idea misma de acto de autonomía privada, sino que su tratamiento (en cuanto a que se haga caso a la sola voluntad o a los efectos de la misma) ha permitido clasificar las teorías del negocio jurídico en subjetivas (voluntaristas, porque fundan su esencia en la voluntad de

¹⁹⁴ BETTI, Emilio, Ob. Cit., p. 43 y ss.

¹⁹⁵ FERRI, Luigi, La autonomía privada, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969., p. 42-44.

su autor) y objetivas (que centran su atención en los efectos, desvinculados de la voluntad, para ser enlazados con el ordenamiento jurídico), las cuales, se concluye, no pueden escapar al hecho de que la voluntad está destinada fisiológicamente (y de todas formas) a cumplir un papel determinante para las mismas, toda vez que, el negocio jurídico (se quiera o no) fue concebido o teorizado como una manifestación de libres determinaciones¹⁹⁶.

Más recientemente se ha precisado que se puede hablar de una “voluntad negocial”, que es aquella que se dirige a la constitución o modificación de la realidad jurídica (así como a determinar, verificar o producir certeza sobre hechos preexistentes que por alguna razón se hallen en entredicho, estos son, los así llamados negocios de constatación), la cual difiere de la “voluntad de obrar” -o voluntariedad, que anima el comportamiento, considerado en sentido material como pura acción corpórea- y de la “voluntad o conciencia de declarar” -la exteriorización de algo internamente querido o deseado-¹⁹⁷.

¹⁹⁶ FERRI, Giovanni Batista, *El Negocio Jurídico*, Lima - Perú: Ara Editores, 2002, p. 112.

¹⁹⁷ LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho Privado. Parte General*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 41.

Como se apreciar, tales explicaciones sobre la voluntad-libertad, son posibles desde la tesis o teoría del dualismo humano, es decir, la dicotomía mente-cerebro, es más, en la última cita, se advierte que se hace una diferenciación muy específica o marcada, lo cual no sería posible si se adscribe a lo sostenido por la neurociencia, que resuelve por una postura monista.

Es innegable, de este modo, el rol de la voluntad-libertad, tanto en el Derecho Privado, de modo genérico, como en la autonomía privada o acto o negocio jurídico, de manera específica. Se debe notar esto, por cuanto todas las instituciones de Derecho Privado tienen que ver con esta institución jurídica que es la categoría conceptual más abstracta y general (después del hecho jurídico) que posee, dicho sea de paso.

Ahora bien, por señalar algún supuesto, dice la ley que si alguien manifiesta voluntad de vender algo debe ser sin ningún tipo de presión o coacción para hacerlo, ni tampoco debe ser engañado para hacerlo, o sea, que debe expresar voluntad libremente. En este último caso, cuando alguien engaña para que otro declare voluntad, para la finalidad que sea (vender, donar, etc.), cabe preguntarse ¿qué ocurriría? ¿Qué responde la neurociencia? Es algo

sobre lo que tiene o debe existir respuesta, puesto que, ciertamente, la neurociencia niega la existencia de la voluntad, puesto que nuestro cerebro decide por nosotros (aunque, ya hay posturas en contra desde el Derecho, y en esta parte se puede mencionar que se ha cuestionado al famoso experimento Libet, no solo en su contenido sino por el procedimiento seguido, señalándose en suma que si bien se midió variaciones eléctricas en el cerebro, no se pudo establecer el origen de las mismas, así como que la conclusión del mismo es de que primero se produce actividad mental y segundo la actividad física¹⁹⁸), empero es una situación que se presenta en la realidad, de la cual se ocupa el Derecho. No por nada se ha dicho que, en los procesos judiciales se usa la neurociencia moderna para perfeccionar los testimonios médicos, empero más allá de esto, no ha cambiado radicalmente la postura filosófica de los tribunales de justicia¹⁹⁹.

Finalmente, podríamos describir que en lo que respecta a la voluntad-libertad en el Derecho Privada, se ha observa

¹⁹⁸ GONZÁLES, Manuel Richard, “La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia”, en De La Torre, Javier (Editor), *Neurociencia, Neuroética y Bioética*. Madrid - España: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2014, p. 109.

¹⁹⁹ FUSTER, Joaquín, *Neurociencia. Los cimientos cerebrales de nuestra libertad*, México: Paidós, 2018, p. 310.

el siguiente cauce: el concepto de la autonomía de la voluntad, en que se tuvo el dogma de la voluntad, luego, se atendió al concepto de autonomía privada, en que se discutió la autonomía marcado por la conciencia social y la autonomía normativa, ambos estarían bajo el enfoque del paradigma de la autonomía social o la autonomía dentro de lo social (en la tesis del dualismo humano -la división mente-cerebro-), y ahora vendría una etapa en la que tal autonomía o sería dejada de lado, dando lugar al determinismo (se decantaría por la tesis monista, que no repara en la dualidad antes mencionada, sino en la pura objetividad del cerebro), o generaría un nuevo concepto o remodelación o lo que corresponda.

5. Conclusión

Como se puede apreciar de las líneas de este trabajo, hay una situación a nivel del conocimiento y saberes que genera la aparición de las así llamadas neurociencias o neurociencia, la misma que produce, al menos, preocupación por cómo esto impactará o a qué tipo de situaciones daría lugar, pues como anotamos hay conceptos o aspectos sobre los cuales versa el Derecho (más en estricto, el Derecho Privado), respecto de los cuales habría que reflexionar o repensar o, tal vez, cambiar su planteamiento, no lo sabemos aún, empero lo que sí

ocurre, es que se debe enfrentar éste nuevo panorama con investigaciones sobre el tema. Por de pronto sea el presente un espacio de inicio e invitación a tal cometido.

6. Referencias Bibliográficas

- AFTALIÓN, Enrique R.; Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA, Introducción al Derecho, Buenos Aires: Cooperadores de Derecho y Ciencias Sociales, 1980.
- ALBALADEJO, Manuel, El Negocio Jurídico, Barcelona: Bosch, 1993.
- ALEXY, Robert, Concepto y naturaleza del Derecho, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Lima - Perú: Palestra Editores, 2017.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, Derecho y realidad -Notas de teoría sociológica-, Santa Fe - Argentina: Editorial Juris, 2005.
- ARROYO, Francese, "El conocimiento científico", en Mosterín, Jesús (Editor), Filosofía y Ciencia - Un continuo, Lima - Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2011.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y Juan RUIZ MANERO, Para una teoría postpositivista, Lima -Bogotá: Palestra Editores-Editorial Themis, 2009.

- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, Introducción al Derecho, Puno-Perú: Zela Grupo Editorial, 2018.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, Curso de argumentación jurídica, España: Editorial Trotta, 2013.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, El sentido del Derecho, Barcelona: Editorial Ariel, 2012.
- AVENDAÑO, Carlos, “Neurociencia, neurología y psiquiatría: Un encuentro inevitable”, en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, n° 83, España, abril del 2002. Recuperado de <Scielo: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/n83/n83a05.p>>.
- BARBERIS, Mauro, Juristas y Filósofos - Una historia de la Filosofía del Derecho, Lima: Librería Comunitas, 2015.
- BAILEY, F, Cómo se ganan los juicios - El abogado litigante, México: Editorial Limusa, 2000.
- BEAIRAS, A, Estado actual de las neurociencias. En: L. Doval y M.A. Santos R (Eds). Educación y Neurociencias: 21-31. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1998.
- BENTHAM, Jeremy, Los principios de la moral y la legislación, Buenos Aires: Editorial Claridad, 2008.
- BETTI, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Granada: Editorial Comares, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco, Teoría General del Derecho, Lima: Ara Editores, 2006.

- CASTILLA COLQUEHUANCA, Jhoni Shang, "Procesos en serio. Implicancias del constitucionalismo en el proceso judicial", en Gaceta Constitucional t. 104, Lima: agosto del 2016, pp. 185-197.
- COOPER, H. H. A., Diez ensayos sobre el "common law", Perú: Editorial Universo, 1967.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1991.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, El Derecho como libertad. Lima - Perú: Ara Editores, 2006.
- FERRI, Luigi, La autonomía privada, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- FERRI, Giovanni Batista, El Negocio Jurídico, Lima - Perú: Ara Editores, 2002.
- FLUME, Werner, El negocio jurídico, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GIMÉNEZ-AMAYA, José M. y José I., "Mente y cerebro en la neurociencia contemporánea, una aproximación a su estudio interdisciplinar", en Scripta Theologica, n° 39, España, febrero del 2007. Recuperado de <Dialnet: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/10926>>.
- GONZÁLES, Manuel Richard, "La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia", en De La Torre, Javier (Editor),

- Neurociencia, Neuroética y Bioética. Madrid - España: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, ¿Qué es la Teoría del Derecho? Perú: Huellasiete, 2016.
 - GUASTINI, Riccardo, Filosofía del Derecho Positivo - Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional, Perú: Palestra Editores, 2018.
 - FUSTER, Joaquin M., Neurociencia - Los cimientos cerebrales de nuestra libertad, México: Ediciones Culturales Paidós, 2018.
 - KANDEL, Eric R.; James H. SCHWARTZ y Thomas M. JESSELL, Neurociencia y Conducta, Madrid - España: Prentice Hall, 1997.
 - LARENZ, Karl, Derecho Civil - Parte General, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
 - LEÓN BARANDIARAN, José, Acto jurídico, Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
 - LEÓN HILARIO, Leysser, Derecho Privado. Parte General, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
 - MORALES HERVIAS, Rómulo, Teoría General del Contrato. Lima - Perú: Editora Jurídica Grijley, 2011.
 - MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del delito, Bogotá - Colombia: Editorial Themis, 1999.
 - NARVÁEZ MORA, Maribel. Neuroderecho: el sentido de la acción no está en el cerebro. En: Revista de Teoría

del Derecho de la Universidad de Palermo, Año I, N° 2 / Noviembre, pp. 125-148, 2014.

- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, Contribución a la teoría del negocio jurídico, Lima: Jurista Editores, 2002.

- PÉREZ LUÑO, Enrique Antonio, Lecciones de Filosofía del Derecho, Lima: Jurista Editores, 2008.

- ROMERO MONTES, Francisco, Acto jurídico, Lima: Editor Jurídica Grijley, 2013.

- RUSSO RAMÍREZ, Alberto R., Psicología del Desarrollo, Lima - Perú: Ediciones Jurídicas, T. I, 2013.

- RUTHERS, Bernd, Teoría del Derecho - Concepto, validez y aplicación del Derecho, Buenos Aires Barcelona: Ediciones Olejnik, 2018.

- SACCO, Rodolfo, Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos, Lima: Librería Comunitas, 2016.

- SANGUINETI, Juan José, Neurociencia y filosofía del hombre, Madrid - España: Ediciones Palabra, 2014.

- SOLIS ESPINOZA, Alejandro, Psicología Jurídica - Psicología Criminal y Judicial. Lima - Perú: Editora FECAT, 2007.

- SEN, Amartya, Desarrollo y libertad. Buenos Aires - Argentina: Editorial Planeta, 2013.

- VIEHWEG, Theodoro, Tópica y filosofía del derecho. Barcelona: Editorial Gedisa, 2011.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Estructura básica del derecho penal, Buenos Aires - Argentina: Editorial Ediar, 2009.
- ZAPATA, Luís Felipe, "Evolución, cerebro y cognición", en Psicología desde el Caribe. Universidad del Norte, n° 24, Colombia, diciembre del 2009, Recuperado de <Scielo: <http://www.scielo.org.co/pdf/psdc/n24/n24a06.pdf>>.

ANEXOS

**JURISPRUDENCIA SOBRE INEXISTENCIA DEL
NEGOCIO O ACTO JURÍDICO
(COLOMBIA)**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN
CIVIL

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC19730-2017

Radicación: 05001-31-03-007-2011-00481-01

Aprobado en Sala de veintidós de febrero de dos mil diecisiete

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Se decide el recurso de casación de Marina Stella, Iván y Álvaro Ignacio Salas Vergara, respecto de la sentencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por los recurrentes contra Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa.

ANTECEDENTES

El *petitum*. Los demandantes solicitaron se declarara la inexistencia o en subsidio la nulidad absoluta de ciertos “actos jurídicos” y como consecuencia, en uno u otro evento, según corresponda, la culpa contractual o extracontractual de la interpelada; o en últimas, en el

mismo orden, la responsabilidad derivada de la ya sentenciada inexistencia en otro proceso. En cualquier caso, con la condena a pagar a la sucesión de Guillermo Restrepo Mejía e indirectamente a la de Elisa María Vergara de Restrepo, la suma de \$234'333.073, con los intereses moratorios causados.

La causa petendi. Los actores, en calidad de sobrinos, son herederos de Elisa María Vergara de Restrepo, fallecida el 25 de septiembre de 2006, a su vez esposa de Guillermo Restrepo Mejía, finado el 4 agosto de 2002.

Este último, manejó sus inversiones a través de la sociedad demandada en los fondos Surenta y Surenta 30, y tenía de confianza la Notaría Veintiuno del Círculo de Medellín para adelantar los trámites necesarios.

Guillermo Restrepo Mejía, en los tres últimos meses de su vida, se encontraba en precarias condiciones de salud, pues había sufrido un tumor cerebral. El 15 de julio de 2002, con hemiplejía derecha y disartria, y un cuadro de bronconeumonía e hipoxemia, originando un estado de confusión y disminución de la capacidad de conciencia, y dificultad para hablar y escribir. Por su parte, Elisa María Vargas de Restrepo, era octogenaria e inválida, a raíz de una fractura de fémur bilateral, y padecía enfermedad de Parkinson.

El mismo 15 de julio de 2002, hicieron presencia en la residencia de Guillermo Restrepo Mejía, dos empleados

de la Notaría Catorce del Círculo de Medellín y dos de Valores Bancolombia S. A. Comisionista de Bolsa, donde aquel dispuso parte de los dineros en los fondos de inversión a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, finalmente entregados el 18 de julio de 2002, en cuantía de \$234'333.073.

Los anteriores “actos jurídicos” son irregulares, por cuanto el dueño de tales valores no se encontraba en condiciones médicas para el efecto, faltando, en consecuencia, su consentimiento.

La demandada, en su calidad de empleadora, con el actuar de sus funcionarios, fue negligente al permitir la disposición de los activos a ella confiados, cambiando de propietario con base en unas cartas de cesión y endosos obtenidos en las condiciones irregulares anotadas.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de 22 de febrero de 2007, proferida en el proceso de Elisa María Vergara de Restrepo contra Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, declaró la nulidad absoluta de tales “actos jurídicos” por “ausencia de consentimiento”, decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, avaló en fallo de 3 de diciembre de 2009, pero bajo la teoría de la inexistencia, sin que los dineros hayan sido restituidos.

El escrito de réplica. La convocada se opuso a las pretensiones, alegando, en esencia, el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con sus clientes, inexistencia de perjuicio alguno en cabeza de los demandantes y cosa juzgada relativa.

La sentencia de primera instancia. Proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, el 10 de julio de 2013, desestimó las pretensiones al encontrar configurada la cosa juzgada, pues la jurisdicción del Estado había ordenado a Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, devolver las sumas que recibieron.

EL FALLO ACUSADO DE SEGUNDO GRADO

Según el Tribunal, en el proceso no se discutía si Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, había incumplido el contrato de administración de los dineros depositados por Guillermo Restrepo Mejía. La polémica giraba alrededor de la inexistencia o nulidad de los actos jurídicos de disposición a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía.

Esa actividad, dice, implicaba un mandato para la demandada, pudiendo el dueño retirar los dineros o disponer de los mismos en favor de terceros, en los términos del artículo 17, literal n) cláusula 23 del contrato, como así lo hizo en los actos jurídicos cuestionados.

La instrucción unilateral del depositante para el efecto, creó una obligación a cargo de Valores Bancolombia S.A.

Comisionista de Bolsa, sin que, de su parte, contractualmente, pudiera negarse a ejecutar, más allá de dejar la prueba de ello, pues fue quien llevó a los empleados de la notaría para autenticar la firma del mandante.

En esa línea, la orden y el pago efectuado, obedecieron a la relación convencional de manejo de dineros. Empero, como en la mentada instrucción la demandada no fue parte, se echaba de menos el vínculo obligacional que la llamara a responder por los hechos esgrimidos, deviniendo, por lo tanto, la falta de legitimación en causa por pasiva.

Las pretensiones extracontractuales, a juicio del a-quo, se pidieron de modo indebido, pues como se observó, la orden de pago y su acatamiento, manaban del contrato de administración de los dineros. Con base en sus estipulaciones, precisamente, se hizo la “gestión que culminó con el acto que a la postre fue considerado inexistente”.

La responsabilidad, por tanto, era de otra clase, pues se originaba en “(...) una convención en cuyo desarrollo se efectuaron las diligencias impugnadas (...). Se probó y así lo aceptan las partes, que los funcionarios de Valores que actuaron fueron sus agentes, y por ello no puede estudiarse contra ella la actuación como si fuera extracontractual (...)”.

Frente a ese discurrir, el Tribunal confirmó la sentencia apelada.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los demandantes recurrentes formularon dos cargos, ambos al abrigo del artículo 368, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil. Replicados por la parte opositora, la convocada en el litigio, la Corte los resolverá aunados por las razones que en su momento se dirán.

CARGO PRIMERO

3.1.1 Acusa violados indirectamente los artículos 1494, 1495, 1602 a 1603, 1613 a 1615, 1618, 2341, 2343 y 2344 del Código Civil; 822, 825, 830, 864, 871, 1262, 1263, 1266, 1267 y 1285 del Código de Comercio.

Según los censores, el Tribunal al dejar sentado que Guillermo Restrepo Mejía estaba en libertad de instruir sobre la disposición de los dineros, se equivocó doblemente, primero, al pasar por alto que la orden no existió por así haberlo declarado la justicia y por la “incapacidad mental del cliente en ese momento”; y segundo, al no tener en cuenta que la responsabilidad contractual se sustentó en que los empleados de la entidad demandada fueron “negligentes” en el trámite de esa operación. Todo, producto de la comisión de errores fácticos y probatorios.

En efecto, malinterpretó el escrito genitor, pues ciertas súplicas subsidiarias no se solicitaron sobre la base de una

previa declaración de inexistencia de los actos jurídicos cuestionados, toda vez que tal inexistencia ya había sido declarada mediante sentencia ejecutoriada.

Distorsionó los documentos de 15 de julio de 2002, contentivos de la supuesta voluntad de Guillermo Restrepo Mejía, acerca de la disposición de dineros y el señalamiento como beneficiarios de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, porque nada de ello había ocurrido. Así se juzgó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en la sentencia de 3 de diciembre de 2009, y se aceptó en el fallo confutado.

Por lo mismo, erró al concluir que Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, no tenía alternativa distinta que cumplir la instrucción dada por Guillermo Restrepo Mejía, pues no hubo ninguna orden, considerando que la misma "(...) fue por iniciativa y con gran negligencia de los empleados (...)” de la pasiva. Esto, precisamente, llevó a declarar su inexistencia.

Omitió apreciar la grabación magnetofónica de la escena de lo ocurrido el 15 de julio de 2002, transcrita por la Fiscalía General de la Nación el 8 de noviembre de 2002, debidamente trasladada, también allegada como prueba al plenario, demostrativa del compromiso mental de Guillermo Restrepo Mejía y de la culpa o descuido de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, al haber

procedido a transferir los valores sin verificar las condiciones de incapacidad de su cliente.

En concreto, la intervención de Juliana Arriola Gross, empleada de la demandada, al poner en boca del nonagenario Guillermo Restrepo Mejía, frente a las respuestas incoherentes e ilógicas que daba sobre la distribución de su dinero, lo que se quería que dijera; y al anunciar unas cartas con su huella y firma a ruego ante notario, quien estaría presente, marginando en calidad de testigo a Javier Velásquez Gallo, por ser inconveniente, “(...) [o]bviamente Javier y Juliana ya habían conversado en forma privada sin que el señor Guillermo Restrepo lo supiera (...)”.

Igualmente, el fragmento correspondiente a Juan David Mejía Gutiérrez, abogado de la interpelada, cuando mencionó, en el diálogo con Guillermo Restrepo Mejía, cuatro cartas relacionadas con la entrega de dineros a Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, siendo que, según la entrevista en la mañana con Juliana Arriola Gross, esto debía hacerse una vez fallecido. Así mismo, al inobservar que omitió la lectura de la última misiva y no advirtió la firma a ruego, ni la huella. Pretirió los testimonios arrimados, demostrativos de la negligencia o el descuido de los funcionarios de Valores

Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, antes y durante la diligencia de 15 de julio de 2002.

El de Gilberto Uribe Tobón, precisamente empleado de la demandada, en cuanto conoció a Guillermo Restrepo Mejía “en una cama, era una persona de edad, 85 años por ahí”, respondía con “monosílabos ” en las conversaciones que sostuvo con él, y supo de los servicios notariales a domicilio, a petición de Juan David Mejía Gutiérrez, también otro de los subalternos de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, pero sin recordar la razón por la cual fueron rechazados esos servicios en la notaría cercana.

Lo indicado por Juan Jorge Tascón Villa, titular de la Notaría Catorce del Círculo de Medellín, sobre que ignoraba el trámite adelantado en la residencia de Guillermo Restrepo Mejía, pues como lo “(...) he manifestado (...) fue solicitado a la doctora Valencia cuando ella estaba actuando como notaria encargada (...)”.

La versión de María Sooner Valencia Miranda, pues si bien aclaró que su presencia en el domicilio de Guillermo Restrepo Mejía fue por delegación y no como encargada de la Notaría Catorce del Círculo de Medellín, sus afirmaciones van en contravía de lo expresado por Juan David Mejía Gutiérrez, inclusive en punto de la huella y

de la firma a ruego, y demás, notándose que respecto de lo ventilado en la mañana del 15 de julio de 2002, este último “(...) ocultó información que implicaba diligencia y cuidado (...)”.

El dicho de Juliana Arriola Gross, igualmente funcionaria de la interpelada, quien concurrió a la Notaría Catorce del Círculo de Medellín, sin el certificado del médico acerca de la capacidad de Guillermo Restrepo Mejía, exigido para el efecto en otro despacho; y constató que él “(...) estaba acostado, la esposa (...) en silla de ruedas (...), era un cuadro muy triste porque eran los dos acostados en la cama y ya Guillermo muy impedido (...) y hablando y muy angustiado (...) no se podía parar de la cama (...)”.

El de Juan David Mejía Gutiérrez, al no ser cierto lo manifestado sobre lo ocurrido el 15 de julio de 2002, contrastado con el contenido de la grabación. Por ejemplo, Guillermo Restrepo Mejía no firmó nada, pues lo hizo a ruego su esposa, cual se había acordado; su huella fue impuesta sin poder oponerse; para el disponente sí era importante la presencia del dador de la fe pública; y la entrega de dineros la condicionó a su muerte. En lo demás, al no recordar el testigo la razón por la cual en otra notaría rechazaron el servicio a domicilio y al atribuirse conocimientos médicos sobre que el disponente de los dineros tenía un tumor en evolución y no un derrame.

Lo señalado por William Zapata Duque, para la época, regente de la Notaria Veintiuno del Círculo de Medellín, en cuanto de manera alguna negó el trámite domiciliario impetrado, pues simplemente requirió con ese propósito un certificado médico sobre el pleno uso de las facultades de Guillermo Restrepo Mejía, “(...) más aun cuando la diligencia no fue solicitada por el mismo, sino por terceros”.

No apreció la abundante prueba documental, particularmente, el proceso donde se declaró la inexistencia de los actos jurídicos en cuestión, incluida la sentencia de 3 de diciembre de 2009, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil.

En suma, en sentir de los recurrentes, los errores enrostrados llevaron al Tribunal a no dejar demostrado, estándolo, que la entidad demanda incumplió los mínimos deberes contractuales, al disponer de unos dineros bajo el pretexto de una aparente e inexistente orden del cliente y al no verificar su salud mental, pese a ser manifiesto su deterioro.

3.2. CARGO SEGUNDO

Denuncia violados indirectamente los artículos 1494, 1603, 1613 a 1615, 2341, 2343 y 2344 del Código Civil; 822, 830 y 871 del Código de Comercio.

Sostienen los impugnantes que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas demostrativas de la

responsabilidad civil extracontractual de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa. En concreto, la negligencia derivada de traspasar unos dineros de propiedad de Guillermo Restrepo Mejía, sin verificar que se encontraba en incapacidad mental; y de otro, la conducta abusiva contra los intereses de su cliente, al desprestigiar la confianza que le fue encomendada.

En su desarrollo, evocan el contenido del cargo primero, razón por la cual se tiene reproducido en esta oportunidad. Específicamente, la transcripción de la grabación de lo ocurrido el 15 de julio de 2002, en punto de las conversaciones entre Guillermo Restrepo Mejía con Juliana Arriola Gross y Juan David Mejía Gutiérrez, empleados de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa; los testimonios de Gilberto Uribe Tobón, Juan Jorge Tascon Villa, Juliana Arriola Gross, Juan David Mejía Gutiérrez y William Zapata Duque; y la abundante prueba documental en el proceso que culminó con la declaración de inexistencia de los “actos jurídicos” de disposición.

Para los censores, en el caso de no estar atada la interpelada a un contrato de administración de dineros, la obligación de reparar emanaba de la acreditada conducta negligente o del acto abusivo, esto último, además, frente al poder dominante de las entidades financieras o bursátiles al contratar con los usuarios de sus servicios.

CONSIDERACIONES

El estudio conjunto de los cargos se justifica, porque como se observa, en general, ambos denuncian la comisión de los mismos errores probatorios, razón por la cual se sirven de consideraciones comunes, independientemente de si las circunstancias que, en sentir de los recurrentes, se encuentran debidamente acreditadas, configuran la responsabilidad alegada, la contractual, en el primero, o la extracontractual, en el segundo.

Se precisa, sin embargo, varias pretensiones fueron planteadas contra Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, unas dirigidas a obtener la inexistencia o nulidad de los “actos jurídicos” de disposición de dineros realizados el 15 de julio de 2002 por Guillermo Restrepo Mejía, fallecido, a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, con sus consecuentes; y otras, encauzadas al pago de perjuicios, pero a partir de la ya declarada judicialmente inexistencia.

En ninguna de las acusaciones se confutan las razones blandidas por el ad-quem para negar las súplicas relacionadas con la declaración de inexistencia o nulidad de los “actos jurídicos” en cuestión, seguramente, por cuanto los censores percataron que el sentenciador no pasó por alto observar que esos temas fueron objeto de juzgamiento.

Específicamente, en el proceso incoado por Elisa María Vergara de Restrepo contra Francisco Javier Velásquez

Gallo e Inés Restrepo Mejía, donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2009, al modificar el fallo de 22 de febrero de 2007, emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, sustituyó la declaración de nulidad absoluta por la de inexistencia, y dejó en firme la condena impuesta a los beneficiarios de los depósitos, en el sentido de restituirlos a la sucesión de Guillermo Restrepo Mejía.

De ahí, sobre la base de ser cierto lo anterior, los impugnantes, en el contexto, aceptan la decisión absolutoria, aunque parcialmente, puesto que, como lo indican, los otros pedimentos no se sustentaron en dicha inexistencia, considerando que su declaratoria ya había sido pronunciada el “(...) 3 de diciembre de 2009, por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, mediante sentencia debidamente ejecutoriada (...)”.

La polémica, entonces, se reduce a establecer si respecto de las súplicas que se dice debieron salir adelante, el juzgador se equivocó, de una parte, al dejar probado que la conducta de Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, se supeditó a obedecer la instrucción unilateral de Guillermo Restrepo Mejía, en el sentido de disponer parte de los recursos que tenía en los fondos de inversión a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía; y de otro, al encontrar que el pago de perjuicios no tenía

manantial en el “supuesto incumplimiento del contrato de administración”, ni en la culpa extracontractual.

Los errores de hecho probatorios en el ámbito casacional, suficientemente es conocido, se asocian con la presencia física de las pruebas en el proceso, ya al suponerse, ora al omitirse; o con la fijación de su contenido intrínseco, claro está luego de verificar su existencia material, en el caso de haberse tergiversado, en las modalidades de adición, cercenamiento o alteración.

Se estructuran, en cualquier hipótesis, cuando son manifiestos, evidentes, producto del simple y llano parangón entre lo visto o dejado de otear por el juzgador y la materialidad u objetividad de los medios de convicción. En adición, cuando son incidentes, trascendentes, vale decir, en la medida que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

De igual modo, las faltas deben referirse a cada prueba en particular, porque si para verificarlas se acude a la confrontación de medios, el problema sería de eficacia jurídica, pues ese contraste extrínseco, dirigido a mostrar incompatibilidades, concatenaciones, exclusiones y conclusiones, se entronca con su valoración en conjunto, esto es, con su legalidad; mas no, con el aspecto material u objetivo, marco propio del error de hecho.

En esa medida, pasa a examinarse si el Tribunal es reo de contraevidencia, cuando dejó sentado que la conducta de Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, al trasladar a terceros parte de los dineros en los fondos de inversión, no tenía reproche, pues la entidad simplemente se limitó a obedecer la orden unilateral del depositante.

Según los censores, lo así decidido había sido el producto de omitirse apreciar que sobre el particular no existió ninguna voluntad de Guillermo Restrepo Mejía, toda vez que lo documentado al respecto el 15 de julio de 2002, fue declarado inexistente en la memorada sentencia de 3 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil.

En ese contexto, los errores de facto enrostrados en torno a la apreciación de la documentación levantada el 15 de julio de 2002, contentiva de la voluntad de Guillermo Restrepo Mejía, dirigida a disponer de unos fondos de inversión administrados por Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, en favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, no se estructuran. Si para los recurrentes, la orden de entrega de los comentados dineros era inexistente, por así haberlo declarado la justicia, esto significa que la instrucción efectivamente fue dada. Las faltas denunciadas, consiguientemente, no estarían en la apreciación de los documentos que contenían la voluntad de disposición,

sino en la valoración de la sentencia de 3 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, mediante la cual se declaró la inexistencia de los mentados “actos jurídicos”. Además, stricto sensu, los yerros denunciados no se refieren, autónomamente, a la materialidad, ni al contenido objetivo de los documentos elaborados el 15 de julio de 2002. En la lógica de la acusación se hacen derivar, precisamente, de la mentada decisión judicial.

Empero, ninguna falta al respecto se configura, pues el juzgador hizo alusión a la citada sentencia, cuando concluyó lo mismo que ahora predicen los impugnantes, vale decir, que como consecuencia del contrato de administración de unos valores en los fondos de inversión Surenta y Surenta 30, se materializó la “gestión que culminó con el acto que a la postre fue considerado inexistente”.

Ahora, si la voluntad de disposición, expresada el 15 de julio de 2002, fue ejecutada el 18 de los mismos mes y año, esto es, mucho antes del citado fallo de 3 de diciembre de 2009, desde esa óptica, alrededor, tampoco se puede acusar al ad-quem de contraevidente, porque en tal época la autorización para transferir los dineros no había sido declarada judicialmente inexistente.

Procede, entonces, estudiar si el Tribunal, cual se alega en el cargo primero, desacertó al marginar de su análisis la

responsabilidad derivada del “(...) incumplimiento o no por parte de la accionada del contrato en virtud del cual la misma se constituyó en administradora de los dineros, debido a que tal situación no fue delimitada desde la demanda (...)”; o en los términos del cargo segundo, si se equivocó al indicar que mediando ese vínculo obligacional, no cabía examinar el “(...) problema como lo pretenden los accionantes desde el punto de vista extracontractual (...)”.

En particular, según el contexto de la acusación, al no percatarse el juzgador que las pretensiones también se hicieron descansar en la “negligencia” de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, respecto de la administración de los dineros depositados por Guillermo Restrepo Mejía, específicamente en punto de la “disponibilidad de los mismos” en favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía.

De una parte, al obedecer, en cumplimiento de dicho contrato de administración, la instrucción impartida, cuando ha debido abstenerse de materializarla, puesto que su cliente “se encontraba de manera notoria y manifiesta en circunstancia de incapacidad mental”; y de otra, al actuar de manera irregular, por conducto de sus empleados o funcionarios, en la obtención de las “cartas de cesión y endosos”, todo lo cual fue declarado inexistente.

Lo primero, como se observa, se entronca con la idoneidad de juicio de Guillermo Restrepo Mejía, para dar la instrucción de disposición de los fondos de inversión.

El artículo 1503 del Código Civil sienta como principio general la presunción de capacidad de ejercicio de toda persona natural y como excepción la incapacidad (discapacidad) en los casos señalados por el legislador.

De antaño tiene decantado esta Corte: “La habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad la excepción. El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley. La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere decir esto que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre o los vicios internos del acto o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas (...) La presunción de sanidad del espíritu en cuanto al estado mental de las personas no

puede destruirse sino mediante la demostración adecuada al caso” [1].

En el mismo sentido lo sostuvo años más tarde: “La capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas: la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que ‘toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces’. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción (...).

“Esta presunción solo puede caer bajo el peso de la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de uno de los contratantes (...)” [2].

Tan impecable razonamiento ha sido reiterado en otros fallos [3]; y, en general, suele ser también el compartido por la doctrina nacional[4]; de tal modo, la presunción sólo puede ser destruida con vigor con la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación resulta necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente o error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de los contratantes.

Por esto, según se prevé en el artículo 553, inciso 2º del Código Civil, aplicable al caso, al ser la norma que se encontraba vigente para la época de los hechos controvertidos, no obstante, haberse dispuesto su derogación en el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009, todo acto o contrato celebrado sin la previa declaración judicial de interdicción de quien concurre a celebrarlo o a ejecutarlo, es perfectamente válido. Claro, el artículo 48 de la anunciada Ley de Discapacidad Mental conserva una conceptualización análoga a la regla 553[5], ejúsdem.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el respectivo negocio jurídico sea inimpugnable. Por el contrario, la misma disposición permite desvirtuar la presunción de capacidad, demostrando que para entonces su autor se encontraba incurso en estado de discapacidad mental, tal cual, la doctrina inveterada de esta Corte viene adocinando:

“1) Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que aduzca una doble prueba, a saber:

“a) Que ha habido una ‘perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de

la voluntad', según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la 'capacidad de obrar razonablemente', como dice el Código suizo; b) Que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

"2) Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor del respectivo acto jurídico" [6].

Así que como no toda afección de esa índole conduce a neutralizar los efectos jurídicos del acto o contrato, la actividad probatoria debe orientarse a acreditar la anomalía psíquica y su influencia en la determinación de la voluntad al momento del otorgamiento del negocio jurídico cuestionado por parte del disponente. Con mayor razón, cuando la incapacidad o el vicio del consentimiento, por sí, no implica, necesariamente, nulidad; ni menos, inexistencia, cuestión ésta ligada esencialmente con la ausencia de voluntad, de objeto jurídico o ya de ciertas solemnidades ad substantiam actus.

En el subjúdice, es cierto, las pretensiones no se referían, exclusivamente, a la nulidad o inexistencia de los actos jurídicos de 15 de julio de 2002, sino que también se dirigían a la responsabilidad que “contractualmente” le cabía a la sociedad demandada, al trasladar los depósitos que administraba, pese a no concurrir, como se afirmó en el hecho doce del libelo genitor, “(...) ni la capacidad mental, ni el consentimiento del señor Guillermo Restrepo”.

El Tribunal, por lo tanto, incurrió en evidente error de hecho al apreciar esa pieza procesal, cuando marginó del análisis el “(...) incumplimiento o no por parte de la accionada del contrato en virtud del cual la misma se constituyó en administradora de los dineros, debido a que tal situación no fue delimitada desde la demanda (...)”.

No obstante, el error resulta intrascendente, porque si para la época de los comentados actos jurídicos, el disponente de los dineros, Guillermo Restrepo Mejía, no había sido declarado judicialmente en estado de interdicción, la orden que dio a Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, para que transfiriera parte de los mismos a Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, en principio, no podía ponerse en entredicho.

Cosa distinta es que pese a la observada por la sociedad demandada “notoria y manifiesta (...) incapacidad mental” del titular de los fondos de inversión, no haya

adoptado las medidas a su alcance o los mecanismos precedentes dirigidos a corroborarla.

Desde esa perspectiva, ningún error probatorio aparece estructurado, por cuanto en el sustrato del argumento se supone haberse desvirtuado la presunción de capacidad de ejercicio. Y eso, ciertamente, no es dable fijarlo en ninguno de los medios de convicción singularizados en el contexto de la acusación.

La sentencia de 3 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, porque sin perjuicio de la valoración probatoria contenida en dicho fallo, únicamente acredita, según doctrina de la Corte, “(...) su existencia, procedencia, decisión y fecha (...)” [7]. Y las razones de esa decisión de ninguna manera se identifican con la ahora afirmada por los recurrentes “notoria y manifiesta (...) incapacidad mental”.

La inexistencia, por el contrario, fue declarada sobre la encontrada irregularidad en el trámite para autenticar a domicilio la firma de quien disponía de sus dineros, en particular, cuando es rogada.

Desde luego, la “sanidad mental” o “cabalmente sano de mente” de Guillermo Restrepo Mejía, son los términos del citado fallo, es cosa que el juzgador de la época no puso en duda, en su sentir, por cuanto durante todo el discurrir de esa diligencia, “(...) sus reflexiones, sus deseos, su memoria, sus expresiones (...)”, simplemente daban

cuenta de “(...) una limitación motora de algunos de sus músculos para la expresión oral con libertad y agilidad (...)”.

Si bien unos testigos pusieron de presente el deterioro de la salud física de Guillermo Restrepo Mejía, ninguno mencionó el estado de sus facultades psíquicas.

Gilberto Uribe Tobón, lo conoció “en una cama, era una persona de edad, 85 años por ahí”, respondía con “monosílabos”; Juliana Arriola Gross, “(...) estaba acostado, la esposa (...) en silla de ruedas (...), era un cuadro muy triste porque eran los dos acostados en la cama y ya Guillermo muy impedido (...) y hablando y muy angustiado (...) no se podía parar de la cama (...)”; María Sooner Valencia, “se encontraba en cama”; y Juan David Mejía Gutiérrez, “él y su esposa, ambos enfermos en su cama”. En ninguna parte, como se observa, se alude a la salud mental.

En lo demás, los mismos declarantes, inclusive Juan Jorge Tascón Villa y William Zapata Duque, a la sazón los Notarios Catorce y Veintiuno del Círculo de Medellín, en general, narraron ciertas circunstancias antecedentes y concomitantes, pero correlacionadas con la diligencia notarial a domicilio en sí misma considerada.

La transcripción de la grabación magnetofónica de lo ocurrido el 15 de julio de 2002, respecto de los diálogos entre Guillermo Restrepo Mejía con Juliana Arriola Gross

y Juan David Mejía Gutiérrez, tampoco es indicativa del compromiso mental de aquel, pues simplemente es comprensiva del desarrollo de la diligencia.

En la hipótesis de aceptarse, en gracia de discusión, las afirmadas por la censura, incoherencias o imprecisiones de las respuestas dadas por Guillermo Restrepo Mejía, inclusive que fueron dirigidas por sus interlocutores, acerca de la disposición de los dineros en los fondos de inversión, nada distinto a ese preciso contenido acreditan en los campos material u objetivo.

Los errores, en ese caso, se asociarían con el contenido de la declaración de voluntad, en sí mismo considerado, y no con la capacidad para manifestarla, menos tratándose de un problema de expresión oral, en fin, derivado de los deterioros de la salud física. Así que toda conclusión en contrario de los recurrentes, como que “[no] se necesita ser médico ni tener conocimientos especializados en esta materia ni mucho menos estar interdicto, para darse cuenta que esta persona no tenía facultades mentales (...)”, no pasa de ser una posición subjetiva o contingente. La capacidad y la voluntad en los actos o negocios jurídicos están íntima y recíprocamente relacionadas porque una y otra, constituyen requisitos de validez necesarios de todo tipo de manifestación de la voluntad jurídica, con perjuicio de generar nulidad; sin embargo, tienen una fisonomía propia, sin confundirse, entre sí; así

por ejemplo, la voluntad es requisito esencial o de existencia de los actos o negocios jurídicos, sustancialidad que no ostenta la capacidad, porque ésta, apenas es un presupuesto de la validez negocial.

La capacidad del sujeto de derecho, siendo una, tiene una expresión dual o fraccionada, con independencia de todo tipo de anfibología que despierta el solo uso de su terminología jurídica: 1. Como capacidad jurídica, natural o de goce es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas o para que determinado derecho u obligación se radique en un sujeto o éste sea titular del mismo. Se obtiene, por el solo hecho de nacer o de existir, en consecuencia, la posee toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva, razón por la cual, constituye un verdadero atributo de la personalidad, como propiedad esencial de toda persona sin distingo, con las restricciones legales del caso. En esta órbita de la capacidad hállase el sujeto de derecho en estado pasivo, simplemente como receptor de derechos; y, 2. La capacidad de obrar, de ejercicio, negocial es posibilidad, cualidad o aptitud de ser titular de derechos, de disponer y de contraer obligaciones en forma personal, voluntaria, autónoma y libremente, sin imposiciones; es la facultad para ejecutar o realizar determinado acto ideado por el intelecto; “(...) es poderse obligar por si mism[o], sin el ministerio o la autorización de otra persona” (art. 1502 del

C.C.), y que por tanto, demanda una voluntad desarrollada o deliberativa. Es la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico, como tal, presumida legalmente en las personas mayores de dieciocho años, salvo distingos legales, en nuestro derecho, siendo esta la regla general, puesto que la inhabilidad o discapacidad constituyen la excepción.

En consecuencia, la capacidad de obrar, se supedita a la existencia de una voluntad reflexiva o de discernimiento; de tal forma que representa el carácter dinámico por cuanto permite que el sujeto en ejercicio de su libertad negocial actúe produciendo efectos jurídicos con su conducta volitiva externa. Apareja, en sí, una presunción *iuris tantum*, por cuanto se permite probar lo contrario, esto es, la existencia de una discapacidad mental absoluta o relativa (artículo 15 de la Ley 1306 de 2009). La diferencia de la capacidad de goce, la de obrar se torna en condición o requisito de validez de los negocios jurídicos; y del mismo modo, si la capacidad jurídica se analiza vista en su aspecto pasivo, la negocial se presenta en su forma activa como ejecución de conductas en el ámbito de la autonomía del sujeto de derecho.

La capacidad negocial permite ejercer o exigir derechos o contraer obligaciones en forma personal en pos de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en forma voluntaria y autónoma; por esta razón el Diccionario de la

Real Academia Española caracteriza la capacidad de obrar, negocial o de ejercicio como la “(...) aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación”[8] , y la capacidad jurídica, natural, de goce, de adquisición o de derecho como “(...) aptitud legal para ser sujeto de derecho y obligaciones”[9]. Por esa razón, dada la presunción legal, en principio todos tenemos la suficiencia, la idoneidad, la competencia o facultad para comprometer los derechos de los cuales somos titulares, en forma directa y sin el ministerio legal o representación de otra personal, a menos de probarse lo contrario.

Por tanto, en punto del ejercicio de los derechos, las discapacidades absolutas, relativas o especiales (Ley 1306 de 2009 y artículo 1501 del Código Civil), deben probarse en procura de aniquilar un acto o negocio jurídico, las cuales no constituyen propiamente impedimentos, sino medidas de protección y de ética negocial de sus derechos; todo esto simplemente, porque la capacidad se presume, mientras la incapacidad debe demostrarse, según los términos del artículo 1503 del Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la Ley declara incapaces”.

Ahora, la voluntad, es núcleo y elemento medular de la existencia de la declaración de voluntad jurídica, para que los actos o negocios jurídicos no devengan en inexistentes;

pero también su manifestación libre de vicios es presupuesto de validez de los actos o negocios jurídicos (artículos 1502 y 1517 del Código Civil). Es la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o un hecho en concreto. Según la RAE, es “(...) facultad de decidir y ordenar la propia conducta (...). Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa queriéndola o aborreciéndola (...). Libre albedrío o libre determinación. (...) Elección de algo sin precepto impulso externo que a ello obligue” [10]. Implica consentir, aceptar algo, otorgar aquiescencia.

La voluntad, frente al acto jurídico, presenta dos estadios, los cuales deben concurrir e integrarse para que tengan repercusión en el campo del derecho. Inicialmente, uno de carácter interno, en cuanto no es voluntad exteriorizada sino oculta e irrelevante, esto, es cuanto es carente de eficacia legal para la formación de una relación jurídica por no aparecer declarada o conocida, nivel en el cual se halla realmente la reserva mental; es el querer subjetivo de cada sujeto de derecho para que se generen efectos de derecho, el propósito o la motivación de obligarse, de tal modo que si no trasciende del fuero interno, vano es su efecto, salvo en aspectos relacionados con los derechos de terceros. Pero también tiene el otro carácter, el externo, como voluntad exteriorizada o declarada. Ello significa

que el querer interno y consciente de la persona cuando se manifiesta externamente, es comunicado y conocido por los otros o por los terceros, adquiere efectos vinculantes frente a los otros sujetos de derecho. Esa voluntad externa constituye la manifestación de la conciencia interna que se plasma en signos reconocibles por los destinatarios de ella con el fin de que la conozcan; en consecuencia, si no se exterioriza no existe jurídicamente, ni se puede inferir su existencia y contenido.

Un signo externo es un “(...) objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro (...). Indicio, señal de algo” [11]. En él ámbito jurídico, encontramos variados signos para exteriorizar la voluntad, tales como el lenguaje verbal o escrito de los actos jurídicos; el gesticular: levantar la mano, golpear o dar una palmada en una junta de accionistas (para aprobar un balance), digitar un computador, inclinar la cabeza. El lenguaje verbal es el más común.

Esto significa que la voluntad jurídica puede ser declarada en forma expresa, tácita o presunta; no obstante, ha de ser clara e inteligible. La expresa, puede ser verbal o escrita, según el caso, o apreciable por signos que la den a conocer; por vía de ejemplo, en la hipótesis del artículo 1640 del Código Civil, en el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar al deudor la facultad para recibir

debe ser expresa; la fianza del artículo 2373 ejúsdem no puede presumirse; según el artículo 2004 ibídem, el arrendatario no puede ceder el arriendo o subarrendar, salvo autorización expresa. En cambio es tácita en el caso del artículo 1287 del Código Civil, cuando el heredero o legatario vende o dona cuanto se le ha deferido por el modo de la sucesión, pues se presume que acepta la herencia; en el evento del artículo 1290 del mismo estatuto, si se constituye en mora de declarar si acepta o repudia, se infiere que la repudia; y hay condonación o remisión tácita a voces del artículo 1713 también del Código Civil, cuando se entrega voluntariamente por parte del acreedor el título de la obligación al deudor.

Es tácita cuando sin conocerse expresa o directamente, se deduce de hechos o circunstancias, una conducta o un comportamiento que revelan una intención, una voluntad o un querer directamente, que pueda deducirse de ciertos hechos o circunstancias.

El Código Civil, tiene dicho la Corte, “(...) distingue la capacidad jurídica de la capacidad legal: hace consistir la primera en la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda en la habilidad que la ley le reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por si misma y sin el ministerio o autorización de otras” [12].

En fin, la distinción entre uno u otro aspecto, así como lo relativo a la voluntad, en el marco de la Teoría General del Negocio Jurídico, ha sido ya explicada por esta Corporación, en palabras que no sobra recordar:

“A manera de introducción resulta conveniente memorar que siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico”[13], y añade esta Sala, hallándose presente “cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez, pues la ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad . Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”[14].

Así las cosas, desde el punto de vista dogmático y de estricta técnica jurídica, es inaceptable la tesis prohijada por el recurrente cuando combina, de cualquier modo, la incapacidad del señor Guillermo Restrepo Mejía con la aptitud de su consentimiento o voluntad para celebrar los actos jurídicos censurados.

En casación, es conocido, no valen las especulaciones, ni los subjetivismos, por más elaborados o argumentados que sean, pues esto sería el producto de reeditar la apreciación probatoria, una actividad propia de las instancias; por lo mismo, los cargos que se formulen deben fundamentarse en la certeza y no en la duda. La ratio legis de todo esto estriba en que ese medio de impugnación tiene como blanco de ataque la presunción de legalidad y acierto de la sentencia impugnada y no el proceso, y en correlación, en el campo de las pruebas, claro está, dentro de los confines de la acusación, establecer si la apreciación probatoria del Tribunal es o no equivocada.

En lo demás, en el hecho doce de la demanda, la negligencia atribuida a la entidad demandada, igualmente se asocia con la diligencia de 15 de julio de 2002, al ser “anómala, absolutamente irregular”, porque como se afirma, ni estuvo presente el notario, ni quien firmó a ruego fue informada de su objeto, ni de la significación de la misma, ni de sus consecuencias.

La responsabilidad, con independencia de su calificación jurídica, en esta oportunidad, cual se observa, no se hace derivar de la declaración de inexistencia de los citados “actos jurídicos”, sino de la participación de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, por conducto de sus empleados y funcionarios, en su obtención.

Si el Tribunal limitó el análisis a los “actos jurídicos” en cuestión, esto es, al resultado, y no al recorrido llevado a cabo para documentarlos, surge claro, igualmente se equivocó al marginar el estudio de esto último y por ahí derecho, al apreciar las pruebas mencionadas en uno y otro cargo, en punto del trámite anómalo o absolutamente irregular con la participación de tales empleados y funcionarios de la sociedad demandada, dirigido a la estampación de la firma de Guillermo Restrepo Mejía, en el documento que contiene el negocio jurídico de disposición, particularmente cuando es rogada.

Los errores, sin embargo, pese a ser manifiestos, no son incidentes o trascendentes, porque la declaración de inexistencia de los actos jurídicos se produjo al encontrarse acreditado que los documentos donde se plasmó la voluntad de disposición, no habían sido firmados directamente por Guillermo Restrepo Mejía, mucho menos a ruego de éste.

En definitiva, porque como se consignó en la sentencia de 3 de diciembre de 2009, “(...) no estarían dadas las

condiciones para sostener que si hubo firma rogada. Y si no hay la firma rogada, en ausencia de la firma del autor, no se puede sostener la existencia de la declaración dispositiva emitida por el indicado como autor; pues, no hay apropiación suya del contenido que se le atribuye como propio. En tal evento, entonces, forzosamente se debe afirmar la inexistencia del acto jurídico, por una real y cierta falta de firma del autor del acto jurídico dispositivo”.

Sin perjuicio de las formalidades *ad substantiam actus*, excepcionales por lo demás, las declaraciones de voluntad, siguiendo el principio general de la consensualidad, pueden o no ser documentadas.

Si lo son, resulta necesario separar el contenido de una manifestación de esa naturaleza, en sí misma considerada, del instrumento que la demuestra, de donde, consecuentemente, cual tiene explicado esta Corporación, “(...) no puede confundirse el documento como continente, que es una cosa, con las manifestaciones vertidas en él, más precisamente, con el acto documentado (...)” [15].

La distinción es de capital importancia, pues no siempre los hechos que afectan un negocio jurídico, conllevan a anular el documento donde fue vertido. Así, en palabras de la doctrina, “(...) la violencia y el dolo para inducir a una persona a celebrar un contrato, vician de nulidad al

primero y al documento como prueba; pero el error que vicia el consentimiento y, por tanto, el contrato, no implica la nulidad del documento que lo contiene; de la misma manera, la causa o el objeto ilícito y la incapacidad vician de nulidad el consentimiento y el contrato o el acto jurídico unilateral, pero no el documento que le sirve de prueba (...)” [16].

Tratándose de la violencia o el dolo, a fortiori, por cuanto en los términos del artículo 29 de la Carta Política, contentivo de la llamada regla de exclusión, la prueba del acto o contrato sería nula de pleno derecho, pues supone, a la vez, haberse obtenido con trasgresión del debido proceso constitucional, o de manera ilícita, esto es, mediante la amenaza o violación de los derechos fundamentales. En los demás eventos, entre otros, como la incapacidad, la causa y el objeto ilícito, porque en línea de principio, el vicio sería del respectivo negocio jurídico documentado y no del instrumento elaborado.

En contraste, en los casos en que el acto o contrato como manifestación de la voluntad para crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias y el documento que lo contiene sean perfectamente escindibles, como explicación lógica de la distinción dicha, es factible que la prueba sea ilícita o ilegal, y por el contrario, subsista el negocio jurídico declarado. En esa hipótesis, al pervivir la respectiva relación material, la ineficacia probatoria del

instrumento o su inconstitucionalidad, no impide acreditarla con otros medios idóneos y conducentes.

No obstante, la suerte de los actos o contratos sujetos a ciertas formalidades legales es muy distinta, por cuanto en caso de cualquier omisión grave, específicamente de sus formalidades ad substantiam actus, la relación sustancial no produce efecto jurídico alguno, pero por supuesto, como “desconocimiento o alteración” “de las consecuencias”, “(...) partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia (...) fenómeno (...) de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a ocurrencias vitales (...)”[17].

En términos más sencillos, la inobservancia de la forma solemne, auténtico requisito de existencia, cuando es total, genera la inexistencia del acto[18], del mismo linaje, como cuando ocurre ausencia de voluntad o carencia de objeto, por concurrir como auténticas bases ontológicas que repercuten en el acto mismo, si es parcial, o se omite “algún requisito o formalidad para el valor de ciertos actos o contratos” (artículo 1741 del Código Civil), lejos de generar la inexistencia engendra la nulidad absoluta del acto[19].

Lo anunciado para diferenciar de las circunstancias de nulidad, así como de los requisitos ad probationem, vale decir, de las exigencias respecto de la prueba del negocio jurídico, en cuyo caso su vida misma no se compromete,

contrario a lo que ocurre con los denominados *ad substantiam actus*; claro, no abogando por un culto primitivo a las solemnidades porque se aniquilaría la regla de “libertad de formas”; sino como condición *ad solemnitatem* apenas para ciertos actos que así lo demanden perentoriamente en la forma prevista por el legislador, en consonancia con el artículo 1501 del Código Civil, en hipótesis donde la solemnidad es sustancial, vinculante o constitutiva (*forma dat esse rei*), y cuya omisión desemboca en la inexistencia, ante la ausencia de un requisito ineludible.

En palabras de la Corte, “(...) cuando se está frente a una forma probatoria, la ausencia de ésta no lesiona la validez del acto o contrato, pues éste cobra vida con independencia de ella y es eficaz en sí mismo. Otra es la suerte del contrato en el evento de tener que probarse, pues es allí donde surge la dificultad por la ausencia de las formas predispuestas con dicha finalidad, pero sin que tal cosa signifique que el respectivo acto o contrato no pueda probarse, porque ese tipo de formalidades puede ser suplido, eventualmente, por otros medios de pruebas, como lo ha aceptado la práctica jurisprudencial, al contrario de lo que acontece con las formalidades *ad solemnitatem* que no pueden ser suplidas por ningún otro medio de prueba (...)” [20].

En suma, un documento carece de eficacia probatoria, de un lado, cuando no reúne los requisitos formales para la validez del acto o contrato que contiene; y de otro, en los casos en que el negocio jurídico y su prueba ha sido recaudada con violación del debido proceso constitucional o con desconocimiento de los derechos fundamentales. En los demás eventos, en general, la irregularidad del documento, como elemento de juicio, no incide en la relación sustancial consensual documentada, pues es dable acreditarla con otros medios de convicción; y tampoco la afectación del acto o contrato deja sin efectos el respectivo instrumento de persuasión, pues éste se erigiría, precisamente, en la prueba de los vicios de aquél. Frente a lo discurrido, en el caso, el requisito de la trascendencia de los errores, desde luego, se habría cumplido en el evento de que las pruebas singularizadas en los cargos indicaran la ausencia total o absoluta de voluntad de disposición, no obstante, lo cual Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, procedió a trasladar los fondos a terceras personas, para así adjetivar su conducta, indistintamente de su nombre.

En el sub-lite, la hipótesis es distinta, porque el hecho de no poderse atribuir la firma a Guillermo Restrepo Mejía, en los documentos contentivos de los actos jurídicos, esto no significa, necesariamente, que la instrucción no se haya dado o no subsista, ni que se pueda demostrar acudiendo

a otros elementos de convicción, con mayor razón cuando para el efecto existe libertad probatoria. Y aquí no puede dejar de contemplarse la resolución inhibitoria ejecutoriada y en firme de la Fiscalía para investigar a los protagonistas de lo sucedido el 15 julio de 2002, respecto de los hechos fundamentales esta acción.

Al margen de los alcances de la disposición, mírese cómo, conforme a la transcripción de la grabación magnetofónica, para no ir más lejos, en el dialogo con Juliana Arriola Gross, el disponente efectivamente habló de la repartición de sus “ahorros”, “tengo mucha plata para repartir”, “quiero que se reparta”, así sea después de sus días, al asentir, frente a una pregunta de la interlocutora, que para sus “hermanas una parte y otra a Javier”.

Los cargos en consecuencia, no se abren paso, porque si no se configuraron unos errores, mientras otros, pese a ser manifiestos, resultaron intrascendentes, desde ningún ángulo habría lugar a adoptar una decisión diametralmente distinta a la impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín,

Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por Marina Stella, Iván y Álvaro Ignacio Salas Vergara contra Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa.

Las costas en casación son de cargo de los recurrentes. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, pues como se dijo, la demanda fue replicada.

Cópiese, notifíquese y en su oportunidad devuélvase el expediente a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Presidente de la Sala) Con salvamento de voto

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Con aclaración de voto

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Con salvamento de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

[1] CSJ. Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1944.

[2] CSJ. Civil. Sentencia 10 de marzo de 1952, otras decisiones análogas se hallan en las sentencias de casación: CSJ del 27 de agosto de 1943; del 14 de marzo de 1944; del 27 de octubre de 1949; del 25 de mayo de 1976; del 10 de abril y del 13 de julio de 2005; así como en la del 10 de abril de 2014.

[3] CSJ. Civil. Sentencias del 5 de septiembre de 1972; del 25 de mayo y 14 de septiembre de 1976; y del 10 de abril de 2014.

[4] Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo/OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá. Editorial Temis. Séptima Edición. 2015. P.87.

[5] Durante su vigencia el art. 553 permitió desarrollar una importante doctrina en las providencias siguientes de esta Sala: del 4 de abril de 1936; del 1 de diciembre de 1938; del 6 de octubre de 1942; del 27 de agosto de 1943; del 15 de marzo de 1944; del 7 de noviembre de 1945; del 27 de octubre de 1949; del 28 de julio de 1950; del 10 de marzo de 1952; del 5 de septiembre de 1972; del 25 de mayo de 1976; del 5 de julio de 1976; del 10 de octubre de 1978; del 13 de julio de 2005; del 20 de septiembre de 2005; del 10 de octubre de 2014, entre otras.

[6] CSJ. Civil: Sentencia del 4 de abril de 1936, Mg. Pon. Eduardo Zuleta, íntegramente replicada en las sentencias del 7 de noviembre de 1945, 27 de octubre de 1949 y 25 de mayo de 1976 de esta Sala, del 13 de julio de 2005 y 20 de septiembre de 2005. Una providencia del 6 de octubre de 1942 desarrolla particularmente la incapacidad por senilidad.

[7] CSJ. Civil. Cfr. Sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 00198, reiterando sentencia de casación civil de

6 de octubre de 1981. En el mismo sentido las sentencias del 12 de mayo de 1953, del 30 de junio de 1955, del 3 de septiembre de 1975, del 22 de abril de 1977, del 29 de octubre de 1991, 16 de febrero de 1995, 10 de diciembre de 1999 y de 13 de diciembre de 2000, de 19 de diciembre de 2007; de 28 de mayo de 2008; y del 14 de julio de 2014, entre otras.

[8] RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 270.

[9] RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 270.

[10] RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 1535.

[11] RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 1363.

[12] CSJ. Civil. Sentencias del 5 de septiembre de 1972; ver también la del 25 de mayo de 1976

[13] CSJ. Civil. Sentencia de 11 de abril de 2000.

[14] CSJ. Civil. Sentencia del 11 de abril de 2000.

[15] CSJ. Civil. Sentencia de 9 de diciembre de 2015, expediente 00430, reiterando doctrina sentada en fallo de 19 de noviembre de 2001, expediente 6406.

[16] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Bogotá, Editorial Temis, 5ª edición, 2002, página 512.

[17] CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 1968. De idéntica manera: Sentencia del 20 septiembre 20 de 1945, LIX, 1126: "no hubo verdadero contrato"; del 7 de junio 7 de 1950, LXVII, 656: "no puede ser nulo porque no ha nacido a la vida jurídica"; febrero 3 de 1956, LXXII, 182: "requisito ad substantiam actus"; octubre 24 de 1957, LXXXVI, 861. El tratamiento de esta cuestión también puede advertirse en las siguientes decisiones de esta Sala: del 25 de agosto de 1935, 24 de agosto de 1938, 29 de marzo de 1939; del 15 de marzo de 1941; del 6 de octubre de 1952; del 16 de abril de 1953, 24 de julio de 1969, 3 de mayo de 1984; 26 de abril de 1995; 6 de agosto de 2010, 13 de octubre de 2011, 6 de marzo de 2012, 13 de diciembre de 2013 y del 31 de julio de 2015, entre otras.

[18] Sobre la solemnidad como requisito de la existencia del acto jurídico, cuya omisión genera la "inexistencia" del acto-negocio jurídico, véase la SC CSJ del 25 de mayo de 1992. Igualmente, la SC CSJ del 6 de agosto de 2010. La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Negocios Generales en providencia de septiembre 20 de 1945 a propósito de la relación formalidades ad substantiam actus e inexistencia reiterando un precedente del 11 de diciembre de 1936 señaló: "Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Artículo 1500 del C.C). El contrato celebrado

por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas estaba sujeto, como ya se ha visto, a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso de Medellín, y como está formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para las partes contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C.C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante”. Finalmente concluyó: “(...) estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica y eso es todo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, providencia de 20 de septiembre de 1945)”.

[19] Ver sobre estos dos puntos: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo/OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá. Editorial Temis. Séptima Edición. 2015. Págs. 83-85. Ver también: HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Vol. II. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 689.

[20] CSJ. Civil. Sentencia 062 de 24 de mayo de 2000, expediente 5267.

**JURISPRUDENCIA SOBRE EXCEPCIÓN DE
CUMPLIMIENTO DE CONTRATO
(PERÚ)**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ICA PRIMERA
SALA CIVIL

EXPEDIENTE: 01555-2014-0-1401-JR-CI-03

DEMANDANTE: JAMES LAWRENCE BOSWORTH
CROVETTO

DEMANDADO: EMPRESA AMACAT SOCIEDAD
ANONIMA

MATERIA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO

PROCEDENCIA:

JUZGADO DE TRABAJO TRANSITORIO DE ICA JUEZ:

Dra. MARÍA PORTAL LLANOS

SENTENCIA DE VISTA RESOLUCIÓN N° 37

Ica, veintidós de noviembre del dos mil diecisiete.

VISTOS: Observándose las formalidades previstas por el artículo 131 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; interviene como juez superior ponente la señora juez superior Jacqueline Riega Rondón; oído el informe oral; y,

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: DEL OBJETO DEL RECURSO DE
APELACIÓN. Que es materia del grado:

1. La sentencia contenida en la resolución veintinueve, su fecha diecisiete de julio del dos mil diecisiete, obrante a folios doscientos ochenta y siete y siguientes, por la que resuelve declarar FUNDADA LA DEMANDA de fojas 17 a 24, subsanada a fojas 28, interpuesta por BOSWORTH CROVETTO JAMES LAWRENCE, sobre resolución de contrato de COMPRAVENTA y la entrega del lote 8 del predio rustico denominado “ Las Gabrielas” ubicado en el distrito de La Tinguiña, de la provincia y departamento de Ica, con una extensión superficial de 65.00 hectáreas 5,000 metros cuadrados y demás características constan en su Partida de Inscripción que corre en el Asiento 07 de la ficha N° 001085-010102, hoy PARTIDA N° 11017898 del Registro de Propiedad de los Registros Públicos de Ica, en consecuencia DECLARÓ RESUELTO el contrato de COMPRAVENTA del Lote 08 del predio rustico denominado “Las Gabrielas”, ubicado en el distrito de la Tinguiña, de la provincia y departamento de Ica, con una extensión superficial de 65.00 hectáreas 5,000 m². Celebrado entre James Lawrence Bosworth Crovetto y la Empresa Amacat S.A. ORDENÓ La restitución del lote 08 del predio denominado “Las Gabrielas” a la parte demandante con costas y costos; con lo demás que contiene.

2. La resolución número veintiséis, dictada en la audiencia de pruebas de fecha siete de junio del año en curso, al resolver la oposición formulada por la parte

actora a la pregunta realizada por la parte demandada, declaró improcedente la pregunta.

SEGUNDO: DE LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN

2.1. Que señala Loutayf: “El tribunal de segunda instancia solo puede conocer y decidir aquellas cuestiones a las que ha limitado la apelación el recurrente. No tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; solo puede ser revisado lo apelado. No puede dar más de lo pedido por el apelante; pero tampoco puede resolver en perjuicio del apelante sino existe otro recurso de la contraparte.”²⁰⁰ 2.2. “La pretensión del apelante al impugnar la resolución es la que establece la cuestión sobre la que debe versar el recurso.”²⁰¹ 2.3. Que conforme a lo dispuesto por el artículo 364 del Código Procesal Civil, el juez superior tiene la facultad de poder revisar y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el juez inferior, empero la extensión de sus poderes está precedida por un postulado que limita su conocimiento, recogido en el aforismo *tantum appellatum quantum devolutum*, en virtud del cual el tribunal de alzada solo

²⁰⁰ Loutay, 1989, Tomo 1, citado por Hinostroza Minguez, Alberto. Medios impugnatorios en el proceso civil, doctrina y jurisprudencia, Gaceta Jurídica-Lima Perú. P. 117.

²⁰¹ Jaime Solé Riera, Revista Peruana de Derecho Procesal, Tomo II.P. 581

puede conocer mediante la apelación los agravios que afecten al apelante.

TERCERO: DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO

De la sentencia:

La empresa demandada Amacat S.A. representado por su gerente general MANUEL AUGUSTO LUIS OLAECHEA VON SONNENBERG, mediante su escrito de apelación obrante a folios trescientos dieciocho y siguientes, solicitando su revocatoria en todos sus extremos y reformándola se declare infundada o improcedente, bajo el sustento:

☉☉La demanda resulta improcedente por no haberse precisado en ella los efectos perseguidos con la resolución de contrato por falta de pago, conforme al art. 1563 del Código Civil; esto es, si pretende devolver lo recibido o peticionar alguna compensación equitativa por el uso del bien o indemnización de daños y perjuicios.

☉☉Se desestime la demanda, por no haber cumplido el demandante con sus obligaciones de vendedor, conforme a lo prescrito en el artículo 1549 del texto sustantivo. Es obligación esencial del vendedor la de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, pero no solamente entregando la cosa sino los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, que deben ser entregados inmediatamente después de celebrado el

contrato conforme al art. 1551 del Código Civil. Si bien de la minuta de fecha 07 de julio del 2010 don James Lawrence Bosworth Crovetto esgrime ser propietario, sin embargo, ha vendido un área erosionada, sin independizarlo y sin tener el título relativo a la independización de lo que era objeto de la compraventa, y mucho menos que dicha independización y otras descripciones aparezcan en el asiento B)7 de la Partida N°11017898. En tal situación la demanda debió ser desestimada.

©©Incumplimiento del demandante de pagar el impuesto a la renta por la traslación de dominio para con ello perfeccionar la transferencia mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Conforme lo dispone el art. 1549 del Código Civil es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, cuya obligación comprende el cumplimiento de todos los requisitos para el otorgamiento de la escritura pública, dentro de ello el pago del impuesto a la renta por la traslación de dominio. Constituye una obligación del vendedor cumplir con la formalidad de otorgar la escritura pública respectiva, conforme a los alcances de los artículos 1412 y 1549 del Código Civil concordantes con el art. 1362 del citado Código, y para ello el cumplimiento de su principal obligación de pagar el impuesto a la renta. Por tanto, encontrándose acreditada la existencia de una

compraventa, el demandante tenía la obligación de pagar el impuesto a la renta para perfeccionar la transferencia de la propiedad mediante el otorgamiento de la escritura pública. En la audiencia de pruebas de fecha 07 de junio del 2017, el demandante presta declaración de parte, y al responder respecto si su persona cumplió con pagar el impuesto a la renta al cual estaba obligado por la traslación de dominio, contestó que es verdad.

☉☉Si las dos partes se encuentran en mora en relación con las obligaciones que cada uno de ellas debe cumplir con respecto a la otra, es como si ninguna de las dos se encontrara en mora, pues existe un principio general del derecho: “No se debe cumplir la palabra a la que se niega a cumplir la suya”. Ingresando al caso se encuentra probado que el demandante no cumplió con su obligación de pagar el impuesto a la renta para que de esa forma se perfeccione la transferencia; así como tampoco cumplió con independizar el predio materia de compraventa; y si esto es así, resulta un abuso de derecho que solicite que la otra parte cumpla con su obligación, por clara proscripción del art. II del Título Preliminar del Código Civil.

☉☉No ha sido tomado en cuenta que el precio de la compraventa fue pagado con un cheque de gerencia y, aceptación y entrega de cinco órdenes de pago letras de cambio que a la fecha ha prescrito la acción cambiaria, de

conformidad con lo estipulado en el inc. a del numeral 96.1 del art. 96 de la Ley de Títulos Valores. El demandante perjudicó los títulos valores referidos. Por otro lado, cuando se le requirió al demandante la exhibición y entrega de las letras de cambio para su pago, el demandante nunca cumplió con ello, lo que evito su cumplimiento, pues no se pueden pagar letras de cambio que no se quieran entregar y/o que presumiblemente no estén conservados bajo el poder del demandante.

☹☹Respecto a la desestimación de la pretensión accesoria de la demanda por imposibilidad de entregar el lote 8, por haberse dado en pago a favor de Granja San Idelfonso Olaechea S. A. (Gransilo S. A.), según transacción de fecha 28 de mayo del 2014.

De la apelación contra la resolución N.º 26 concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida:

La empresa demandada formula apelación a folios doscientos sesenta y siguientes:

- No se tomó en cuenta que como fundamento de la contestación de la demanda se precisó en el numeral 3.2.2. de la referida, que la demanda tiene que desestimarse por no haber cumplido el demandante con sus obligaciones de vendedor.
- Si se encuentra probado que el demandante incumplió con su obligación contractual, la demanda debe ser

desestimada declarándola oportunamente improcedente o infundada.

CUARTO: DE LA PRUEBA

4.1. Que *“la prueba es la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”*²⁰².

4.2. Para ello, la carga de la prueba implica reglas indirectas de conducta para las partes, que les indican cuáles son los hechos que a cada una de ellas le interesa probar para que se acojan sus pretensiones, como lo requiere el artículo 196 del Código Procesal Civil²⁰³.

4.3. Que la carga de la prueba, salvo presunciones legales específicas, corresponde a quien alega un hecho; ello corresponde tanto a la parte demandante como a la demandada, como se desprende del aforismo latino *afirmatio non neganti, incubit probatio* (al que afirma y no al que niega, incumbe la prueba).

QUINTO: DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO.

²⁰² Palacio, Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo IV, Buenos Aires, 1977, Ed. Abelot Perrot, p. 331

²⁰³ Artículo 196 del CPC. - Carga de la prueba.

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

5.1. El contrato es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar, transferir o extinguir una relación jurídica subjetiva y una relación jurídica de caracteres patrimoniales, que puedan concluir obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola de las partes.

5.2. En caso de incumplimiento de la obligación, al acreedor le surgen facultades jurídicas. Es decir tiene remedios opcionales entre ejercer la facultad de ejecución forzada y ejercer la facultad de resolver el contrato y, en uno u otro caso, ejercer la tutela resarcitoria, de conformidad a lo que dispone el artículo 1428²⁰⁴ del Código Civil.

5.3. La doctrina mayoritaria ha conceptualizado la resolución contractual como un supuesto de ineficacia funcional de la relación obligatoria creada por el contrato que presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado que deviene en ineficaz por una causa sobreviniente a su celebración.

²⁰⁴ Artículo 1428 del Código Civil. - Resolución por incumplimiento
En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

5.4. *“La resolución es otro modo de extinguir una relación obligatoria nacida de un contrato válido por causas o acontecimientos sobrevenidos y con efectos ex nunc (para el futuro), como consecuencia de una declaración de voluntad o del ejercicio de una acción.”*²⁰⁵

5.5. La resolución, como expresa Francisco Messineo en su obra *Doctrina General del Contrato*, *“presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, o un hecho (objetivo) nuevo, o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que éste no puede continuar existiendo, porque se ha modificado o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo”*.

5.6. En ese contexto nuestro Código Civil en su artículo 1371 prescribe: *“la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración”*; aunque deba entenderse lo que se deja sin efecto es la relación obligacional.

SEXTO: DELIMITACIÓN DE LA PRETENSIÓN.

²⁰⁵ PERALTA ANDIA, Javier R. Fuentes de las obligaciones en el Código Civil. Ideosa: Perú, 2005, p. 142.

De la demanda que obra a folios diecisiete a veinticuatro, subsanada a folios veintiocho James Lawrence Bosworth Crovetto recurre al órgano jurisdiccional demandando a la Empresa AMACAT SOCIEDAD ANONIMA, representada por su gerente general señor Oscar Guillermo Camino Ivanissevich, solicitando:

Pretensión principal:

Se declare la resolución del contrato de compraventa que suscribieron el 07 de julio del 2010, del lote 08 del predio rustico denominado "Las Gabrielas", ubicado en el distrito de La Tinguiña, de la provincia y departamento de Ica, con una extensión superficial de 65.00 hectáreas 5,000 metros cuadrados, inscrito en la Asiento 07 de la Ficha N.º 001085- 010102, hoy Partida N.º 11017898 del Registro de propiedad de los Registros Públicos de Ica, por la causal de incumplimiento de su obligación de prestación reciproca de pago del precio convenido en su condición de comprador, respecto del bien objeto de la compraventa.

Pretensión accesoria:

Se ordene la entrega del lote 8 del predio rustico denominado "Las Gabrielas". Asimismo, mediante resolución N.º 11 del 23 de octubre del 2015, obrante a folios cien y siguientes, se resolvió fijar como puntos controvertidos:

- 1) Determinar si procede la resolución de contrato de compraventa del lote 8 del predio rustico denominado

“Las Gabrielas”, ubicado en el distrito de la Tinguña, de la provincia y departamento de Ica, con una extensión superficial de 65.00 hectáreas 5,000 metros cuadrados, que consta en la partida de inscripción asiento 07 de la ficha N.º 00185 – 010102, hoy partida N.º 11017898 del Registro de Propiedad de los Registros Públicos de Ica.

2) Determinar de ser el caso, si corresponde la restitución al demandante del inmueble antes citado, como consecuencia de la resolución de contrato.

3) Determinar si las partes cumplieron con las causales que se obligan en el contrato de compraventa.

4) Determinar si procede el pago de costas y costos en el proceso.

SEPTIMO: DEL ANALISIS DEL CASO DE AUTOS

Del pronunciamiento de la sentencia:

7.1. El demandante (en su condición de vendedor) expresa como fundamento de su demanda que el demandado (en su condición de comprador) no cumplió con su prestación recíproca convenida en la cláusula segundo del contrato de compraventa de fecha 07 de julio del 2010 (pago total del precio del bien materia de compraventa), al haber solo entregado la suma de sesenta y tres mil dólares americanos (US\$63,000.00) de los ciento noventa y un mil dólares americanos (US\$191.000.00) pactados, dejando de pagar el saldo de ciento veintiocho mil dólares americanos (US\$128,000.00), encontrándose vencido. Y agrega que su

parte en su condición de vendedor ha cumplido con entregar el bien y el saneamiento físico legal del bien, que fuera entregado para su elevación a escritura pública, a los 07 días del mes de junio del año 2010, cumpliendo con estampar su impresión dactilar y suscripción en su condición de vendedor y no habiendo cumplido el representante legal de la empresa demandada en estampar su impresión dactilar y firmarlo, menos se ha apersonado con los gastos que demanda la elevación de la minuta a escritura pública.

7.2. Por su parte, la empresa demandada al contradecir la demanda mediante su representante, no niega y/o desvirtúa el hecho de *“no haber cumplido con pagar la totalidad del precio pactado”* del bien materia de litis; y por el contrario, su fundamentos va encaminado a señalar que no se encuentra obligado a cumplir con lo exigido, al existir también incumplimiento por parte del demandante; esto es, respecto de los siguientes incumplimientos que señala: i) al haber vendido el demandante un área erosionada, sin independizarlo y sin tener el título relativo a la independización de lo que era objeto de la compraventa, y mucho menos que dicha independización y otras descripciones aparezcan en el registro público; ii) incumplimiento del demandante de pagar el impuesto a la renta por la traslación de dominio para con ello perfeccionar la transferencia mediante el

otorgamiento de la escritura pública correspondiente; asimismo agrega como argumento de defensa que: iii) la demanda resulta improcedente por no haberse precisado en ella los efectos perseguidos con la resolución de contrato por falta de pago, conforme al art. 1563 del Código Civil; iv) El demandante perjudicó los títulos valores que fueron aceptados y entregados como orden de pago del precio del bien materia de litis, al haber prescrito la acción cambiaria; v) cuando se le requirió al demandante la exhibición y entrega de las letras de cambio para su pago, el demandante nunca cumplió con ello, lo que evito su cumplimiento, pues no se pueden pagar letras de cambio que no se quieren entregar y/o que presumiblemente no estén conservados bajo el poder del demandante; finalmente como fundamento de la pretensión accesoria; refiere que: vi) es imposible entregar el lote 8, por haberse dado en pago a favor de Granja San Idelfonso Olaechea S. A. (Gransilo S. A.), según transacción de fecha 28 de mayo del 2014.

7.3. A fojas 12 a 13, se tiene la minuta de fecha siete de julio del 2010, donde se celebra la compraventa suscrito entre James Lawrence Bosworth Crovetto (calidad de vendedor) y la empresa Amacat S. A., representada por el Presidente del Directorio Manuel Augusto Olaechea Von Sonnenberg y por Gerente General Oscar Camino Ivanissevich

(calidad de comprador), en cuya cláusula segunda cuyo incumplimiento alega el demandante se pactó lo siguiente: “SEGUNDO: Por la presente minuta EL VENDEDOR da en venta real y enajenación perpetua a favor de la COMPRADORA el predio rústico especificado en la cláusula anterior, por el precio de ciento noventa y un mil dólares americanos (USD 191,000.00) con un área fijada Ad Corpus, que la COMPRADORA paga el VENDEDOR en la forma que se detalla a continuación; 1) 37,000.00 dólares americanos, que ya han sido pagados por la COMPRADORA a el comprador para que a su vez este pague a la Cooperativa Agraria de Usuarios Señor de Luren Ltda. N° 243 por la compra venta efectuada del lote 8 del predio rustico LAS GABRIELAS, área erosionada mediante cheque de gerencia N° 09316836, de fecha 07 de julio del 2010 a cargo del Banco Scotiabank SUCURSAL Ica, el mismo que el vendedor declara haber recibido desde momentos antes de firmarse la presente minuta. 2) 20,000.00 dólares americanos serán entregados por la COMPRADORA a el VENDEDOR la primera semana del mes de noviembre del año 2010. 3) 40,000.00 dólares americanos serán entregados por la COMPRADORA a el VENDEDOR la primera semana del mes de julio del año 2011. 4) 40,000.00 dólares americanos serán entregados por la COMPRADORA a el VENDEDOR la primera semana del mes de julio del año 2012. 5) 40,000.00 dólares americanos serán entregados por la COMPRADORA a el VENDEDOR la primera semana del mes de julio del año

2013. 6) 14,000.00 dólares americanos serán entregados por la COMPRADORA a el VENDEDOR la primera semana del mes de julio del año 2014. A partir de la segunda armada fijada en el numeral 2) hasta la sexta establecida en el numeral 6) el monto y pago de las mismas será incorporado a cinco letras de cambio no transferibles que aceptara la COMPRADORA con fechas de vencimiento las indicadas para el resarcimiento de cada una de dichas armadas a favor del vendedor , conforme se efectuó progresivamente el pago de cada una de las citadas armadas las letras de cambio giradas por el vendedor serán debidamente canceladas y devueltas por el vendedor a la compradora.”

7.4. Que para evaluar la pretensión de la resolución de contrato se necesita dilucidar tres cuestiones: i) si el deudor incumplió su prestación; ii) si el deudor tiene causa justificativa para incumplir; iii) si el acreedor cumplió la prestación propia, pues nadie puede imputar incumplimiento si él hizo lo propio.

7.5. En primer lugar, se analizará la prestación del acreedor (demandante) que reclama la resolución por incumplimiento de su deudor (demandado), pues si aquel también hubiese incumplido, entonces no podría imputar la falta al deudor, y la demanda tendría que rechazarse. Téngase en cuenta que la resolución es un remedio de protección del equilibrio económico del contrato, por tanto, si el acreedor cumplió su prestación entonces puede

exigir que el vínculo se deshaga si el deudor incumple, pues la ejecución de tal contrato sufre una injusticia.

7.6. En el caso en concreto, debe indicarse que la transferencia de la propiedad se perfecciona con el solo consentimiento, de conformidad con el artículo 949 del Código Civil, por lo cual la obligación del demandante James Lawrence Bosworth Crovetto, se entiende cumplida automáticamente; en consecuencia, la controversia se reduce a determinar si la empresa demandada cumplió con su obligación (pagar el total del precio pactado, o si tenía justificación para incumplir).

7.7. Al respecto, el artículo 1229 del Código Civil señala que: *“La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”*; y si la demandada niega la pretensión de resolución por incumplimiento, entonces a ella le corresponde la prueba del pago.

7.8. La empresa demandada, dentro de los fundamentos expuestos en su escrito de contestación de demanda (obrante a folios 46/65), no contradice el argumento del demandante respecto a la falta de pago total del bien materia de compraventa, con lo cual se entiende su aceptación, ello corroborado con lo manifestado por el gerente general de la empresa demandada en el Acta de Conciliación por Falta de Acuerdo (obrante en autos a folios 15/16), lo siguiente: *“...que estaba de acuerdo en conciliar con la parte solicitante ello en lo concerniente al pago*

del saldo de la deuda, concerniente en la suma de US\$/128,000...pero no aceptaba la proposición formulada por la parte solicitante esto en lo concerniente a la devolución de 45 hectáreas de terreno, pago de indemnización por daños y perjuicios, rechazando todo ello...y que no cancelo en su debida oportunidad porque se vio en la imposibilidad de conseguir fondos Hipotecas y otros) porque el predio estaba sin sanear legalmente y tampoco había cumplido con su obligación de Otorgar la Escritura Pública correspondiente del predio y esto era función del solicitante el cual no cumplió hasta la fecha"; más cuando no se acompaña prueba alguna de pago total.

7.9. Por tanto, la parte demandada ha incumplido con la obligación del contrato contenida en la segunda cláusula, esto es, pagar el saldo del valor pactado por la venta del bien inmueble, ascendente a ciento veintiocho mil dólares americanos, por lo que la demanda de resolución judicial de contrato por incumplimiento sustancial es fundada, de conformidad con el artículo 1428 del Código Civil.

7.10. Debe dejarse anotado que la resolución exige incumplimiento grave del deudor, ausencia de justificación de la conducta del deudor y cumplimiento del acreedor. Sobre lo primero, el incumplimiento grave está acreditado en los considerandos precedentes; en cuanto a lo segundo, la demandada expresa para su incumplimiento en los siguientes hechos: *i) Es obligación esencial del vendedor la de perfeccionar la transferencia de la*

propiedad del bien, pero no solamente entregando la cosa, sino los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, los mismo que deben ser entregados inmediatamente después de celebrarlo el contrato, conforme lo precisa el art. 1551 del Código Civil. Y si bien en su cláusula primera don James Lawrence Bosworth Crovetto esgrime ser propietario y conductor director del lote (materia de litis); sin embargo, ocurre que ha vendido un área sin independizarlo y sin tener el título relativo a la independización objeto de la compraventa, ni mucho menos aparece en el Asiento B)7 de la Partida N°11017898 de los registros públicos.

7.11. Al respecto debe señalarse que si bien se genera la obligación de entregar los títulos documentos y títulos relativos a la propiedad del bien conforme a lo dispuesto en el artículo 1551 del Código Civil; sin embargo, atendiendo que en el caso de autos la parte demandada no ha cumplido su obligación esencial de pagar la totalidad del precio del bien (atendiendo que el vendedor cumplió con su obligación esencial de entregar el bien), pues esto solo lo legitima para solicitar el perfeccionamiento de la transferencia. En ese entendido si la demandada no cumplió con su obligación sustancial de pagar el precio total del bien, la parte demandante podía suspender su obligación entregar el título relativo a la propiedad. Más aún, cuando en la cláusula primera de la minuta se describió que el predio rústico lo adquirió el vendedor por

compraventa realizada de su anterior propietario la Cooperativa Agraria de Usuarios Señor de Luren Ltda. N.º 243, mediante Escritura Pública de fecha 07 de julio del 2010, traslación de dominio a favor del vendedor que todavía no se encuentra inscrita en el registro de propiedad de los Registros Públicos de Ica; así, se entiende que la demandada (compradora) conocía que el bien que adquiriría no se encontraba aún inscrito en los Registros Públicos; por lo que ahora no puede señalar que el vendedor no ha cumplido con su obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien vendido (se entiende por la necesidad de inscribir la titulación en el Registro Público). Siendo así, este argumento no es amparado.

7.12. Respecto al argumento: *“ii) incumplimiento del demandante de pagar el impuesto a la renta por la traslación de dominio para con ello perfeccionar la transferencia mediante el otorgamiento de la escritura pública correspondiente”*. Sobre tal argumento, efectuado la revisión de la minuta obrante a folios 11 a 13, no se tiene pactado entre las partes que el vendedor debía cumplir con pagar el impuesto a la renta, para efectos de perfeccionar la transferencia del bien; por lo que del mismo modo merece desestimar el agravio expuesto.

7.13. Respecto al agravio: *“iii) No ha sido tomado en cuenta que el precio de la compraventa fue pagado con un cheque de*

gerencia y, aceptación y entrega de cinco órdenes de pago letras de cambio que a la fecha ha prescrito la acción cambiaria, de conformidad con lo estipulado en el Inc. a del numeral 96.1 del Art.96 de la Ley de Títulos Valores". "El demandante perjudicó los títulos valores referidos. Por otro lado, cuando se le requirió al demandante la exhibición y entrega de las letras de cambio para su pago, el demandante nunca cumplió con ello, lo que evito su cumplimiento, pues no se pueden pagar letras de cambio que no se quieran entregar y/o que presumiblemente no estén conservados bajo el poder del demandante." Tal sustento no puede tomarse en cuenta, en razón que no viene a ser una causa de justificación válida de su incumplimiento; por cuanto es potestad de la parte demandante accionar o no la demanda de ejecución de los títulos valores que se menciona. Y en todo caso correspondía al recurrente consignar judicialmente la suma adeudada para acreditar su intención de pago total del bien.

7.14. Finalmente, respecto al argumento: *"iv) La demanda resulta improcedente por no haberse precisado en ella los efectos perseguidos con la resolución de contrato por falta de pago, conforme al art. 1563 del Código Civil; esto es, si pretende devolver lo recibido o peticionar alguna compensación equitativa por el uso del bien o indemnización de daños y perjuicios"*. Sobre tal argumento, si bien conforme al artículo 1563 del Código Civil, da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa

por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicios; sin embargo, no puede exigírsele a la parte demandante la petición de tales extremos, al ser un pedido optativo que solo le compete a dicha parte, no pudiendo ser causal de improcedencia de la demanda.

7.15. Y sobre lo tercero, el acreedor-demandante ha cumplido su propia prestación, que era la transferencia del inmueble, al margen de que afirmen que no se encuentra independizado o registrado. En consecuencia, se cumplen todos los presupuestos para la resolución del contrato.

7.16. A todo ello, cabe agregar que el demandante, en todo caso, no ha formulado la excepción de incumplimiento, que es un poder de autotutela que tiene por efecto legitimar la suspensión de la ejecución de la prestación a cargo de uno de los contratantes, mientras el otro contratante no cumple con su obligación o garantice cumplirla, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1426 del Código Civil.

7.17. Por consiguiente, efectuando una apreciación conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso de conformidad al artículo 197 del Código Procesal Civil, la demanda es fundada, por lo que corresponde declarar resuelto el contrato por aplicación del artículo 1428 del Código Civil, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la demandada para solicitar en la vía pertinente la restitución o devolución de las prestaciones

que hubiere ejecutado. De conformidad a lo que dispone el artículo 1372 del Código Civil, “...la resolución judicial se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Y, por razón de la resolución las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible debe reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.” En sentido, por razón de la resolución las partes deben restituir las prestaciones en el estado en que se encuentren.

7.18. En cuanto a la pretensión accesoria de restitución de bien; dicha pretensión accesoria debe correr la suerte del principal.

Del pronunciamiento de la apelación de la Resolución N.º 26:

7.19. Al desarrollarse la audiencia de pruebas, y actuarse los medios probatorios de la parte demandada; esto es, referente a la declaración de parte que debía absolver el demandante a la pregunta 4: “Para que diga el declarante como es verdad que cuando celebró el contrato de compraventa de fecha 07 de julio del 2010, su persona no contaba con documentos de independización del predio que enajenaba”, la misma fue declarada improcedente por la juez de la causa mediante la resolución impugnada.

7.20. Sobre ello, el artículo 217 del Código Procesal Civil que regula la forma en que se llevará a cabo el interrogatorio en la Declaración de Parte precisa que es facultad del juez rechazar las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, agregando que esta decisión será motivada e inimpugnable, verificándose de la impugnada que el juzgador cumplió con motivar su decisión al declarar improcedente la pregunta número 4 contenida en el pliego interrogatorio presentado por la emplazada, la misma no era susceptible de ser apelada por haberlo así estipulado la norma legal precitada, siendo ello así se ha incurrido en error al expedirse la resolución número 27 que concede apelación a la parte demandada, debiendo en consecuencia declararse nulo el concesorio e improcedente la apelación.

DECISION: Por las consideraciones:

1. CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución veintinueve, su fecha diecisiete de julio del dos mil diecisiete, obrante a folios doscientos ochenta y siete y siguientes, por la que resuelve declarar FUNDADA LA DEMANDA de fojas 17 a 24 subsanada a fojas 28, interpuesta por BOSWORTH CROVETTO JAMES LAWRENCE, sobre resolución de contrato de COMPRAVENTA y la entrega del lote 8 del Predio Rustico denominado "Las Gabrielas", ubicado en el distrito de La Tinguiña, de la provincia y departamento de

Ica, con una extensión superficial de 65.00 hectáreas 5,000 metros cuadrados y demás características constan en su Partida de Inscripción que corre en el Asiento 07 de la ficha N.º 001085-010102, hoy PARTIDA N.º 11017898 del Registro de Propiedad de los Registros Públicos de Ica, en consecuencia DECLARO RESUELTO el contrato de COMPRAVENTA del lote 08 del predio rustico denominado “Las Gabrielas”, ubicado en el distrito de la Tinguña, de la provincia y departamento de Ica, con una extensión superficial de 65.00 hectáreas 5,000 m². Celebrado entre James Lawrence Bosworth Crovetto y la Empresa Amacat S. A. ORDENÓ la restitución del lote 08 del predio denominado “Las Gabrielas” a la parte demandante. PRECISANDO que se deja a salvo el derecho de la demandada para solicitar en la vía pertinente la restitución o devolución de las prestaciones ejecutadas; con costas y costos.

2. DECLARARON NULO EL CONCESORIO DE APELACION contenido en la resolución número veintisiete de fecha quince de junio del dos mil diecisiete, obrante a fojas doscientos ochenta y uno, por el cual se concede apelación con efecto suspensivo y con la calidad de diferida contra la resolución número veintiséis, del siete de junio del año en curso; y proveyendo con arreglo a derecho declararon IMPROCEDENTE el recurso de

apelación interpuesto por Amacat S.A., obrante de fojas
doscientos sesenta y siguientes. Y los devolvieron.

S.S. GUTIERREZ REMON

DEL CARPIO MUÑOZ

RIEGA RONDON

FICHA DE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Jhoni Shang Castilla colquehuanca

¿Qué es?

Es un instrumento de examen o revisión de las decisiones emitidas por las autoridades competentes (jurisdiccionales, de tribunales administrativos, etc.), es decir, de jurisprudencia (entendiéndola en un sentido amplio), que permiten analizar los aspectos fácticos y jurídicos relevantes para el aprendizaje del Derecho, debido a que el estudiante o discente observa casos reales en los que puede advertir cómo es la aplicación del Derecho a la realidad, en una articulación entre *doxa* y *praxis* jurídica.

El estudio de la jurisprudencia es muy importante para el Derecho, tanto que algunos autores, a partir de ella, desarrollan una concepción científica del Derecho (como Guastini, refiriéndose a la expresión y sentido conceptual de la *sapientia iuris*, o Viehweg, con su tópica y jurisprudencia, por citar algunos ejemplos), o alguna tradición jurídica la usa como estudio, producción y aplicación del Derecho (como ocurre con el sistema anglosajón o tradición del *common law*, cuyo Derecho es jurisprudencial); siendo, además, esta la tendencia actual del *civil law*.

¿Cómo se diseña?

1) De acuerdo al tema de interés, se debe ubicar una decisión contenida en cualquier tipo de jurisprudencia, procediendo a su lectura detenida; ello ayuda a plantearse un objetivo (ya que una decisión puede involucrar varios aspectos jurídicamente relevantes).

2) Se deben identificar los hechos relevantes, es decir, hacer una síntesis de los hechos que se discuten; esto ayuda a comprender el conflicto o intereses discutidos, a la vez, de tomar contacto con la realidad factual de las relaciones sociales. Esto nos sirve, también, para una liminar selección de los “hechos jurídicos”.

3) Se deben identificar los aspectos jurídicos relacionados al problema y al tema de interés; esto permitirá eliminar distractores en la lectura, así como determinar los conceptos jurídicos-dogmáticos involucrados (como, por ejemplo, en una sentencia de un proceso de amparo, se tenga por objetivo advertir qué entiende el órgano que emite decisión sobre el amparo contra resoluciones).

4) Como producto de lo anterior, se debe identificar la decisión que se emitió en el caso y los argumentos jurídicos por los cuales se emite tal decisión en uno u otro sentido; tal actividad es útil para encontrar los criterios jurídicos que se desarrollan en la aplicación de una (o varias) determinada norma o normativa. Aquí, se deben diferenciar las *obiter dictas* (razones periféricas o de aclaración de aspectos de la decisión) de la (s) *ratio*

decidendi (la razón principal por la cual se toma la decisión). Así también, esto nos muestra cuál fue el razonamiento jurídico de la decisión, para su evaluación.

5) Finalmente, se debe efectuar un análisis crítico de la decisión, donde se indican los aciertos de la decisión (al mismo tiempo de, entonces, ampliar con aporte propio los argumentos esgrimidos) o desaciertos de las misma (de tal manera que, más bien, se señala el sentido en que se debió decidir y los argumentos de la misma, a partir de nuestra apreciación).

6) Es conveniente usar un esquema para poder guiarse en la organización de la información contenida en la decisión y facilitar su análisis y aprovechamiento.

Ejemplo de esquema:

1. **Título:** Ficha de análisis jurisprudencial del caso "xyz..." (se puede ser creativo y consignar un título que le parezca ilustrativo).

2. **Datos generales:** Se deben consignar los datos generales del caso o expediente como: número de expediente o sentencia o decisión, nombres de las partes involucradas, materia o asunto discutido, autoridad o instancia donde se emite la decisión.

Análisis interdisciplinario del Derecho

3. **Análisis fáctico:** Se debe describir resumidamente de qué trata el caso, sindicando solamente los hechos concretos del caso.

En este rubro se puede emplear el método socio-crítico jurídico, a fin de realizar un análisis íntegro del fenómeno o situación que se describe; *ergo* se puede efectuar una revisión desde la sociología jurídica, antropología jurídica, psicología jurídica, etc.

Análisis doctrinario o dogmático jurídico

4. Análisis jurídico: Se deben detallar los aspectos jurídicos relevantes, para cuyo cometido se debe hacer una subdivisión:

4.1. Aspectos sustantivos. - Se debe señalar que temas de derecho sustantivos están inmersos (verbigracia, nulidad de acto jurídico, la vulneración de tal o cual derecho fundamental, etc.).

4.2. Aspectos procesales. - Se debe hacer un recuento de toda la actividad jurídica procesal y los actos jurídicos procesales correspondientes (desde la presentación de la demanda, con todas las incidencias, hasta la emisión de la última decisión), en la medida de la información que proporcione la decisión, así como se pueden identificar aquí los temas procesales relevantes.

4.3. Aspectos jurisprudenciales. - Además de lo indicado, se puede también observar si en el fallo se citó jurisprudencia relevante para el caso, tanto sobre los aspectos sustantivos como procesales del caso, con el cometido de efectuar el análisis de su pertinencia, crítica, etc.

Por su parte, entonces, en este acápite se efectúa la revisión del saber o conocimiento jurídico teórico y práctico; siendo así, se emplea para este rubro el método dogmático-jurídico o de la dogmática jurídica.

Análisis de la aplicación del Derecho: revisión del razonamiento jurídico (interpretación y argumentación jurídica)

4.4. Decisión y argumentos jurídicos. - Se procede a señalar el sentido de la decisión y sintetizar los argumentos (*obiter dicta* y *ratio decidendi*) que sustentaron la misma.

Acá, se analiza qué tipo o clase de razonamiento jurídico, interpretación y argumentación se realizó (formal, material o pragmática); por consiguiente, para ello, se emplea el método o los métodos de la argumentación jurídica.

Análisis crítico

5. Apreciación crítica-jurídica del caso o decisión. - A diferencia de los ítems anteriores (donde habla, por así decirlo, la autoridad que emitió la decisión), aquí habla y muestra su estudio del caso el estudiante o discente, evidenciando sus conocimientos jurídicos (esto presupone análisis debido del caso, así como lectura previa de doctrina, normativa y jurisprudencia), para efectuar su apreciación aguda de la decisión objeto de revisión.

Así, para tal cometido se emplea el método crítico-jurídico. Debemos precisar que lo “crítico-jurídico” se puede entender en dos sentidos: i) como saber crítico, esto es, como saber científico jurídico (desde la teoría del conocimiento, por tanto, desde la epistemología jurídica); y, como método de análisis crítico (desde los enfoques de la metodología de la investigación científica, es decir, de la metodología de la investigación jurídica).

ISBN: 978-612-48935-3-7



9 786124 893537