

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Graduados



EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO PRIVADO

Tesis para optar el Grado Académico de

**MAGISTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL**

ALBERTO EDUARDO FERRAND NORIEGA

LIMA - PERÚ

2007



A María del Rosario,
mi entrañable esposa y compañera,
con quien comparto la visión de una patria
con mayor justicia y equidad



Y les dijo:
El sábado ha sido instituido para el hombre
Y no el hombre para el sábado.

(Mc. 2, 27)

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULOS	
I. LO IMPERATIVO EN EL DERECHO CIVIL DECIMONÓNICO LATINOAMERICANO	7
A) Conceptos Decimonónicos Latinoamericanos y sus Fuentes Europeas	9
B) La Idea de Orden Público en el Perú del Siglo XIX	18
C) El Orden Público en otros Títulos Preliminares de Códigos Latinoamericanos Decimonónicos	31
II. LA MUTABILIDAD HISTÓRICA DEL “ORDEN PÚBLICO” Y AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	41
A) El Orden Público y el Tiempo	41
B) La Mujer Casada en el Ámbito Patrimonial a Través del Tiempo	45
III. DIVERSIDAD ESPACIAL DE LOS “ÓRDENES PÚBLICOS”	67
A) El Orden Público y el Espacio	67
B) El Orden Público en el Derecho Internacional Privado del Perú	72
IV. ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	77
A) El Rol del Estado en la Determinación de las Relaciones Jurídicas	77
B) Orden Público y Autonomía de la Voluntad	82

C)	Limitaciones al Orden Público	83
D)	La Oponibilidad, el Orden Público y el Intercambio	84
E)	Las Normas de Orden Público	89
F)	Las Buenas Costumbres	91
G)	Orden Público en una Economía de Libre Mercado	95
H)	La Contratación Masiva y el Orden Público	102
V.	ORDEN PÚBLICO Y CÓDIGO CIVIL DE 1984	107
A)	El Artículo V del Título Preliminar del Código Civil	107
B)	Las Clasificaciones Cerradas en el Código Civil de 1984	117
C)	Actos de Disposición del Propio Cuerpo	123
D)	Decisión sobre la Necropsia, la Incineración y la Sepultura	124
E)	Disolución de Personas Jurídicas cuyos Fines son Contrarios al Orden Público	124
F)	Cargos Impuestos por el Testador	126
G)	Nulidad de Pactos de Exoneración de Responsabilidad por la Violación de Normas de Orden Público	126
H)	Uso del Bien por el Arrendatario	127
VI.	ORDEN PÚBLICO Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	128
A)	El rol del Poder Judicial	128
B)	Materias No Arbitrables	135
VII.	ADECUACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO A LAS NECESIDADES DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y EFICIENTE	145
A)	Mecanismos Legislativos	149
B)	Mecanismos Judiciales	161
CONCLUSIONES		169
BIBLIOGRAFÍA		180

INTRODUCCIÓN

¿El concepto de *orden público* –uno de los pilares del sistema de Derecho Privado-, propuesto desde el siglo XIX en los Títulos Preliminares de los Códigos Civiles como marco *imperativo* que limita la *autonomía de la voluntad*, puede ser entendido hoy de un modo acorde con el ideal contemporáneo de una sociedad más participativa, igualitaria y diseñada para satisfacer las necesidades de todos sus miembros de la mejor manera considerando la escasez de algunos bienes y recursos? En la actualidad sólo un sistema jurídico que pudiera ser de ese modo democrático y eficiente podría ser considerado justo desde un punto de vista valorativo.

¿Han existido o existen acaso criterios definidos para saber qué es y qué no es “*de orden público*”? La determinación de estos criterios es de suma importancia ya que la validez misma de los actos jurídicos depende de que sus fines sean contrarios o no a las normas imperativas consideradas de orden público. Asimismo, ello condiciona la aplicación de normas tales como la que permite la disolución de personas jurídicas cuyos fines son contrarios al orden público, y la que señala que son nulos los pactos de irresponsabilidad por violación de normas de orden público. Incluso nuestro Derecho Internacional Privado conceptúa que existe un orden público nacional y un orden público internacional del Perú.

En determinadas épocas y lugares fue de orden público que seres humanos pudiesen ser reducidos a la esclavitud y que pudiesen ser

comprados, vendidos o arrendados. Fue también de orden público –hasta hace muy poco tiempo en el Perú– que la mujer casada tuviese una capacidad de ejercicio disminuida frente a la de los varones y mujeres solteras. Es hoy de orden público en el Perú, y no así en otros países, que en el Derecho sucesorio existan “herederos forzosos”. En occidente es de orden público la monogamia. Es de orden público que el divorcio no se produzca, salvo el caso del mutuo disenso, sino por determinadas causales preestablecidas por el Código Civil actualmente vigente. También es de orden público que no existan más derechos reales que los previstos por la ley. Asimismo, que la mayoría de edad se alcance a los dieciocho años y ya no a los veintiuno, como fue anteriormente.

¿Por qué en tiempos y espacios distintos son diferentes las soluciones que el Estado da a diversos problemas? ¿Cuáles deben ser los criterios para la asignación de derechos y para el establecimiento de las reglas de juego entre los sujetos de derecho? ¿Hay un conflicto entre el orden social y la libertad individual desde que es el legislador el que está eligiendo por cada uno de nosotros entre varias opciones posibles –unas más equitativas y/o eficientes que otras– y quizá no del modo más respetuoso de la igualdad sustancial entre los miembros de la sociedad, ya sean éstos legisladores o simples gobernados?

Continuamente los funcionarios legisladores y los cuerpos públicos legislativos o normativos toman decisiones de aplicación general imperativa que afectan a los ciudadanos. Algunas son de Derecho Público y están sujetas a los controles correspondientes propios de ese ámbito del Derecho. Otras son de Derecho Privado pero también determinan ciertos derechos y obligaciones que nuestra voluntad no puede remover. Yo me veo personalmente condicionado en mi libre arbitrio, por ejemplo, cuando no puedo hacer testamento sin considerar a ciertos herederos forzosos. Si alguien contrae matrimonio sabe que no podrá divorciarse sino por ciertas causales previstas en la ley, salvo el caso de mutuo disenso.

Es de suma importancia para mí, como para cualquier ciudadano, que se establezca criterios claros respecto de dicha intervención estatal que sean garantía de una convivencia social justa y democrática. La determinación de lo que debe ser considerado “*de orden público*”, es así asunto que

interesa a todo ciudadano y que debe ser de la atención de la comunidad académica.

No sólo es importante que las personas podamos actuar libremente dentro de un orden social dado por quien a todos nos representa políticamente, sino que también es fundamental que ese mismo orden se establezca en un absoluto respeto de las personas gobernadas y de su igualdad sustancial con las que desempeñan las funciones estatales. La función legislativa o normativa debería desempeñarse cada vez menos con criterios subjetivos y/o arbitrarios obtenidos de la cantera de las propias costumbres y creencias del funcionario público y de su propio modo de ser y de pensar, que pueden conllevar inequidades, imposiciones irracionales o ineficiencias.

La presente tesis procura coadyuvar a establecer orientaciones para impedir que desde una posición de poder se imponga arbitrariamente a los sujetos de derecho determinadas opciones o incluso decisiones que en algunos casos debieran dejarse a la autonomía de la voluntad. Del mismo modo procura orientar respecto a la función estatal de operar los mecanismos para dar o restituir equilibrio y equidad a las relaciones jurídicas, mediante el orden público.

El objetivo general de este trabajo ha sido explorar los criterios que debieran ser tomados en cuenta por las entidades legislativas y normativas cuando deban adoptar decisiones de aplicación general imperativa que puedan afectar a los ciudadanos.

Específicamente se pretende constatar la mutabilidad histórica y la diversidad espacial del orden público para luego analizarlo en el contexto particular del Código Civil de 1984 y, finalmente, proponer mecanismos de adecuación de la determinación del orden público a las necesidades de una sociedad democrática y eficiente.

Nuestra tesis consta de siete capítulos. Corresponden al marco teórico los seis primeros, en los que se expone y define los conceptos.

El primer capítulo distingue claramente en el Derecho Civil latinoamericano del siglo XIX de tradición romanista el concepto de *orden público* contraponiéndolo con otros que se relacionan con él como son la autoridad de la ley, la derogación de la ley por el desuso, la irrenunciabilidad de ciertos derechos, la costumbre como fuente del Derecho, las “buenas costumbres”,

y la prohibición a los jueces de dejar de administrar justicia. Se revisa dichos temas tomando en consideración los más importantes códigos decimonónicos latinoamericanos, específicamente sus Títulos Preliminares.

Una vez expuesto el concepto tal como lo entendió la tradición romanista, los capítulos II y III constatan la mutabilidad y diversidad del *orden público* en el Derecho privado, según la temporalidad y la territorialidad. Dichos capítulos permiten comprender que el orden público puede ser reorientado en el presente según las aspiraciones de cada sociedad y las necesidades de las diferentes realidades nacionales, regionales y locales.

El capítulo IV estudia el concepto mismo de lo que es el *orden público*, no sin señalar también el concepto de *buenas costumbres*. Se detiene, de un lado, en la autonomía de la voluntad, y, de otro lado, en la consideración del *orden público*, que opera los mecanismos para dar equilibrio y equidad a las relaciones jurídicas, reconociendo titularidades y estableciendo mecanismos de oponibilidad y reglas de juego. De dicho capítulo se desprende que cada relación jurídica “privada” es en algún grado libre y en algún grado reglada, en algún grado privada y en algún grado pública, siendo lo privado y lo público dos dimensiones complementarias del Derecho. De ello se deriva que encauzar el orden público es encauzar al Derecho mismo y a la sociedad. Finalmente nos ocupamos del rol del orden público en la contratación y el intercambio de recursos escasos en el mercado, así como el modo en que opera en la contratación masiva.

Una revisión exegética del orden público en el Código Civil de 1984 es materia del capítulo V, haciendo el diagnóstico de esta problemática en nuestro caso particular y señalando su manifestación normativa en la multiplicidad de prohibiciones y limitaciones infranqueables o preceptos y mandatos que imponen obligaciones o requisitos que no pueden ser dispensados. Asimismo, nos detenemos en algunos ejemplos de clasificaciones cerradas o “*numerus clausus*”, por ser éstas normas de orden público.

El rol del orden público en el escenario del conflicto de intereses es el tema del capítulo VI. Se evalúa qué espacio puede tener la autonomía de la voluntad en la solución de conflictos, así como determinar qué debe reservarse al ámbito de la jurisdicción pública.

El capítulo VII plantea la tesis de que los derechos fundamentales de la persona humana y la comunidad son la piedra angular del edificio civil y la base común al Derecho privado y al Derecho público. El orden público reconoce y crea relaciones de poder-deber que deben organizar y dinamizar positivamente a la sociedad cimentada en el respeto a la persona humana, pues, de lo contrario, esos vínculos de poder-deber terminarían representando prevalencias excluyentes o discriminatorias. El equilibrio social que el Estado crea mediante el orden público equivale al ideal social y constitucional: una sociedad en la que se respeten los derechos fundamentales de la persona y en la que los recursos escasos sean racional y equitativamente producidos y distribuidos. Restablecer al orden público su función equilibrante significa ajustar el orden público a los derechos fundamentales, así como a la racionalidad en la producción y distribución de los recursos escasos que es propia del orden económico constitucional. Al determinar el orden público el Estado no debe ser discriminatorio ni neutral. Finalmente, dicho capítulo plantea que son posibles ciertos criterios y mecanismos de adecuación de la determinación del orden público a las necesidades de una sociedad democrática y eficiente cimentada en el orden constitucional. Estos mecanismos pueden ser legislativos o judiciales.

La investigación ha sido efectuada con los métodos apropiados para la problemática estudiada, a saber, la exégesis para el análisis e interpretación de los textos legales vinculados al orden público que se encuentran dispersos en nuestro Código Civil; la dogmática sobre las construcciones teóricas de algunos autores que han tratado algunos de los temas analizados partiendo de sus principios y cimientos; el método histórico para comprender mejor el tema y su evolución desde una perspectiva temporal y relativizar la dogmática jurídica; y el análisis funcional indispensable en relación a diversos conceptos estudiados.

Muchos temas han quedado en la pluma. Nos hubiera interesado profundizar en algunos que por ser periféricos o por exigir cada uno una investigación aparte, por fuerza, hemos tenido que abordar con cierta superficialidad. Sin embargo, estamos convencidos de que nuestro trabajo significa un avance y otro punto de partida para nosotros u otras personas interesadas en el rol que desempeña el orden público en el Derecho

privado. Son diversos los temas jurídico-históricos que, por ejemplo, pueden esclarecer e ilustrar aún más nuestra tesis, tales como los referidos a la función económica de la dote u otros muchos relacionados a la esclavitud. Asimismo, creemos que nuestra tesis invita a contrastar instituciones en el Derecho comparado, así como a profundizar en los diversos mecanismos de control y protección en la contratación masiva. Del mismo modo, permite hacer una relectura de muchas instituciones del Derecho de Familia y del Derecho Sucesorio.

Entendemos que, por todo lo expuesto puede ser el nuestro un apreciable aporte a la cultura jurídica de nuestro medio académico.



Capítulo I

LO IMPERATIVO EN EL DERECHO CIVIL DECIMONÓNICO LATINOAMERICANO

El concepto de "orden público" tal como lo conocemos actualmente en el Derecho Privado moderno del sistema jurídico occidental de base romanista, es el producto de la reflexión jurídica liberal acerca de la observancia de la ley frente a la autonomía de la voluntad, que plasmó sus principios en la codificación del siglo XIX.

Es el Código Civil francés de 1804, o Code Napoléon, el que estatuye por primera vez que las convenciones privadas no podían transgredir las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.

De un lado era indispensable para dicho pensamiento liberal dar al sistema jurídico un marco de seguridad que sólo la observancia de la ley podía otorgar; pero de otro lado esa observancia debía fundamentalmente garantizar la autonomía de la voluntad individual de los sujetos de derecho. Resultaba necesario definir hasta dónde podía ir la voluntad autónoma y en qué medida podía la ley limitarla. Era necesario distinguir entre aquello de la ley respecto a lo cual la autonomía de la voluntad no debe tener potestad alguna y aquel ámbito de la ley en el cual la voluntad privada no queda obligada y puede pactar en contrario ni queda prohibida de actuar conforme a su libre albedrío.

Para el liberalismo era fundamental construir un sistema de Derecho Privado en el que las voluntades particulares pudiesen actuar e interactuar con la más plena autonomía posible, pero dentro de ciertos cánones mínimos indispensables para que el sistema mismo funcione con la máxima seguridad y certeza en beneficio de cada individuo y de todos en general. Sólo la sociedad civil a través del Estado podía establecer dichos cánones que garantizasen la autonomía de la voluntad de modo que los ciudadanos sólo quedasen obligados a hacer lo que la ley manda imperativamente y prohibidos de hacer lo que la ley prohíbe expresamente.

Ciertas reglas fundamentales imperativas o prohibitivas debían ser necesariamente acatadas, teniendo las demás carácter supletorio de la autonomía de la voluntad. Las reglas de "orden público", de observancia obligatoria, serían generalmente de carácter prohibitivo o imperativo. Las supletorias serían meramente permisivas. Las reglas morales más comúnmente seguidas o "buenas costumbres" debían quedar protegidas por la ley en beneficio de ese ambiente de tranquilidad social tan necesario para el intercambio jurídico y económico. Las leyes no podían ser retroactivas y debía establecerse muy claramente su ámbito territorial de aplicación.

El sistema debía ser, asimismo, ordenado y cerrado, de tal modo que debía prevalecer la ley como fuente más precisa y segura de Derecho, sin que ésta pudiese ser abrogada sino por otra ley.

No era admisible, tampoco, que los jueces dejaran de aplicarla, y ante la insuficiencia legal debían recurrir a los principios generales que la informaban.

Tales principios fueron siendo recogidos por la codificación latinoamericana. Los primeros códigos sólo repitieron los enunciados del Código Civil francés. La creatividad fue poco a poco abriéndose paso y aparecieron nuevas fórmulas legales.

El presente capítulo consta de tres acápites. El primero fue el último en ser redactado y presenta por temas lo que luego se constata código por código en los acápites subsiguientes. Nos detenemos en hacer una revisión general sobre los conceptos decimonónicos, que fueron apareciendo en los códigos, acerca de la observancia de la ley, el rol de la costumbre como

fuerza de Derecho, y el desuso de las leyes. En éste primer acápite estudiamos el antecedente más importante fuera de Latinoamérica: el orden público en el Título Preliminar del "Code Civil" francés y otras fuentes europeas.

En el segundo acápite hemos recorrido los caminos que el Perú trazó en el siglo XIX respecto a este tema. Hemos revisado el Proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre, el Código del Estado Nor-Peruano y su modelo el Código Santa-Cruz de Bolivia, y finalmente, el Código Civil peruano de 1852 y lo expresado por sus comentaristas.

Un último acápite de desarrollo del tema trata sobre el concepto bajo estudio en otros Títulos Preliminares de códigos latinoamericanos relevantes creados en el siglo XIX, tales como el de Andrés Bello, el uruguayo, el de Vélez Sarsfield y otros más.

A) Conceptos Decimonónicos Latinoamericanos y sus Fuentes Europeas

1. Los conceptos decimonónicos acerca de la observancia de la ley, la costumbre y el desuso.- El *Ius Commune* europeo más antiguo (1500-1800) seguía aplicando reglas romanas sobre ineficacia de contratos que contravienen leyes coactivas o los *boni mores* (D.2.14.38; C.2.3.29; 8.38 (39).4). Ciertos derechos concedidos por las leyes podían ser renunciados mediante cláusulas contractuales, salvo que la renuncia afectase la *utilitas publica*. En el siglo XVI comenzó a distinguirse entre leyes coactivas (*leges prohibitivae*), irrenunciables y dispositivas. Por ejemplo, en caso de lesión enorme en una compraventa la renuncia no operaba si la otra parte actuó dolosamente. En casos de usura tampoco operaban las renunciaciones por contravenir ello las buenas costumbres.¹

Así, expone León Barandiarán que la cláusula legal de reserva del orden público frente a la libertad convencional ya había sido ideada en el derecho romano. Añade que la expresión fue usada en el derecho medioeval y en las costumbres regionales, así como en las Ordenanzas Reales del *ancien régime*, pero que recién en el artículo 6 del Código de Napoleón aparece en

¹ Vid. Helmut Coing, Derecho Privado Europeo. Tomo I. Derecho Común Más Antiguo 1500-1800. (España, Fundación Cultural del Notariado, 1996), pp 525-527, 533-534.

su sentido de principios que no pueden ser alterados por las convenciones privadas.²

El principio del artículo 6 del Código francés fue recogido por diversos códigos latinoamericanos y asimismo fue recreado y reelaborado en muchos casos.

Lo acogieron los Códigos Santa Cruz de Bolivia y del Estado Nor-Peruano, y los códigos colombiano, uruguayo y argentino. El Código Civil de Uruguay distinguió, además, entre renuncia general de las leyes –que no surte efecto alguno- y renuncia especial de leyes prohibitivas, en el sentido de renuncia a derechos conferidos por leyes prohibitivas, lo que se explicará en el tercer acápite del presente capítulo.

Respecto a la renuncia de leyes y derechos también se pronunciaron el artículo 937º del Código Civil de Austria (ABGB) de 1811 y el artículo 193º sobre cláusulas de renuncia (Título V, “De los contratos”) del Código para los Estados Prusianos (ALR) de 1794, ejerciendo influencia sobre la labor codificadora argentina de Vélez Sarsfield.

Los códigos latinoamericanos fueron estableciendo y desarrollando en sus Títulos Preliminares algunos principios conexos entre sí, tales como los del orden público, la irretroactividad de las leyes, la no derogación de la ley sino por otra ley y la prohibición a los jueces consistente en no dejar de administrar justicia, que serían los pilares del sistema cerrado, coherente y seguro que debía caracterizar al orden jurídico liberal latinoamericano. La autonomía de la voluntad sólo quedaba limitada por la ley. Sin embargo, siguiendo al Code, los códigos latinoamericanos del siglo XIX han sido, con diferentes matices, propicios a no distinguir con demasiada claridad entre el Derecho y la Moral Social.

De un lado reconocieron que las leyes sólo podían ser abrogadas por otra ley, y no así por la costumbre o por el desuso, pero no dejaron de estar referidos en mayor o menor medida al concepto de las "buenas costumbres" como idea asociada a la de "orden público".

Vidaurre incluso cambió la terminología napoleónica y prefirió hablar de "buena moral" en lugar de "buenas costumbres" y el Código Civil peruano

² Vid. José León Barandiarán, Tratado de Derecho Civil Peruano. Tomo I. Título Preliminar y Derecho de las Personas. (Lima, Walter Gutiérrez Editor, 1991), pp. 38-39.

de 1852 prohibió expresamente renunciar a derechos cuando la renuncia afectaba las buenas costumbres.

Como regla general no se dio a la costumbre carácter de fuente de derecho. La excepción estaba en que la ley así lo estableciera para determinados casos.

Fue el Código Civil peruano de 1852 el primero que consignó una fórmula que prohibía la derogación de las leyes por la costumbre o el desuso. Los Códigos Civiles colombiano, uruguayo y hondureño sólo señalaron que no podía alegarse el desuso ni práctica alguna para la inobservancia de la ley. Los comentaristas del Código Civil peruano criticaron duramente esta disposición del Código de 1852 por ser contraria a la realidad de las cosas. La tradición romana se había establecido en sentido favorable a la abrogación de la ley por el no uso.³ Decía Josserand que si tal fuera así, los fumadores en Francia caerían bajo la ley penal ya que una ordenanza de 1634 en tal sentido no había sido aún derogada.⁴

Aunque otros códigos no acogieron la fórmula prohibitiva del artículo correspondiente del Código Civil peruano, sí adoptaron el mismo principio al no permitir que la ley sea derogada sino por otra ley. El Código de Andrés Bello diseñó dos artículos sobre derogación de las leyes que fueron modelo de muchos otros códigos latinoamericanos.

El Título Preliminar del Código Civil de Andrés Bello refleja una mejor conciencia y desarrollo del tema del orden público, distinguiendo desde su primer artículo entre leyes que mandan, prohíben o permiten, sancionando con la nulidad a los actos que transgreden las leyes prohibitivas. El Código Civil uruguayo deja también sin efecto a la renuncia hecha de las leyes prohibitivas.

El Código Civil de Vélez Sarsfield llega a estatuir que nadie puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.

El Estado, en suma, protege la autonomía de la voluntad pero dentro de los límites de la intervención del Estado a través de: 1) normas "inderogables" por la voluntad particular que son fundamentalmente de

³ Dig. libro I, título IV, fr. 32, N° 1

⁴ Vid. Louis Josserand, *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. *Teorías Generales del Derecho y de los Derechos*. Las Personas. (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1950), p. 107.

carácter prohibitivo; y, 2) la protección legal, en estos Títulos Preliminares, de las "buenas costumbres" o moral social. En cuanto a las normas se refiere, la ley es la única fuente de Derecho, salvo excepciones reconocidas por la ley misma. La ley es inderogable por otra fuente que no sea la misma ley.

2. Los derechos irrenunciables.- Fue Vidaurre quien transformó primero el artículo 6 del Code francés llevándolo al plano de la renuncia no de leyes sino de "derechos y ganancias" en cuanto esta renuncia se oponga a las leyes o resulte perjudicial para terceros. Posteriormente el Código Civil peruano de 1852 prohibía renunciar a derechos que interesasen al orden público y/o a las buenas costumbres y que no fueran meramente privados. El Código de Andrés Bello y los Códigos de Colombia, Ecuador y Uruguay permiten renunciar derechos de interés individual del renunciante mientras no esté prohibida la renuncia.

El tema de los derechos irrenunciables o indisponibles es en realidad el tema mismo del orden público y las buenas costumbres visto desde la perspectiva de las titularidades y demás derechos de los sujetos de derecho. Es interesante que en Latinoamérica se haya dado un desarrollo de esta materia desde esa perspectiva.

3. La aplicación de la ley por la administración de justicia.- El principio, contenido en el artículo 4 del Código Napoleón, por el cual el juez que rehusa juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley es responsable de denegar la justicia, es otro de los pilares del sistema jurídico recibido y desarrollado por Latinoamérica. Los recursos que la ley ofrece al juez para resolver en esos casos, se convierten así, también, en parte del orden público de cada nación.

Señala Federico de Castro que:

“Importa también señalar que, con el Código civil (francés), no se pensaba excluir del ordenamiento jurídico al Derecho extrapositivo, como se ha pretendido, especialmente por la llamada Escuela de la Exégesis. El pensamiento de los redactores del Código civil aparece claro en los trabajos preliminares, especialmente al discutirse el artículo 6.º del Proyecto de Título Preliminar (después art. 4.º del Código), conforme al que el Juez no podrá negarse a

juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Discutiéndose en el Consejo de Estado dicho artículo, Roederer se opone a su aceptación, ya que así se daría un poder excesivo a los Jueces. Los demás consejeros rechazan enérgicamente la objeción; se le responde que se interrumpiría el curso de la justicia si no se permitiera a los Jueces pronunciarse más que cuando la Ley haya hablado; pocos pleitos –se añade– son susceptibles de resolverse según una ley; es por los principios generales, por la doctrina, por la ciencia del Derecho, por lo que siempre se han decidido las cuestiones”.⁵

El Código Civil peruano de 1852 establecía en sus artículos VIII al XII las reglas necesarias al respecto. Los jueces debían juzgar siempre por lo dispuesto en las leyes. En casos de oscuridad o insuficiencia de éstas, debía resolverse conforme al espíritu de la ley, por analogía, o atendiendo a los principios generales del derecho. Por separado debía dirigir consultas al Poder Legislativo para futuros casos. Las consultas se elevaban a través de la Corte Suprema con el respectivo informe. La Corte Suprema, y los jueces y demás tribunales a través de ésta, debían informar al Congreso de los defectos en la legislación.

El Código de Andrés Bello, por su parte, contiene reglas para la interpretación de las leyes, definiciones y, además, señala en su artículo 5 que la Corte Suprema y las Cortes de Alzada deben dar cuenta anualmente al Ejecutivo de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas.

4. El rol de los juristas.- Decía Francisco García Calderón que:

"...No pudiendo estenderse las leyes á todas las minuciosas relaciones que pueden tener los hombres entre sí, contienen disposiciones generales, que el juez debe aplicar según los casos. De aquí ha resultado la necesidad de interpretarlas, y de conocer su verdadero espíritu, para que pueda hacerse una recta aplicación. Muchos individuos se han dedicado á este trabajo; sus obras se han mirado como el complemento de las leyes, y han adquirido tal grado de autoridad, que en Francia y España se ha mandado seguir las opiniones de algunos glosadores de sus códigos".⁶

⁵ Federico de Castro. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: la defensa de la competencia, el orden público, la protección del consumidor. España. p. 1020.

⁶ Vid. Francisco García Calderón, Artículo sobre AUTORIDAD en el Diccionario de la Legislación

Con el sistema liberal, la codificación y la supremacía de la legislación como fuente de Derecho, se afianzaron en los países de tradición romana el final no sólo del Derecho consuetudinario sino del "Derecho de juristas", que habían sido elementos importantísimos de épocas anteriores.

Sin embargo, es indudable que el ideal de un sistema absolutamente cerrado en torno a la legislación es en alguna medida utópico. Las costumbres tarde o temprano presionan sobre las leyes y alcanzan reconocimiento legal en diversas áreas de la vida jurídica. La tácita abrogación de la ley por el desuso y el olvido es una realidad que ninguna prohibición legal puede combatir eficazmente. La imposibilidad de los legisladores de cubrir todos los aspectos de la realidad, hace indispensable la labor interpretativa de abogados y juristas.

Toribio Pacheco pensaba que era rol de la doctrina investigar los fundamentos que sirven de apoyo a la ley "...sea para indicar sus omisiones, sea para hacer palpables las contradicciones en que haya incurrido". La doctrina era para él "...la exposición razonada y metódica de la ley".⁷

Angel Gustavo Cornejo, en 1921, prologaba sus Comentarios al Código Civil de 1852", recordando la labor de los juristas del siglo XIX. Recuerda la obra del Licenciado Agustín Verdugo sobre Derecho Civil Mexicano, "...que por su extensión y doctrina, emula la de Laurent, sobre el Código de Napoleón". Se refiere asimismo al doctor L.F. Borja y a sus comentarios sobre el Código de Andrés Bello. La Argentina -dice- tuvo los comentarios de Llerena y Machado. Resalta la obra de Freitas. Entre los peruanos, recuerda a Toribio Pacheco "...mentalidad robusta, jurisconsulto consumado...", a Ricardo Ortiz de Zevallos "...inteligencia inquieta, sutil y nutrida con los estudios de los comentaristas franceses...", al doctor Samanamud y a su obra "utilísima". También alaba el "Índice General de las Leyes" del doctor M.F. Paz Soldán, y el "Gran Diccionario de Legislación" de Francisco García Calderón, quien "...realizó una empresa magna". Refiere que los doctores Manuel A. Fuentes, Miguel A. Lama y Paulino Fuentes Castro "...han realizado labor intensa, constante,

Peruana, Tomo I, (Lima, Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860), p. 246.

⁷ Vid. Toribio Pacheco, Tratado de Derecho Civil, (1872), p. VII

proficua...". Pondera también la "Legislación Procesal" del doctor J. Guillermo Romero y el "magno diccionario" del doctor Germán Leguía Martínez.⁸

5. El título preliminar del "Code Civil" francés.- La Ley del 30 del mes ventoso del año XII (21 de marzo de 1804) reunió las leyes civiles en un solo cuerpo bajo el nombre de "Code civil des Francais" (Código Civil de los Franceses). La primera de esas leyes civiles fue la Ley del 14 del mes ventoso del año XI (5 de marzo de 1803), promulgada el 24 del mismo mes y año (15 de marzo de 1803), referida a la publicación, los efectos y la aplicación de la ley en general. La misma ley que reunía en un solo cuerpo las diversas leyes civiles estableció en su artículo 4, que el Código sería precedido por un título preliminar constituido por la referida ley del 14 del mes ventoso del año XI.

A partir de tal fecha -así lo señaló el artículo 7 de la indicada ley- las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o particulares, los estatutos y los reglamentos, dejaban de tener fuerza de ley general o particular en las materias reguladas por el Código.

El legislador francés tomó así partido por la creación legislativa del derecho siguiendo a la escuela clásica que, como señala Josserand, veía en la ley escrita "el verbo perfecto del derecho".⁹ Añade el mismo autor que:

"...los emperadores Justiniano y Napoleón pensaron haber dado al mundo una carta definitiva, *ne varietur*, puesto que el primero proscribió todo comentario por temor de deformación; y el segundo contaba más todavía con su obra legislativa que con sus victorias, para adquirir la inmortalidad".¹⁰

En esto el Código Napoleón proscribió las tendencias de la escuela histórica de Savigny, más proclives a la exaltación de la costumbre.

Comentando esta opción legislativa, Josserand señala que la legislación ofrece precisión y certeza cerrando el paso a la arbitrariedad de los jueces.

⁸ Angel Gustavo Cornejo, Prólogo de los Comentarios al Código Civil de 1852, (Chiclayo, 1921) pp. I a III.

⁹ Vid. Louis Josserand, op.cit., p. 26.

¹⁰ loc. cit.

La ley tiende a la generalidad, a la universalidad y la costumbre a la dispersión y localización, siendo la codificación lo primero para cimentar la unidad política de un país, sobre todo cuando éste se dividió en su Derecho antiguo en áreas de derecho escrito y áreas de costumbre. La técnica legislativa es más flexible y de rendimiento más rápido que la consuetudinaria.¹¹

La inmensa mayoría de los intérpretes del Code, tales como Demolombe, Laurent y Aubry et Rau, negaron a la costumbre todo poder creador y señalaron que era impotente para oponerse a la ley escrita, para completarla, llenar sus lagunas o tapar sus fisuras.¹²

Sin embargo, Josserand exponiendo el pensamiento de Jean Etienne Marie Portalis dice que:

"Los redactores del Código civil admitían la fuerza obligatoria de la costumbre, en cierta medida; en el proyecto primitivo, el título preliminar comprendía disposiciones formales en ese sentido, disposiciones que si desaparecieron después fué por su carácter demasiado filosófico. Y sobre todo, en el curso de los trabajos preparatorios PORTALIS se expresó en términos exentos de ambigüedad y que conviene recordar: `Nosotros estamos igualmente preservados de la peligrosa ambición de querer regularlo todo y preverlo todo... Hágase lo que se haga, las leyes positivas no podrían reemplazar jamás el uso de la razón natural en los negocios de la vida... Un código, por completo que pueda parecer, apenas terminado no basta para resolver los mil problemas inesperados que se presentan al magistrado. Porque las leyes una vez redactadas, continúan estándolo en los términos en que lo fueron. Pero los hombres por el contrario, jamás descansan; obran siempre, y ese movimiento; que no tiene fin y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce a cada instante alguna nueva combinación... En defecto de un texto preciso sobre cada materia, un uso antiguo, constante y bien establecido, una serie no interrumpida de decisiones semejantes, una opinión o una máxima aceptada, hacen a veces de ley"¹³.

En cuanto a la posibilidad de abrogación de una ley por el desuso, el Código francés guarda silencio deliberadamente, ya que Portalis, el más

¹¹ Josserand, op. cit., pp. 27-28.

¹² Ibid., p. 99.

¹³ Josserand, op. cit., pp. 100-101. Puede encontrarse los textos citados por Josserand en el Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil Presentado el 1º de Pluvioso del Año IX por la Comisión Nombrada por el Gobierno Consular. Tr. M de Rivacoba (Valparaíso, EDEVAL, 1978), pp. 35-38.

eminente de los autores del Code, consideraba que aunque nada se hubiera dicho, a la *desuetudo* no se podía desahuciar. Decía Portalis que, al hablar del desuso, los redactores del Code lo presentaron como la obra de un poder invisible por el cual, sin agitaciones ni conmociones, los pueblos se hacen justicia de las malas leyes, y que parece proteger a la sociedad contra los errores del legislador y al legislador contra sí mismo.¹⁴

En relación a la aplicación de las leyes, en el articulado del Code se observa una importante distinción entre "leyes de policía y de seguridad", que obligan a todos los que habitan en el territorio, a las que se refiere el artículo 3; y las "leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres (moeurs)" que no pueden ser "derogadas" (déroger) por las convenciones particulares, a las que se refiere el artículo 6.

Esta distinción legal refleja una clasificación que conceptúa dos ámbitos diferentes de intervención estatal. De un lado, el ámbito de lo tradicionalmente considerado como objeto del Derecho Público. De otro lado, el campo de las limitaciones legales impuestas a la autonomía de la voluntad, o de lo imperativo en el Derecho Privado.

En el segundo de estos ámbitos, la autonomía de la voluntad queda limitada por los siguientes órdenes de leyes: las que interesan al orden público y/o las buenas costumbres. Sin embargo, resulta difícil de explicar porqué se menciona al orden público unas veces al lado de las buenas costumbres y otras sin éstas.¹⁵

Federico de Castro explica que:

“En la larga elaboración del Código civil francés aparece tarde el término orden público y entonces se le recibe con críticas. Su origen está en una nueva redacción del título preliminar (de la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general); la que presentará Portalis al Consejo de Estado. El artículo llevaba en aquel momento el número 9 y decía: ‘La infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación’ (‘des fins de non recevoir’). El Consejero Boulay propone otra redacción. ‘No pueden derogarse por actos de los particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres’. La que se aprueba sin discusión, al parecer; texto que

¹⁴ Jean Etienne Marie Portalis. Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil Presentado el 1º de Pluvioso del Año IX por la Comisión Nombrada por el Gobierno Consular. Tr. M. de Rivacoba (Valparaíso, EDEVAL, 1978), p. 51.

¹⁵ Vid. Federico de Castro, op. cit., pp. 1023-1029.

será el que con algunas alteraciones, pasará al Código civil con el número sexto”.¹⁶

A la jurisprudencia francesa ha tocado ir precisando cuáles son esas leyes limitativas. La doctrina ha tenido que hacer lo suyo. Así, las leyes y reglamentos relativos a las tarifas municipales no pueden ser legalmente derogadas por un acuerdo privado entre el alcalde y los contribuyentes. Tampoco es derogable el principio de la libre disposición de los bienes en manos del propietario. Por el contrario, no es contraria al orden público la cláusula por la que una gratificación será pagada solamente a los obreros presentes en la fábrica el 31 de diciembre y que hayan cumplido su tiempo de presencia en la fábrica sin interrupción.

Sobre el Código Napoleón, VIDAL RAMIREZ señala que:

“...pretendió condensar el sistema racionalista y sus comentaristas clásicos arribaron a la fórmula dogmática según la cual ‘en los actos y contratos está permitido todo lo que no está legalmente prohibido’. De este modo, el orden público quedaba sometido a la voluntad individual debiendo el legislador, en cuanto tuviera un origen democrático, determinar su contenido mediante un conjunto de normas imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por los ciudadanos y los Poderes Públicos. Con estas normas cogentes, el Estado debía, en lo posible, establecer un orden público legal e inmutable, que debía ser entendido como un catálogo de conducta que debía ser dentro de la sociedad como una barrera para impedir el conflicto entre los ciudadanos por razón del ejercicio de las amplias libertades que el Estado estaba obligado a respetar y tutelar”.¹⁷

B) La Idea de Orden Público en el Perú del Siglo XIX

1. El proyecto de Manuel Lorenzo de Vidaurre.- En el Título 8 de la Segunda Parte -Dominio y Contratos- del Proyecto del Código Civil Peruano escrito por Manuel Lorenzo de Vidaurre, título correspondiente al tema de las obligaciones, Vidaurre acoge el principio de reserva del orden público, pero sin utilizar esa expresión.

¹⁶ Ibid., p. 1018

¹⁷ Fernando Vidal Ramírez. Instituciones del Acto Jurídico. En: Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica). Tomo I (Lima, Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente-Unifé, 1996), p. 589.

Art. 11. En los contratos se pueden poner todas las condiciones y modificaciones que se quieran, como no se opongan á la buena moral y á las leyes.

Art. 12. Se puede renunciar á su derecho y á las ganancias, en cuanto no se opone á las leyes ò resulte en perjuicio de tercero.

Respecto a la materia contenida en el artículo 11 y en cuanto a la validez de las convenciones y a la necesidad de causa lícita para su validez, Vidaurre afirmaba no variar del código francés, y se apoyaba en una cita de Domat:

"Como las convenciones son arbitrarias y se diversifican según las necesidades, en los contratos pactos y tratados, se puede añadir toda suerte de distinciones, restricciones, reservas, saldos ò fiñiquitos y todo aquello que no sea contrario á las leyes y buenas costumbres".¹⁸

Puede observarse que prefirió consignar simplemente "leyes" y evitar la frase del texto francés: "leyes que interesan al orden público". Quizá consideró que se puede decir que de algún modo toda ley interesa al orden público. En ese caso no habría tenido la agudeza jurídica suficiente para entender que en ciertas leyes el Estado interviene de un modo especial prescribiendo, y en otras sólo faculta o permite.

También prefirió referirse a la "buena moral" y no a las "buenas costumbres", quizá para estrechar los vínculos entre el Derecho y la Moral dictada por la naturaleza, dejando de lado a la costumbre entendida como fuente de Derecho. En la carátula del Proyecto se lee, como en un frontispicio, "Si la naturaleza dicta las leyes, ellas necesariamente serán santas".

En relación a la norma del artículo 12, Vidaurre declaró modificar la doctrina de Domat por parecerle muy general. Domat sostenía que en todas las convenciones se puede renunciar al propio derecho, y a lo que es ventajoso para uno con tal que no se violen la equidad, las leyes, las buenas costumbres y el interés de un tercero. Vidaurre suprimió la palabra

¹⁸ Vid. Manuel Lorenzo de Vidaurre, Proyecto Civil Peruano; dividido en tres partes, 2a parte, (Lima, 1835) p. 132.

"equidad" por considerar que podía dar mérito a pleitos. De un modo muy autosuficiente declara: "En los términos que propongo la ley no requiere interpretaciones".¹⁹

La referencia a Domat en cuanto a las renunciaciones hechas en todas las convenciones, nos hace pensar que el artículo 12 es la continuación del artículo anterior y que bien pudo haber comenzado así: "En los contratos se puede renunciar...".

Vidaurre también suprimió en el artículo 12, y probablemente por la misma razón de evitar pleitos, la referencia a las buenas costumbres o "buena moral", dejando solamente a las leyes y al interés de tercero.

Aparentemente consideraba que sería objeto de una difícil interpretación el problema de si la renuncia de un derecho es o no opuesta a la equidad o a las buenas costumbres, mientras que, por el contrario, sería fácil interpretar si los términos de un contrato son o no opuestos a la "buena moral". O quizá simplemente no meditó lo suficiente en este extremo y hay algo de arbitrariedad o de poca técnica jurídica en su articulado.

2. Los códigos de Santa Cruz.- El Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano, dado por decreto supremo de 1º de Noviembre de 1836 y vigente a partir del 1º de enero de 1837, significó la efímera aplicación en este territorio del Código Civil de Bolivia o Código Santa Cruz, que había sido promulgado en Bolivia por decreto supremo de 28 de octubre de 1830 y que entró en vigencia el 2 de abril de 1831. La ley de 18 de julio de 1831 ratificó la vigencia del Código y le puso por nombre Código Santa Cruz.

Con este Código para el Estado Nor-Peruano se pretendió terminar con la...

"...masa confusa de disposiciones inconnexas, en que se excuadran violentamente la sabiduría de los Romanos con los errores de la Edad Media; los fallos del Derecho Canónico, con las medidas transitorias de una administración efímera...".²⁰

¹⁹ Vid. Vidaurre, op. cit. p. 133.

²⁰ Vid. Mensaje a la Nación Nor-Peruana del Supremo Protector del Estado Nor-Peruano Andrés de Santa Cruz, dado en el Palacio Protectoral de Lima a primero de noviembre de 1836, que aparece en la Edición Oficial del indicado Código, (Lima, Imprenta José Masías, 1836).

Las principales fuentes del Código Civil boliviano fueron, en efecto, el Código Napoleón, las leyes de Partidas, las leyes españolas vigentes en América y el Derecho Canónico.

Si bien es sabido que el Código de Bolivia fue una versión sintética y traducida del Código Civil francés, que obvió en gran manera la realidad social e histórica de Bolivia, el Protector don Andrés de Santa Cruz decía que el Código Civil era:

"...el fruto del saber de los siglos, madurado con los jugos de vuestro suelo, y puesta en armonía con vuestras circunstancias peculiares. Nacida en el seno tranquilo de Bolivia, donde su aplicación ha perfeccionado en alto grado la administración de la justicia; mejorada en el Estado del Sur, por una corrección atenta y meditada, entre vosotros ha recibido el último pulimento que ha podido darle mi celo, y la ilustración de los hombres de cuyo consejo me he valido, para conferiros este beneficio..."²¹

Los miembros de la comisión codificadora boliviana fueron los doctores Manuel María Urcullo, Manuel José de Antequera, Casimiro Olañeta y José María de Llosa, ministros de la Corte Suprema de Justicia. Según opinión del catedrático boliviano Dr. Carlos Terrazas Tórrez, los codificadores tradujeron el Código Napoleón en forma deficiente, injertando instituciones de las Partidas, pero lograron una labor de síntesis extraordinaria al reducir su Proyecto en 725 artículos en relación al Code, sin contar en la diferencia los artículos que fueron tomados de las Partidas. Lo cierto es que muchas instituciones del Derecho francés fueron voluntariamente omitidas.²²

El Título Preliminar es también una versión sintética del Título Preliminar del Código francés. El artículo primero sobre aplicación territorial de la ley se queda con el primer enunciado del original francés y elimina los siguientes párrafos. El artículo segundo acerca de la irretroactividad de la ley traduce la versión original. Los artículos tercero, sobre la ley aplicable a inmuebles, y cuarto, sobre las leyes de policía, son disgregaciones del artículo tercero del Code, eliminándose del Título Preliminar el precepto por

²¹ loc. cit.

²² Vid. Carlos Terrazas Tórrez, catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la U.M.S.A. de la Paz, Estudio Preliminar sobre el Código Civil de Bolivia, (Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1959), p. 10.

el cual las leyes concernientes a la edad y capacidad de las personas son aplicables a los franceses aunque vivan en país extranjero. Se eliminan también del Título Preliminar las disposiciones francesas sobre el rol y actividad de los jueces en la administración de justicia (artículos cuarto y quinto).

El artículo quinto del Título Preliminar peruano-boliviano es el que corresponde al artículo sexto del Código Napoleón. El Código Santa Cruz traduce, sin embargo, la palabra "derogar" por "renunciar" y así establece que:

Art. 5º Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no se pueden renunciar por convenios particulares.

El verbo "renunciar" también fue el utilizado por Vidaurre en el artículo 12 de su Proyecto, cuando siguiendo parcialmente a Domat limitaba las renunciaciones a los derechos y a las ventajas o ganancias.

3. El Código Civil de 1852.- El Título Preliminar del Código Civil de 1852 es innovador en el tema del orden público. Algunas de sus disposiciones son tomadas del Código francés, como la relativa a la aplicación territorial de la ley y las concernientes a las leyes de policía y a la irretroactividad de la ley, pero otras recogen otros principios. Todas ellas, sin embargo, establecen las bases de seguridad y libertad características del sistema jurídico liberal.

El artículo III estatuye que "A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley". El artículo 14 de la Constitución de 1860 recogió esta norma estableciendo que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Ese principio, regularmente contenido en las Constituciones Políticas, es uno de los pilares del sistema liberal en el que la autonomía de la voluntad sólo tiene como frontera o límite a la prohibición u obligación legal, salvo las buenas costumbres o moral social.

Al respecto, Silva Santisteban decía en su Curso de Derecho Peruano de 1860, que "últimamente, la ley promulgada es la única y exclusiva regla de

conducta...",²³ y ya no así la costumbre.

El artículo VI dispone que "Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso".

El precepto debió parecer necesario para establecer el "sistema cerrado" del orden jurídico liberal, aunque sabemos que el Código Civil francés no lo contiene deliberadamente.

Francisco García Calderón, al definir la palabra AUTORIDAD, en su célebre diccionario, comentaba acerca de la situación anterior a la dación del Código Civil de 1852:

"...Conociendo esta necesidad de reformar periódicamente la legislación, se había recurrido á la costumbre y al desuso para conocer cuando una ley debía dejar de cumplirse. No diremos precisamente que los legisladores hicieron mal, permitiendo que las leyes fuesen derogadas por haber caído en inobservancia, ó por haberse introducido una práctica contraria á ellas; por ese medio perdieron su autoridad muchas leyes injustas, y, aun el poder de los déspotas cedió en muchos casos al imperio de la opinión; pero si resultaban estas ventajas también es cierto que este sistema daba lugar á que procedimientos viciosos tuviesen fuerza de leyes, ó á que se dejase tal vez de cumplir la ley más justa y benéfica, porque estaban contra ella las ideas de un tribunal ó de un determinado número de personas.

"Para evitar estos inconvenientes, los jurisconsultos recurrían á fijar reglas en virtud de las cuales se pudiese conocer cual costumbre era legítima y capaz de derogar una ley; y á establecer los principios que pudiesen decidir si era justa su inobservancia. De aquí resultaban naturalmente innumerables cuestiones; y muchas veces los juicios no versaban yá sobre el derecho de las partes, sino sobre saber si la ley tal estaba en desuso, ó había sido derogada por la costumbre."²⁴

Toribio Pacheco define la costumbre como "...la manifestación instintiva y espontánea de las necesidades individuales y sociales, que se satisfacen por sí mismas y sin obstáculo, porque el hábito la ha hecho obligatoria".²⁵

La costumbre nace del uso y del tiempo.

Sostiene el mismo autor que cuando la costumbre es comprendida por la razón pública, determinada y formulada expresa y positivamente por un

²³ José Silva Santisteban, Curso de Derecho Peruano (Lima, Imprenta del Autor, 1860), p. 17.

²⁴ García Calderón, artículo sobre AUTORIDAD, op. cit., p. 246.

²⁵ Pacheco, op. cit., p. 5.

poder social constituido "...toma la denominación de ley".²⁶ La ley debe tener el carácter de permanencia y perpetuidad.²⁷ Una vez publicada, nadie puede dejar de cumplirla ni excusarse por ignorancia de ella.²⁸

Miguel Antonio de la Lama distinguía también el uso de la costumbre. El uso es la práctica de ciertos hechos, admitida tácitamente por un pueblo. Cuando el uso ha durado más largo se llama costumbre.²⁹

La costumbre y la ley se asemejan, según Pacheco, porque tienen el mismo origen, son la manifestación de la necesidad, son expresión del Derecho, tienen el carácter obligatorio, y porque tienen los mismos objeto y resultado inmediato.³⁰

Se diferencian, sin embargo, en que la ley no es espontánea como la costumbre sino que resulta de un "convenio expreso"; en que la costumbre es menos precisa y positiva que la ley; y en que la costumbre es menos coercitiva, menos moralizadora y menos instructiva que la ley.³¹

Hay ciertos casos especiales en el Código Civil de 1852 que debían decidirse por la costumbre. Algunos de éstos se presentan en el contrato de locación (artículos 1585, 1587 inc. 5, 1595 inc. 6, 1569, 1623 incs. 1 y 2), otros en materia de servidumbres (artículos 1131, 1157 y 1135). García Calderón hace notar que en los contratos mercantiles también se admite la costumbre en algunos casos pero siempre para suplir la falta de pacto y no para enmendar la ley.³²

Miguel Antonio de la Lama señalaba que la costumbre ha perdido valor en tanto las naciones se han esforzado en introducir la unidad en sus respectivas legislaciones, dándoles un carácter positivo, uniforme y permanente. Explica que puede admitirse alguna costumbre fuera de la ley para casos no contemplados por ésta, pero no las costumbres contra ley o según la ley.

Francisco García Calderón explicaba que la costumbre es fuera de la ley

²⁶ loc. cit.

²⁷ Pacheco, op. cit., p. 8.

²⁸ Ibid., p. 23

²⁹ Miguel Antonio de la Lama, Código Civil con Citas, Notas, Concordancias y un Apéndice, (Lima, 1899), p. 403.

³⁰ Pacheco, op. cit., p. 5.

³¹ Ibid., pp. 5-6.

³² García Calderón, artículo sobre COSTUMBRE, op. cit. p. 648.

cuando decide algún caso no previsto legalmente; es contra la ley cuando establece algo contrario a la ley; y según la ley cuando no hace más que poner en ejecución lo que la ley dispone o interpretarla en su ambigüedad.³³

Según García Calderón, la costumbre contra ley no tiene valor ninguno. La costumbre fuera de ley tampoco, pues está prohibido a los jueces juzgar por ejemplos. Aunque las leyes tengan defectos o sean insuficientes, no se debe resolver según la costumbre sino conforme al espíritu de las leyes, a la analogía y a los principios generales del Derecho. La costumbre según la ley tampoco significa nada en cuanto se limita a poner en ejecución una ley expresa.³⁴ Decía, asimismo, que:

"...la ley no adquiere fuerza ninguna por la costumbre de aplicarla, así como no pierde su autoridad por el desuso. La interpretación que por costumbre se haya dado á una ley ambigua no tiene autoridad. De suerte que aunque no haya algunas sentencias en que la ley se ha aplicado en tal sentido, ésto no puede servir de ejemplo a los otros jueces. La interpretación de la ley debe hacerla cada juez para el caso que resuelve; y para lo sucesivo se debe consultar al Congreso..."³⁵

Francisco García Calderón, en su artículo sobre la COSTUMBRE, tiene una interesante exposición en relación a los vínculos entre los contratos y la costumbre, que nos permitimos reproducir:

"...De lo espuesto se deduce que para conocer la fuerza de la costumbre, es necesario distinguir las disposiciones de las leyes, de los arreglos hechos en los contratos. - La costumbre no tiene fuerza ninguna con respecto á la ley; pero en los contratos debe atenderse en primer lugar al convenio, y á falta de este á la costumbre. Sin embargo la costumbre solo tendrá fuerza en aquellas cosas que no estén prescritas por la ley; pues en caso de que haya una ley espresa y terminante, debe observarse ésta á falta de pacto, y no la costumbre. Por ejemplo: el vendedor está obligado á la evicción y saneamiento; y por pacto espreso puede quedar libre de esa obligación. Si no se estipula esta libertad, se entiende que el vendedor queda siempre obligado al saneamiento, aunque haya costumbre de que no lo esté en cierto jénero de ventas. - En jeneral solo puede hacerse valer la costumbre en las cosas que, pendiendo

³³ loc. cit.

³⁴ loc. cit.

³⁵ loc. cit.

enteramente del convenio de los contratantes, y no de la disposición de la ley, no están arregladas por pacto. - Se recurre en estos casos á la costumbre, porque se supone que los interesados quieren celebrar su contrato con iguales condiciones á los demás de la misma clase, que se celebran en el lugar".³⁶

Decía Pacheco que las leyes no se derogan por la costumbre por obvia razón:

"...la ley es expresión formal y solemne de la voluntad social, que es superior á la voluntad de los particulares: una vez manifestada áquella de un modo competente, éstos deben someterse á ella, mientras la voluntad social no disponga lo contrario".³⁷

Y Miguel Antonio de la Lama agregaba:

"...para que una costumbre pudiese derogar una ley, sería necesario una sucesión de actos contrarios á ella, es decir, una constante violación de la ley; y si la ley permitiera esto, suministraría ella misma los medios de eludir sus prescripciones, lo que es contrario y opuesto á la naturaleza de la ley...".³⁸

En cuanto al desuso de las leyes como medio de abrogarlas, dice Pacheco que éste es una negación tácita y que en cuanto tal cae fuera del poder del Estado. Cuestiona la disposición del Código Civil por cuanto significa miopía respecto a la fuerza de la razón de un pueblo y "...por último, poner en duda y aun destruir el dogma de la soberanía nacional", y se pregunta: "¿qué derecho mas precioso de esta soberanía que el de abrogar por el desuso, que equivale á una silenciosa desaprobacion...".³⁹

Pacheco ilustra su posición con dos ejemplos, de los cuales citamos uno:

"...Hay una ley española (1.1, tit. 25, lib. 12 Nov. Rec.) que califica y castiga como injurias graves las palabras de **gafo, herege, &^a** Esta ley no ha sido derogada y está vigente entre nosotros; pero, en la actualidad, ¿quién será aquel que se queje de haber sido llamado

³⁶ García Calderón, op. cit., pp. 648-649.

³⁷ Pacheco, op. cit., p. 8.

³⁸ M.A. de la Lama, op. cit., p. 404.

³⁹ Pacheco, op. cit., p. 53.

gafo? ...pero es evidente que el desuso, mas poderoso que ella, la ha privado ya de una parte de su eficacia..."⁴⁰

Miguel Antonio de la Lama sostenía idéntica doctrina e ilustra con otro ejemplo:

"...En el artículo 19 de la Ley de Imprenta se impone por los impresos obscenos, la pena de sepultar cadáveres en el Campo Santo; esa ley no ha sido derogada; pero en la actualidad, ¿habría Jurado que la aplicase?"⁴¹

Tres condiciones eran necesarias, según Toribio Pacheco, para que el desuso abrogue la ley: que sea general el desuso; que sea pública y completa la inejecución en presencia de casos que habrían requerido su aplicación; y que haya transcurrido un tiempo suficiente a arbitrio judicial.⁴² Lo mismo enseñó Miguel A. de la Lama.⁴³

Pacheco distinguía entre desuso y costumbre y enseñaba que la costumbre no puede admitirse como medio de abrogación porque consiste en actos opuestos a la ley que pretenden sustituirla por una "ley consensual". El desuso, en cambio, si no cumple la ley tampoco se opone a ésta abiertamente, ni la contraría ostensiblemente. El desuso no pone nada en el lugar de la ley sino que solamente la desvirtúa.⁴⁴

El artículo VII establece como principio general que "Ningún pacto exime de la observancia de la ley". Sin embargo, reconoce que existen derechos "meramente privados", y que no interesan al "orden público ni á las buenas costumbres", que pueden ser renunciados aunque la ley los disponga.

De la fórmula francesa por la cual no se pueden derogar o renunciar por convención o contrato privado las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, el Código de 1852 deduce "a contrario" otra regla de igual valor: que sí pueden renunciarse o derogarse por convención o contrato privado las leyes que no interesan al orden público ni a las buenas

⁴⁰ Ibid., p. 54.

⁴¹ M.A. de la Lama, op. cit., p. 402-403.

⁴² Pacheco, op. cit., p. 55.

⁴³ M.A. de la Lama, op. cit., p. 403.

⁴⁴ Pacheco, op. cit., p. 55.

costumbres.

El interesante enunciado del Código Civil peruano establece en realidad una regla general y una excepción. La regla es la observancia de la ley. La excepción es que existe cierta clase de derechos que sí pueden ser renunciados aunque los confiera la ley, y sobre los que se puede pactar. La especificidad de estos últimos está en ser "meramente privados" y "no interesar al orden público ni a las buenas costumbres". El referido Código prohibía, entonces, renunciar a derechos que interesasen al orden público y/o a las buenas costumbres y que no fueran meramente privados.

Según el texto legal literalmente interpretado y a diferencia del Code, la excepción no es aplicable a cualquier pacto sino a los de renuncia de derechos. Sin embargo, ello debe interpretarse considerando también que en el Código Civil peruano de 1852 se señalaba, además, que cuando la causa de un contrato se opone a las leyes, o a las buenas costumbres, la causa es ilícita (artículo 1255) y el contrato nulo (artículos. 1235 y 1253).

Comentando el Código, dice Miguel A. de la Lama que en un sentido lato pertenecen al orden público materias tales como la nacionalidad, el goce pleno o restringido de los derechos civiles, el estado civil, la filiación y la paternidad, la mayoría de edad, la emancipación, la capacidad y la interdicción. También comprende en el orden público a los "...ramos que el legislador ha creído deber coordinar con el mayor ventaja de la sociedad, y en tales casos la ley contiene prohibición expresa..." y cita como ejemplo la prohibición de convenciones para perpetuar la indivisión cohereditaria. Añade, por último, a las leyes que anuncian, arreglando intereses privados, que ellas son determinadas por consideraciones de interés público".⁴⁵

El Código no determina claramente las fronteras entre el orden público y las buenas costumbres. Las "buenas costumbres" son incorporadas legalmente al Derecho, en tanto no se puede renunciar a derechos si esta renuncia las afecta. Se puede concluir que cuando las leyes confieren derechos que interesan al orden público y a las buenas costumbres -y que por lo tanto no son "meramente privados"-, deben ser observadas sin excepción. Las "buenas costumbres" quedan así protegidas por el Derecho

⁴⁵ M.A. de la Lama, op. cit., pp. 405-406.

Público. Éstas son una suerte de "leyes" imperativas al estar sancionadas de ese modo por el artículo VII.

Del Código francés no puede obtenerse igual conclusión, pues en él se prohíbe que las convenciones particulares deroguen a **las leyes** que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Las buenas costumbres no son en el sistema francés "otras" leyes.

Es interesante constatar cómo es que el Código fue un reflejo de una no muy clara delimitación entre el Derecho y la Moral.

Toribio Pacheco, en la presentación de su trabajo doctrinario esboza una idea esencial:

"...La sociedad sería un caos incomprensible si semejantes naciones estuviesen sujetas al capricho de los individuos: necesario es que haya una regla fija que las normalice y que, encerrándolas en la esfera de **lo justo**, mantenga el orden tan necesario para la marcha progresiva de la humanidad. Esa regla es la ley..."⁴⁶

Toribio Pacheco llegaba a decir que "el derecho hace parte de la moral...", aunque también distinguía que las acciones morales se refieren al mismo individuo que la practica mientras que las del Derecho se refieren a los demás seres, y que en todo caso hay una relación íntima entre la moral y el Derecho.⁴⁷

De esta relación íntima Pacheco traza algunas conclusiones:

"...se deduce que todas las prescripciones del derecho deben estar en armonía con la moral, ó, en otros términos, que todo lo que el derecho permite ó prohíbe, debe ser permitido ó prohibido por la moral; pero como los límites del derecho son mas estrechos que los de la moral, se sigue naturalmente que no todo lo que permite ó prohíbe la moral es permitido ó prohibido por el derecho; por la sencilla razón de que esto no entra en el círculo de su competencia. El derecho, tal como lo hemos definido, es sinónimo de justicia, porque está también en el conjunto de las condiciones, dependientes de la voluntad, necesarias para el desarrollo físico é intelectual del hombre; pero puede distinguirse de aquel, diciendo que el derecho es la condición misma, y la justicia, el acto de suministrar esa condición. Un hombre tiene necesidad de que se le suministren las condiciones del desarrollo; tiene derechos: los demás hombres están obligados á proporcionarle dichas

⁴⁶ Pacheco, op. cit., p. VII.

⁴⁷ Ibid., p. 3.

condiciones, á hacerle justicia, á ser justo con él".⁴⁸

Igual orientación puede constatarse en Silva Santisteban, quien señalaba que:

"Si el Derecho Civil no se ocupa inmediatamente de los principios absolutos de justicia y de legislación, no prescinde tampoco de ellos, los considera en su aplicación á las necesidades y á las costumbres de una determinada sociedad: es el Derecho Natural realizándose, tomando formas, encarnando en la vida de un pueblo".⁴⁹

Miguel A. de la Lama sostenía que las leyes relativas a las buenas costumbres, son "...las que declaran principios de la moral universal". Cita como ejemplos las que prohíben donar bienes a condición de que el donatario permanezca soltero, las que castigan las representaciones obscenas y todas las penales en general.⁵⁰

En relación al orden público decía José Silva Santisteban que las leyes, según el objeto que se proponen, pueden ser: prohibitivas, imperativas, permisivas o penales.⁵¹ Toribio Pacheco distinguía entre imperativas, prohibitivas y facultativas:

"Las primeras son aquellas que prescriben la ejecución de un hecho ó de una acción; tal es la ley que ordena al padre educar y alimentar á sus hijos. Las segundas son aquéllas que prohíben un hecho ó una acción; por ejemplo, la ley que impide contraer segundo matrimonio, subsistiendo el primero. Cuando la prohibición recae sobre hechos que atacan la moral pública y el orden social, las leyes prohibitivas toman el nombre de leyes criminales ó penales, porque siempre van acompañadas de una pena, que es la sanción de estas leyes. En fin, leyes facultativas son aquellas que, sin mandar ni prohibir establecen un derecho de que cada individuo puede hacer ó no hacer uso, según sea su voluntad; como la ley que autoriza el matrimonio sin hacerlo obligatorio".⁵²

⁴⁸ Ibid., p. 3-4.

⁴⁹ Silva Santisteban, op. cit., p. 19.

⁵⁰ M.A. de la Lama, op. cit., p.406.

⁵¹ Silva Santisteban, op. cit., p. 15.

⁵² Pacheco, op. cit., p. 25.

Según estas clasificaciones, las leyes facultativas establecen derechos cuya renuncia no afecta el orden público ni las buenas costumbres. Contrariamente, las que establecen derechos cuya renuncia vulnera el orden público y/o las buenas costumbres, son imperativas o prohibitivas.

Las últimas disposiciones del Título Preliminar del Código Civil de 1852 se refieren a la labor de los jueces y no hacen más que reforzar el orden jurídico como sistema cerrado. Al respecto citemos a Toribio Pacheco:

"Por ésto es que, si en la ley civil se impone á los jueces la obligacion de aplicar siempre la ley, sin poder dejar de hacerlo jamas, ni juzgar tampoco sino por lo dispuesto en ella, y se les prohíbe rigurosamente suspender ó denegar la administracion de justicia; tambien se toman en consideracion los casos en que haya falta, oscurecida ó insuficiencia de la ley; y, para entónces, se les indican los medios de interpretacion á que deben recurrir, tales como el espíritu de la ley, la analogía de las disposiciones y principios generales del derecho (interpretacion doctrinal). Llenada la necesidad presente, que es la administracion de la justicia á todo trance y sin retardo, queda aun al juez el recurso de elevar la respectiva consulta; á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran (VIII, IX tit. prelim. C.) El cuidado de dar esta regla cierta pertenece á la interpretacion auténtica, á cuyo efecto las consultas deberán ser elevadas al Cuerpo Legislativo por la Corte Suprema, con el correspondiente informe (X tit. prelim. C)".⁵³

C) El Orden Público en otros Títulos Preliminares de Códigos Latinoamericanos Decimonónicos

1. El código civil de Chile (1855) y los de Colombia (1857) y Ecuador (1857).- Anotaba Andrés Bello que el Título Preliminar debía considerarse como una introducción a toda la legislación y no solamente al Código Civil.⁵⁴ En este título se constata una mayor interiorización y comprensión de la problemática de la observancia de la ley en relación al orden público y a la costumbre.

Desde el artículo primero ya se distingue que la ley puede ser prescriptiva, prohibitiva o permisiva. Cuando la ley prohíbe actos, éstos son nulos si

⁵³ Ibid., p. 30.

⁵⁴ Andrés Bello, Código Civil de la República de Chile, Texto concordado con los distintos proyectos de Bello, (Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1954), p. 25.

llegan a realizarse en los hechos en contravención de la norma legal (Artículo 10), salvo que la ley sancione de modo diverso al de la nulidad, como podría ser el caso de la anulabilidad, o también el de una sanción pecuniaria o una pena.

Las leyes de orden público sancionadas con nulidad no pueden dejar de observarse en ningún caso, aunque se pruebe que el acto no era fraudulento o contrario al fin de la ley. Así, estatuye el artículo 11 que:

Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley.

De este modo el artículo parece pretender evitar toda interpretación de las normas de orden público en cuanto a su finalidad o "ratio legis".

El artículo 12 del Título Preliminar del Código de Andrés Bello sigue al artículo VII del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1852. Como en el Código Peruano, este artículo ya no se refiere a la derogación o renuncia de las leyes que afectan al orden público o a las buenas costumbres como lo hacía el Code francés, sino que establece cuándo puede o no renunciarse a un derecho.

Se indica de forma muy semejante que podrá renunciarse en caso de derechos que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia. El Código peruano indicaba que podrá renunciarse siempre que los derechos sean "meramente privados", y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres. La diferencia más notoria estriba en no haber incorporado deliberadamente a las "buenas costumbres".

La intencionalidad está a la vista cuando se examina el texto del artículo 15 del Proyecto de 1853 que decía:

"Los individuos no pueden estipular cosas contrarias a las buenas costumbres, ni a las leyes que reglan la organización política y judicial de Chile, ni a las prohibiciones de las leyes.

"Pero podrán renunciar cualquier derecho que les confieran las leyes, siempre que mire solamente a su interés o conveniencia individual y que no esté prohibida su renuncia.

"No puede renunciarse ningún derecho establecido en favor de las

buenas costumbres o del orden público".⁵⁵

El artículo 2 estableció el principio general de que la costumbre no constituye Derecho. Para constituirlo se requiere una remisión legal. Sin embargo, ésta no fue la posición original de Bello. El artículo 5 del Proyecto de 1841-45 decía:

"El uso o costumbre legalmente probado tendrá fuerza de ley en todo aquello en que no fuere contrario a las leyes dictadas y promulgadas por la autoridad constitucional competente.

"Y sólo se tendrá por legalmente probado el uso o costumbre a cuyo favor constare haber habido tres o más decisiones judiciales conformes, pronunciadas dentro de los diez años anteriores por una corte superior o suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada.

"Pero se podrá refutar esta prueba aun por una sola decisión contraria que tenga las mismas calidades".⁵⁶

El Proyecto de 1853 mantenía la fuerza de la ley solamente a la costumbre, pero ya no al uso.⁵⁷

El Código de Andrés Bello eliminó asimismo la formula prohibitiva por la cual se establecía que no era posible la tácita abrogación de la ley por la costumbre y el desuso. El artículo 52 del Título Preliminar, sin embargo, solo prevé una forma de derogación tácita, aunque puede estar refiriéndose sólo a las derogaciones causadas por otra ley: "...cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

Pero la evolución de Bello hace pensar que se abandonó la idea original de dar a ciertas costumbres el poder de derogar la ley escrita.

El proyecto de 1841-45, en su artículo 4 señalaba:

"Las leyes una vez promulgadas permanecerán en plena fuerza y vigor, mientras no se derogaren o modificaren por otras leyes, dictadas y promulgadas por la autoridad competente; y en ningún caso se podrá alegar contra ellas la falta de uso o costumbre".⁵⁸

Estas ideas se mantuvieron en el Proyecto de 1853, el cual en su artículo

⁵⁵ Bello, op. cit., p. 38.

⁵⁶ Ibid., p. 27.

⁵⁷ Ibid., pp. 27-28.

⁵⁸ Ibid., p. 59.

52 establecía que:

"La mera costumbre, aun autorizada del modo dicho en el artículo 2º, no podrá en ningún caso, derogar la ley escrita, a menos que haya durado 30 años, sin interrupción, y se pruebe su existencia durante ese tiempo por seis decisiones judiciales conformes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, o a falta de este medio, por declaraciones conformes de 10 personas idóneas designadas como en el artículo 2º.

"Pero será de ningún valor la una o la otra prueba, o las dos unidas, si se probare haberse pronunciado durante el mismo tiempo decisión judicial en contrario sentido, la cual haya pasado en autoridad de cosa juzgada".⁵⁹

El mismo Proyecto de 1853 decía en su artículo 53:

"Las mismas reglas se aplicarán a la derogación tácita de las leyes por el desuso, si durante 30 años el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una ley no ha sido jamás reclamado por los interesados o por el ministerio público si habiendo habido esa reclamación, no ha obtenido sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. La prueba compete a la parte que niega el desuso".⁶⁰

Bello comentaba acerca del artículo 53 de su Proyecto de 1853 que no se puede nunca alegar el desuso contra la ley escrita, aunque esta regla absoluta no carece de graves inconvenientes. Se preguntaba si debe o no considerarse vigente una ley que no se observa en treinta años o contra la cual han fallado repetidas veces los tribunales o contra la cual proceden habitualmente los hombres en sus negocios.⁶¹

El Código Civil del Estado de Santander, parte de la Confederación Granadina (Colombia), fue la adopción en 1858 del código de Bello con algunas modificaciones, comenzando a regir en 1860. Poco a poco fue siendo recibido por los diferentes Estados de la Unión, hasta que finalmente en 1876 comenzó a regir un solo texto para toda la República. En 1887 se le antepuso un título preliminar que contiene las garantías consagradas por la Constitución colombiana de 1886.

El artículo 4 del Código Colombiano reproduce casi a la letra el artículo 1

⁵⁹ loc. cit.

⁶⁰ loc. cit.

⁶¹ Bello, op. cit. pp. 59-60.

del Título Preliminar del Código de Andrés Bello. Señala, sin embargo, que la ley, además de mandar, prohibir, o permitir, puede castigar. Los mismos comentaristas colombianos están de acuerdo en criticar la inclusión de la palabra "castigar", ya que no es un atributo diferente del de mandar o prohibir. Es castigado quien ha transgredido un mandato o prohibición.⁶²

El artículo 4 es seguido por otros dos en el que impertinente se recurre en materia civil a las nociones de premio o castigo, que no se encontraban en el Código chileno.

El artículo 6, empero, contiene una disposición inspirada en el artículo 10 del Código de Bello, pero con una mejor redacción: "...En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...".

El artículo 8 se independiza de su modelo cuando no permite excepción al principio por el cual la costumbre no tiene fuerza contra la ley.

También se aparta formalmente cuando con una fórmula prohibitiva ordena que: "...No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea". La diferencia es sobre todo formal, pues los artículos 71 y 72 sobre derogación de las leyes son idénticos a los artículos 12 y 13 del Título Preliminar del Código de Andrés Bello.

Pero, si la costumbre no es contraria a la ley y es general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho de modo supletorio a la legislación positiva (Ley 153 de 1887).

El artículo 15 del Código colombiano, sobre renuncia de derechos, copia textualmente el artículo 12 del Título Preliminar del Código chileno que eligió fórmula similar a la peruana dejando de lado el enunciado francés. El Código colombiano, sin embargo, añade como artículo 13 disposición casi igual a la del Código Napoleón: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

El Código Civil de Ecuador es una reproducción, apenas modificada del Código de Bello. Fue aprobado en 1857 y comenzó a regir desde el primero

⁶² Código Civil (de Colombia), con notas, concordancias... por Jorge Ortega Torres, (Bogotá, Temis, 1955), p. 9.

de enero de 1861.

Su artículo 8 contiene una disposición tomada no del Código chileno sino del peruano de 1852: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley".

Los artículos 9 y 11 del Título Preliminar del Código Civil ecuatoriano reproducen los artículos 10 y 12 del Título Preliminar del cuerpo legal chileno.

El artículo 10 es original pero parece innecesario: "En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo". En todo caso el precepto refuerza la autoridad del "orden público".

En cuanto a la derogación tácita de la ley se sigue el modelo chileno, omitiéndose la fórmula prohibitiva que señala que no puede derogarse la ley por la costumbre ni/o el desuso, pero admitiendo que la derogación tácita sólo opera cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

2. El código civil de Uruguay (1868).- El Código uruguayo distingue entre renuncia general de las leyes y renuncia especial de las leyes prohibitivas. La renuncia general no surte efecto alguno. La renuncia especial es nula si se trata de una ley prohibitiva, si es que la ley no dispone otra cosa.

El artículo correspondiente, que es el No. 8 del Título Preliminar, no observa que las normas de orden público pueden tener una fórmula prescriptiva, y no sólo prohibitiva. Del solo enunciado legal se podría concluir absurdamente que sí se puede hacer renuncia especial de las leyes prescriptivas obligatorias, si no fuera porque el artículo 11 del mismo Título Preliminar, inspirado en el Code francés, declara que: "No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres".

El artículo 8 del Título Preliminar del Código uruguayo trata aparentemente sobre renuncia de derechos más que sobre renuncia de leyes, y así estaría inspirado en el artículo 12 del Título Preliminar del Código chileno que eligió fórmula similar a la peruana dejando de lado el enunciado francés. El Código uruguayo, sin embargo, añade como artículo 11, como hemos visto,

disposición casi igual a la del Código Napoleón.

El artículo 8 inspiró posteriormente el artículo 10 del Código de Costa Rica del año 1885, pero se mejoró notablemente la redacción en este último.

El artículo 9 toma su segundo párrafo del artículo 2 del Código de Andrés Bello, pero es precedido por la prohibición de abrogación por el desuso, la costumbre o la práctica en contrario, presente en los códigos peruano y colombiano. El artículo 10 sobre derogación de las leyes unifica los artículos 52 y 53 del Título Preliminar del Código chileno, utilizando las mismas palabras. El artículo 12 del Código de Costa Rica de 1885 copió este artículo mejorando su redacción.

3. El proyecto brasileño de Augusto Texeira de Freitas.- Hemos tenido a nuestro alcance el Proyecto de Freitas según una versión en castellano, de 1909, denominada "Código Civil, Obra Fundamental del Código Civil Argentino".

Comentando el artículo 444, sobre actos ilícitos, señala Freitas que los actos ilícitos pueden ser acciones cuando se hace lo que la ley prohíbe; omisiones cuando no se hace lo que la ley manda. Los actos ilícitos siempre son acciones u omisiones prohibidas. Explica Freitas que la prohibición de la ley es calidad esencial.

El artículo 144 establecía lo siguiente:

"Son actos ilícitos las acciones ú omisiones voluntarias simultáneamente prohibidas por las leyes de este Código y por las del Código Penal ó por otras leyes penales del Imperio, ó tan sólo prohibidas por las leyes de este Código".

La licitud también está en Freitas vinculada a moralidad. El artículo 558 amplía los alcances del artículo 144 cuando señala:

"Serán habidos como ilícitos é inmorales:

1º Los que fueren acciones ú omisiones prohibidas (artículo 444), ó contrarias al orden público y á las buenas costumbres.

2º Los que tuvieren por causa acciones ú omisiones prohibidas (artículo 444), contrarias al orden público y á las buenas costumbres, como la ocultación de crímenes y actos reprobados, ó la recompensa de los mismos.

3º Los que se opusieren en cualquier forma á la libertad de

conciencia, de expresión ó de acción, ó fueren ofensivos al honor".

En este artículo la referencia al orden público y a las buenas costumbres es ya expresa. Supera en abstracción al Código Napoleón y a la correspondiente tradición, pues ya no sólo son las convenciones o los contratos los que no deben transgredir las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, sino todas las acciones u omisiones con trascendencia jurídica.

Desde otro punto de vista, puede también decirse que la moral es incorporada de modo más resuelto en el Proyecto de Freitas que en el de Napoleón. El segundo prohibía que las convenciones transgredan **las leyes** positivas que interesan a las buenas costumbres, mientras que Freitas apunta directamente a las leyes propias de la moral cuando dice: "Serán habidos como... inmorales... los que fueren acciones u omisiones... contrarias... a las buenas costumbres".

En el texto de Freitas también queda subsumido el precepto contenido en el Código Civil peruano y aquel otro contenido en el Código de Andrés Bello, sobre renuncia de derechos, en tanto que la renuncia siempre es una acción u omisión con trascendencia jurídica.

Freitas proponía sancionar con nulidad a los actos ilícitos e inmorales. El artículo 559 señala:

"Los actos jurídicos que tuviesen por objeto hechos imposibles ó ilícitos é inmorales son nulos, como si no tuviesen objeto alguno".

4. El código civil de Argentina (1869).- El artículo 21 del Título Preliminar del Código Civil de Vélez Sarsfield sigue al Código francés cuando establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Corrige al modelo en cuanto no utiliza la impropia expresión "derogar", sino que la sustituye por "dejar sin efecto".

El artículo 5 parece ser original y tomado de una Memoria de Duvergier en la Revista de la Legislación, año 1845, según señala el mismo Vélez Sarsfield en sus notas. Se establece en el texto legal que: "Ninguna

persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

El artículo 19 del Título Preliminar, sobre renuncia de leyes y derechos, es básicamente el artículo 12 del Título Preliminar del Código chileno, precedido por el primer enunciado del artículo 8 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay: "La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno". El Código uruguayo decía "no surtirá efecto" en lugar de "no produce efecto alguno".

El artículo 19 del Código Vélez Sarsfield, en su segunda parte, es casi copia textual, como hemos visto, del artículo 12 del Título Preliminar del Código chileno que eligió fórmula similar a la peruana dejando de lado el enunciado francés. Pero en este caso, como en el caso colombiano, se recogió también la fórmula francesa en el artículo 21.

Acerca del artículo 19, Veléz Sarsfield anota que se inspira, asimismo, en el artículo 937 del Código de Austria (ABGB) de 1811 y el artículo 193 del Código para los Estados Prusianos (ALR) de 1794.

El artículo 18, sobre la invalidez de los actos prohibidos, es tomado casi a la letra del artículo 10 del Título Preliminar del Código de Andrés Bello. Dice Vélez Sarsfield en sus notas que igual artículo fue propuesto para el Code y no fue admitido.

El artículo 17 contiene dos enunciados. El primero repite mejorando en algo el artículo 9 del Título Preliminar del Código uruguayo. Señala el Código argentino que: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo ó en parte, sino por otras leyes".

El segundo enunciado del artículo 17 parece inspirarse en el artículo 2 del Título Preliminar del Código de Andrés Bello. Contrastemos ambos artículos:

Código Civil de Chile:

Artículo 2: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

Código Civil Argentino:

Artículo 17: "... El uso, la costumbre ó práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren á ellos".

El Código argentino, al igual que el chileno, carece de una fórmula formalmente prohibitiva sobre la abrogación tácita de la ley por la costumbre o el desuso, pero es claro que ambos códigos sólo reconocen la derogación por medio de otra ley.

5. El código civil de Honduras (1898).- El artículo 5 del Título Preliminar del Código de Honduras, sobre derogación de leyes y sobre el desuso y la costumbre, fue tomado directamente del artículo 9 del Título Preliminar del Código uruguayo.

El artículo 6 sí es original cuando establece que los tribunales pueden aplicar la costumbre, antes que los principios generales del derecho, cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido.

En materia de Derecho Internacional Privado, el Código de Honduras también hace prevalecer al orden público y a las buenas costumbres, sobre toda ley, sentencia, disposición o convención acordada en país extranjero.

Capítulo II

LA MUTABILIDAD HISTÓRICA DEL “ORDEN PÚBLICO” Y AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

A) El Orden Público y el Tiempo

Cuando nos referimos al tiempo en relación al orden público, evocamos un aspecto del ser humano en sociedad. El ser humano en sociedad está orientado hacia el futuro y en esta experiencia da una orientación al mundo. Observa la realidad con una perspectiva y con una expectativa de acción.

El tiempo humano está vinculado a las aspiraciones del hombre y es el transcurrir en el cual una sociedad construye su proyecto.

Es siempre un tiempo social en el cual se dialoga y se intercambia.

Una sociedad conserva su pasado no como un archivo muerto, sino como un cúmulo de experiencias vividas que sostienen su presente.

El presente de una sociedad reinterpreta el pasado en función de una anticipación del futuro que espera.

La historia, la cultura, lo social, son interpretación colectiva y una realidad que nos envuelve. Nacemos en un tiempo, una época, rodeados de características propias y de instituciones y normas recibidas de los que nos han precedido. Entramos en contacto con una herencia cultural y un patrimonio común. Se nos da a conocer las experiencias de nuestros

antecesores sobre el orden público que construyeron para orientarse hacia sus aspiraciones colectivas.

Pero no somos receptores pasivos. Cada presente social es una posibilidad de no conformarnos, de comenzar de nuevo, de renovarse, de reorientar el rumbo, de dar un futuro al pasado, de optar por un modo de convivencia digno de ser vivido.

El presente es distinto para cada sociedad, ya que la historia de cada sociedad es distinta. Las secuencias de la historia y sentidos a los que se orientan las diversas sociedades son diferentes, pero es en nuestro presente que nos comprometemos y construimos nuestra propia identidad. Las sociedades no existen para decaer, sino para renovarse.

El orden público es una realidad humana que comparte la temporalidad del ser humano en sociedad. El orden público y las costumbres calificadas de “buenas” obedecen a una historia concreta de relaciones políticas-económicas-sociales en la que se ha ido gestando una cultura y pueden ser reorientados en el presente según las aspiraciones de cada sociedad. Nuestro orden público no es inmutable, como tampoco lo es la moral social (buenas costumbres). Es histórico y a la vez un medio para que nuestra sociedad se reinvente a sí misma.

Sobre la historia del orden público atestiguan como retratos de antepasados y piezas de anticuarios la distinción entre personas privilegiadas o no privilegiadas, nobles o plebeyas, bienes feudales y no feudales, bienes sirvientes y bienes libres,⁶³ las figuras jurídicas del mayorazgo, la dote, la distinción entre dominio útil y dominio directo, los censos, la enfiteusis, y más recientemente las disposiciones sobre inquilinato.

En las áreas de los Derechos de las Personas y de Familia, la esclavitud permaneció en el Perú hasta después de promulgado el Código Civil de 1852, y los rezagos de la familia patriarcal romana limitaron legalmente hasta el siglo XX las facultades de la mujer y los derechos de los hijos.

El artículo 111 del Código Civil de 1852 definía la manumisión como “...el acto por el cual el Señor del esclavo le concede la libertad”. Aún cuando se

⁶³ Vid. Portalis, op. cit., p. 91.

hiciera libre debía a quien le dio libertad alimentos en caso de necesidad si el liberto tenía medios de prestarlos, y asistencia en su vejez y enfermedades.

Portalís justificaba la autoridad marital en su Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil francés, del siguiente modo:

“La autoridad marital se funda en la necesidad de dar, en una sociedad de dos individuos, la voz preponderante a uno de los asociados, y en la preeminencia del sexo al que se atribuye esta preferencia”.⁶⁴

Portalís sostenía, con sensibilidad muy distinta a la actual, que los hijos naturales no debían ser tratados igual que los legítimos y añadía que:

“...va contra el orden de las cosas, que el derecho de heredar, que en todas las naciones civilizadas se considera, no como un derecho público, sino como un derecho relativo a la familia, pueda competir a seres que, sin duda, son miembros del Estado, pero a quienes la ley, que determina el matrimonio, no puede reconocer como miembros de ninguna familia. Sólo hay que garantizarles, en una medida equitativa, la asistencia que para ellos solicita la humanidad...”.⁶⁵

El mismo autor narra que antiguamente los diversos pueblos se comunicaban poco entre sí y que -al decir de Montesquieu- los hombres pensaban que los extranjeros no estaban unidos a ellos por ninguna conexión de Derecho civil, y que no les debían, por un lado, ninguna clase de justicia, ni por otro, ninguna clase de piedad. Sin embargo, al desarrollarse el comercio, esto les habría curado de prejuicios bárbaros y destructores y se ha comprendido que, si, como ciudadano, no se puede pertenecer más que a una sociedad particular, se pertenece, como hombre, a la sociedad general del género humano.⁶⁶

SPOTA, por su parte, advierte que cuando el legislador desconoce a la costumbre “*contra legem*”, entonces la costumbre “...se abre paso, a pesar de la ley, más allá de ésta y hasta desconociéndola”.⁶⁷ Cuando el desuso

⁶⁴ Ibid., p. 60.

⁶⁵ Ibid., p. 109-112.

⁶⁶ Ibid., p. 89-90

⁶⁷ Alberto G. Spota, Tratado de Derecho Civil, Tomo I. Parte General. Vol. 1 (Buenos Aires,

de la norma persiste por la obsolescencia de ésta, cuando la práctica contraria a la ley resulta acorde con el sentimiento colectivo, cuando la racionalidad que motivó su dación se extinguió, cuando el legislador no reacciona frente a la negativa –inclusive judicial- de hacerla cumplir, entonces es que la costumbre de algún modo está constituyéndose en fuente de derechos, pudiendo inclusive erosionar lentamente el carácter de *orden público* de ciertas normas.

El mismo autor destaca que constituye una actitud ingenua creer que el legislador puede prohibir la formación de una costumbre que se forme inclusive contra la ley misma. Señala que de hecho los tribunales deforman el texto legal cuando encuentran estéril revivir lo que ya está muerto. Cuando la norma legal cae en desuso y la costumbre es contraria a ella, dice Spota que las decisiones judiciales que se ciñan a esta última “...no constituyen abuso de poder”. El autor argentino prefiere reconocer expresamente la realidad, recordando las palabras de Cruel cuando observaba que si bien es verdad que el desuso aniquila las leyes, es preferible no decirlo. Y así constata que se está frente al drama eterno entre ley y derecho, y que no cabe sino entender que no sólo la ley es fuente del derecho, sino también la costumbre y particularmente aquella que surge de las decisiones judiciales y de la doctrina creadoras.⁶⁸

Factores de cambio económicos, sociales y filosóficos impulsan la mutabilidad histórica del orden público y de la moral social, como ha sucedido en el Perú, por ejemplo, con la abolición de la esclavitud, la igualdad entre los cónyuges, la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la determinación de la mayoría de edad, el control de la natalidad y la fecundación asistida, y con frecuencia esos cambios implican una ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad.

Como se verá ampliamente en el Capítulo IV de este trabajo, el núcleo del problema de las relaciones jurídicas de la persona en sociedad está en lo que podemos llamar “encauzar” el orden público por los caminos de la equidad que nos aproxima a la justicia, y de la eficiencia en la utilización racional de los recursos escasos.

Depalma, 1947), p. 411.

⁶⁸ Alberto G. Spota, Op. cit., pp. 414-416.

Todavía subsisten en el sistema familiar peruano, por ejemplo, disposiciones de orden público que podrían subordinarse mejor a los principios y presupuestos de sociedades equitativas y eficientes.

B) La Mujer Casada en el Ámbito Patrimonial a Través del Tiempo

La mutabilidad histórica del orden público y la consiguiente ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad puede ilustrarse considerando lo ocurrido con los derechos de la mujer casada en el ámbito patrimonial.

Hasta época relativamente reciente la mujer casada se ha visto marginada en la legislación civil con limitaciones sobre todo patrimoniales que le venían de preceptos de orden público de muy antigua raíz histórica.

Según una fuerte herencia romanista, conforme a los artículos 175 y 176 del Código Civil de 1852 la mujer debía obedecer al marido y seguirlo donde el tuviese por conveniente residir. La mujer casada se encontraba bajo la potestad de su marido, no pudiendo ejercer por sí misma sus derechos civiles salvo que fuera para testar o suceder hereditariamente (artículos 28, 29 y 183). Asimismo, los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos estaban sujetos a la potestad del padre, y sólo en defecto de ésta al de la madre (artículo 285). La mujer no tenía capacidad para presentarse en juicio sin autorización de su marido, salvo en causa criminal contra ella (artículo 179); ni capacidad para dar, enajenar, hipotecar ni adquirir a título gratuito u oneroso, sin intervención del marido, o sin su consentimiento por escrito (artículo 182). El marido era el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, los comunes y los propios de cada uno (artículo 180). Sin embargo, el marido no podía enajenar, hipotecar, ni empeñar los bienes dotales que llevó la mujer al matrimonio para sostener las cargas familiares, sin consentimiento expreso de la mujer (artículos 979 y 1008). De la administración del marido quedaban exceptuados los bienes parafernales, que eran los que llevaba la mujer al matrimonio, sin estar comprendidos en la dote (artículos 181 y 1033), pero ella quedaba impedida de enajenarlos, hipotecarlos y de comparecer en juicio como demandada por razón de ellos, sin consentimiento del marido o -en defecto de dicho consentimiento- sin autorización judicial (artículo 1038).

El Código Civil de 1936, que rigió la vida civil hasta que entró en vigencia el Código Civil de 1984, daba al marido la función directora de la sociedad conyugal (artículo 161). El marido era el representante de la sociedad conyugal (artículo 168). El representante del hijo y el administrador de sus bienes era el padre y no la madre (artículo 392). La mujer podía representar a la sociedad conyugal para las necesidades ordinarias del hogar, pero el juez podía privar o limitar su representación a instancia del marido cuando ella abusaba de ese derecho o era incapaz de ejercerlo (artículos 169 y 170).

El marido era el administrador de los bienes comunes y podía, además, disponer de dichos bienes a título oneroso, aunque desde 1969⁶⁹ requirió la intervención de la mujer cuando se trataba de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso (artículo 188). El marido administraba también los bienes dotales cuando el dotante no hubiese establecido que sean administrados por la mujer (artículo 228), pero no podía enajenar ni gravar los inmuebles sino con licencia judicial y los muebles no fungibles sin consentimiento expreso de la mujer (artículos 231 y 232).

Al marido le competía también fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía (artículo 162); aunque la mujer no quedaba obligada a aceptar la decisión del marido cuando ésta constituía un abuso de su derecho (artículo 163).

La mujer debía llevar necesariamente el apellido del marido, agregado al suyo, como signo de su subordinación, y conservarlo mientras no contrajera nuevo matrimonio (artículo 171).

Para ejercer cualquier profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común, la mujer requería consentimiento expreso o tácito del marido, o consentimiento del juez cuando el marido negaba su consentimiento y siempre que la mujer probase que la medida estaba justificada por el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia (artículo 173).

El artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1979 consagró la igualdad del varón y la mujer ante la ley, sin discriminación alguna, lo que hubo de tener

⁶⁹ Modificación del artículo 188 del Código Civil de 1936, en virtud del Decreto Ley 17838 de 30 de setiembre de 1969.

efectos en la regulación civil de la familia y específicamente en la condición de la mujer casada en el ámbito patrimonial, aunque ello no haya significado la eliminación real de la discriminación de la mujer y sobre todo de la mujer pobre.

En efecto, el Código de 1984 consagró el gobierno conjunto del hogar y de la economía familiar, compitiéndoles igualmente a ambos cónyuges fijar y mudar el domicilio conyugal (artículo 290). Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad conyugal es representada legalmente indistintamente por cualquiera de los cónyuges, y conjuntamente por ambos para los demás actos. Empero, si cualquiera de los cónyuges abusa de su representación, ésta puede limitársele judicialmente (artículo 292). Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro; o sin asentimiento pero con autorización judicial si lo justifica el interés de la familia (artículo 293). La mujer tiene el derecho, mas no el deber, de llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo, mientras no contraiga nuevo matrimonio o en caso de divorcio o nulidad de matrimonio (artículo 24).

La evolución patrimonial de la mujer casada ha significado un largo recorrido histórico y resulta esclarecedor remontarnos a lo que ocurrió al respecto en la Roma de Justiniano, buscando así sus más antiguas raíces.

1. Régimen patrimonial y capacidad de la “*filia familias*”.- El orden jurídico familiar justiniano fue el resultado de una larga evolución caracterizada por el debilitamiento progresivo de un régimen de vida fundamentalmente patriarcal y jerarquizado.

La familia en Roma era una comunidad de parentesco por línea masculina, cohesionada por los vínculos de poder: la “*potestas*” del “*paterfamilias*”, el varón sobreviviente más anciano del cual descendían los demás, y constituida para fines más políticos que domésticos, análoga a un pequeño Estado.

En efecto, en sus orígenes las familias *domus* se subordinaban a las familias *gens*, y éstas a su vez dependían de la autoridad de las supremas instituciones políticas, que no gobernaban directamente sobre los individuos

sino sobre los grupos subalternos. Así, como enseña Bonfante, la familia romana “...se nos revela como nacida para fines de orden y de defensa social, o sea como un organismo político”.⁷⁰

Estas *domus* eran unidades que podemos llamar “político-familiares” y se generaban a la muerte de un *paterfamilias*, cuando cada uno de los hijos varones se convertía por ese hecho en un nuevo *paterfamilias*. Lo que caracterizó al *paterfamilias* no fue su paternidad sino su poder, pues se podía ser *paterfamilias* aún no teniendo hijos.⁷¹

“...Son padres de familia, los que son de su propia potestad, ya púberes, ya impúberes; del mismo modo las madres de familia. Son hijos e hijas de familia, los que están en ajena potestad. Porque el que nace de mí y de mi esposa, está en mi potestad; también el que nace de mi hijo y de su esposa, esto es, mi nieto y nieta, están igualmente en mi potestad; y biznieto y biznieta, y sucesivamente los demás” (D.1.6.4).

A esta unidad los más se agregaban por nacimiento (*ad-gnatio*) y otros por adopción (*ad-optio*) o por adrogación (*ad-rognatio*). El mero vínculo de sangre o cognación (*co-gnatio*), que se formaba por descendencia masculina y femenina, no producía en las primeras épocas ningún vínculo jurídico. Agnación era, pues, el vínculo jurídico que unía a los parientes que se encuentran en la *domus* bajo la *potestas* del mismo *paterfamilias*, o que se encontrarían si aquél no hubiese fallecido. Señala Declareuil que el parentesco civil era exclusivamente agnaticio: “Eran parientes, según el derecho civil, los descendientes por línea masculina de un mismo antepasado”.⁷²

El *paterfamilias* era en la familia el único “de su propio derecho” (*sui iuris*) sin que importase su edad ni si había o no generado prole. Sobre las personas y bienes de su *domus* tenía más que un derecho, un poder (*potestas*), al que en sus orígenes se llamó de modo genérico *manus*. Rizzi afirma que aunque con el andar del tiempo gradualmente esta facultad se

⁷⁰ Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*. (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1965), pp. 143-144.

⁷¹ Vid. J. Declareuil, *Roma y la Organización del Derecho*. (México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1958), p. 72.; y Lizardo Alzamora, *Derecho Romano* (Lima, U.N.M.S.M., 1946), p. 373.

⁷² *Ibid.*, p. 70

fue atenuando, los poderes del jefe fueron inclusive hasta el derecho justiniano los que dieron la base a la organización familiar.⁷³ Esta organización agnática fue propia de los romanos y quizá por ello en las Instituciones de Justiniano se expresa que:

“El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos” (I.1.9.3).

Dependían del *paterfamilias*, único *sui iuris*, sus descendientes varones de matrimonio válido con *conubium*, o la capacidad de celebrar un matrimonio del derecho quirritario (civil) romano,⁷⁴ las hijas solteras y las hijas de sus hijos, a veces su mujer –como veremos más adelante- cuando estaba casada *cum manu* (es decir, con *conventio in manu*) y ocupaba en consecuencia el lugar de una hija, y también los esclavos, los siervos y los vendidos “*in mancipio*” al *paterfamilias* por otro *paterfamilias*. Todos eran *alieni iuris*. Con la muerte del *paterfamilias*, tanto sus hijos como sus hijas se convertían en *sui iuris*, pero sólo los hombres pasaban a ser *paterfamilias* de sus respectivas nuevas *domus*.

Sobre el patrimonio de la familia sólo el *paterfamilias* tenía poder de disposición. Mientras él vivía el hijo no tenía potestad ni sobre sus propios hijos (nietos del *paterfamilias*), salvo los que tuviere después de su emancipación. Lo adquirido por los *filiifamilias* –bienes y créditos- le pertenecía al *paterfamilias*. Las Instituciones de Justiniano nos refieren que:

“En otro tiempo, los hijos del uno o del otro sexo hacían adquirir al jefe de familia, bajo cuya potestad se hallaban, todo lo que ellos adquirían (exceptuándose sin embargo los peculios castrenses): de tal manera, que lo que el jefe de familia había adquirido de este modo por uno de sus hijos, era dueño de hacer donación de ello, de venderlo, o de transferirlo bajo cualquier forma a otro de sus hijos o a un extraño” (I.2.9.1).

Volterra refiere que algunos romanistas suponen que originariamente al morir el *paterfamilias* todo el grupo familiar pasaba a depender de quien le

⁷³ Miguel Angel Rizzi, Tratado de Derecho Privado Romano. (Buenos Aires, Editorial Arístides Quillet, 1936), p. 86.

⁷⁴ G.I.58. y ss

sucedía en la *patria potestas*, a modo de una monarquía. Presume el autor que en época arcaica al escindirse el grupo quizá las mujeres no pasaban a ser *sui iuris* sino que quedaban bajo la potestad de algún agnado y, a falta de éstos, de la *gens*, o bien otra persona designada por el *paterfamilias* en su testamento.⁷⁵ Por la índole patriarcal de la familia agnaticia las mujeres no podían llegar a tener *patria potestas*: o dependían de su familia de origen o pasaban a depender de la familia del marido.⁷⁶

Sólo al debilitarse los vínculos agnaticios y gentilicios se habría admitido que las mujeres sin ascendientes o las emancipadas pasaran a ser *sui iuris* a la muerte de su *pater*, pero bajo tutela legítima y testamentaria, puesto que de lo contrario quedaban en una situación aislada. Debido a que en aquella etapa histórica frecuentemente cambiaban de *domus* con el marido, no llevaban en sus nombres indicación de su familia agnaticia de origen sino que se designaban solamente por el nombre de la *gens* a la que pertenecían: Cornelia, Julia, Claudia, etc.⁷⁷

La fuerte estructura agnaticia evolucionó a partir de la República con su Derecho honorario y con mayor fuerza en la época Imperial dejando un lugar cada vez más importante al parentesco de la sangre o *cognatio*. Las Novelas de Justiniano dieron importantes pasos en este sentido. Poco a poco se fueron desmoronando el sistema patriarcal y los fuertes lazos de la *potestas* paterna. Kaser lo atribuye al tránsito de la economía agraria a las formas económicas nuevas creadas por el comercio y el uso del dinero, además del influjo cultural griego y cristiano.⁷⁸

El Derecho sucesorio de las Novelas 118 y 127 de Justiniano borró los restos del parentesco agnaticio haciendo de la *cognatio* algo natural.

Líneas arriba en este mismo acápite hemos referido cómo en el Derecho arcaico sólo el *paterfamilias* podía disponer del patrimonio familiar, y que por esta razón todo lo adquirido por el hijo revertía en el patrimonio paterno. La situación de la *filia familias* fue incluso en la época clásica más limitada que la del hijo. La hija de familia y la mujer casada con “*conventio in manu*”,

⁷⁵ Eduardo Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Madrid, Editorial Civitas, 1988), p. 109.

⁷⁶ Vid. Max Kaser, *Derecho Romano Privado* (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1968), p. 74.

⁷⁷ Vid. Alvarez-Correa, *Curso de Derecho Romano* (Bogotá, Editorial Pluma, 1980), p. 235.

⁷⁸ Max Kaser, *Op. cit.*, p. 69.

considerada como hija de su marido, fueron incapaces de obligarse civilmente hasta fines del siglo IV, aunque siempre adquirieron para el patrimonio familiar, y además obligaban al *paterfamilias* por los delitos que cometían. El Digesto nos revela, en cita de Papiniano, el modo de considerar a las mujeres que se tenía:

“En muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las hembras, que la de los varones” (D.1.5.9).

En la República era generalizada la costumbre de que el padre diese a los hijos (como también al esclavo) cierto pequeño patrimonio o les permitiese conservar el fruto de su trabajo personal en calidad de “*peculio*”. Los hijos tenían capacidad de hecho sobre este *peculio* denominado “*profecticio*” (proveniente del *pater*) y podían por tanto disponer de él y de su renta, aunque los menores de edad y las mujeres requerían de la autorización de su tutor o curador. Sin embargo, no podían donarlo ni disponer de él *mortis causa*. El *peculio* continuaba siendo propiedad del padre y el poder derivado de los hijos sobre éste podía ser revocado (*ademptio peculii*). Los hijos respondían frente al *paterfamilias* por la buena administración de esta porción del patrimonio familiar.

Este instituto del *peculio* fue el origen de grandes cambios en la capacidad patrimonial de los hijos, que en la época posclásica llegaría a ser reconocida con mayor amplitud. Si bien los bienes *peculiares* seguían siendo del padre, el *peculio* dio independencia económica y social a quien lo recibió. La costumbre llegó a ver con desaprobación que el *peculio* fuese revocado sin fundamento sólido.

La capacidad patrimonial activa del hijo varón tuvo su origen durante el Imperio en la creación de los *peculios castrenses* concedidos a los militares. Los juristas decían que respecto de estos bienes el hijo era considerado un *paterfamilias*.⁷⁹ A éstos vinieron a añadirse los *peculios cuasi-castrenses* (por desempeño de cargos públicos, ejercicio de la abogacía o concesiones imperiales). Estos bienes ingresaron al patrimonio personal del hijo y no al del *paterfamilias*. Esta autonomía se generalizó cuando se dispuso que

⁷⁹ Vid. Eduardo Volterra, Op. cit., p. 105.

todo bien no proveniente del padre –*bona adventitia*– fuese de propiedad del hijo, dándole al padre sólo la administración y el usufructo. Empero, el hijo no podía transferirlos *mortis causa* ya que a su muerte iban al padre *iure peculii*, hasta la época de Justiniano que dispuso que los bienes pasasen a los herederos legítimos. Paralelamente al régimen de los *bona adventitia* y a la prevalencia de los vínculos cognaticios, la situación de la hija soltera fue asimilándose a la del hijo.

El derecho clásico concedió capacidad patrimonial activa sólo al hijo varón facultándolo a obligarse o adquirir en nombre propio. El *paterfamilias* no quedaba, sin embargo, responsable por los actos de sus hijos aunque a él perteneciese lo adquirido por éstos. Al hijo se le podía condenar al pago de sus deudas pero la ejecución de tal medida en el patrimonio sólo era permitida al salir el hijo de la *potestas* paterna. La jurisprudencia admitió que el jefe de familia tuviese responsabilidad por las deudas del hijo de familia hasta donde alcanzase el peculio del hijo, concediéndose una *actio de peculio* de los acreedores contra el *paterfamilias*. Si el hijo era púber, el *pater* respondía por el total.

La mujer *sui iuris* no tenía capacidad de ejercicio en virtud de la condición de su sexo en los tiempos en que hubo de actuar con la *auctoritas* de su tutor para participar en los negocios jurídicos de *iure civile*. Alvarez-Correa indica que ella misma administraba sus bienes, enajenaba bienes *nec mancipi* (no mancipables, transferidos por la entrega, sin necesidad de un período de uso o *usucapio*), litigaba en juicios de menor importancia y nombraba un procurador que la representase.⁸⁰ Los negocios de *iuris praetorii* y *iuris gentium*, que llegaron a tener mayor importancia que los de *iure civile*, no requerían de autorización del tutor.

Justiniano concedió al hijo la propiedad de todo lo que adquiriese, reservando para el padre el usufructo legal sobre los peculios castrense y cuasicastrense, aunque respecto del peculio profecticio seguían rigiendo los antiguos principios del *ius civile* que daban la propiedad al *paterfamilias*. Las Instituciones de Justiniano señalan que:

“...respecto de las adquisiciones que el hijo de familia haga por

⁸⁰ Alvarez-Correa, Op. cit., p. 259.

cualquier otra causa, sólo adquirirá el padre el usufructo, y la propiedad será del hijo, a fin de que este último no tenga el dolor de ver pasar a otras manos el producto de su trabajo o de su fortuna” (I.2.9.1).

Ocurría en épocas de Justiniano que a veces ni siquiera el derecho de administración y usufructo era concedido al padre. Ello sucedía, por ejemplo, cuando se le concedía al hijo un legado o una donación con exclusión del goce del padre; cuando el hijo adquiría una herencia contra la voluntad del padre; y cuando el padre padecía de imposibilidad legal para adquirir. A estos casos se les denominaba *peculium adventitium irregulare*.

En síntesis, como dice Alvarez-Correa: “En el Bajo Imperio las capacidades de hecho del hijo se convirtieron en verdaderos derechos, que disminuyeron la patria potestad del padre”, y García Garrido añade que la evolución histórica sobre la capacidad de la *filia familias* puede decirse que fue más lenta que la del *filius* y se operó sobre todo en el campo de la dote, pero que llegó a su término en la última etapa en que la capacidad del hijo se reconoció plenamente.⁸¹ Además, en Derecho justiniano la hija es tan capaz como el hijo, con las mismas facultades de disposición sobre sus propios bienes e igual capacidad para obligarse en nombre propio.

Demos una mirada a la capacidad procesal de la *filia familias*. Los que estaban bajo la autoridad del *paterfamilias* carecían de capacidad procesal puesto que era el jefe de la *domus* el que representaba los intereses familiares. Sin embargo el *paterfamilias* no siempre respondió frente a terceros por los actos de sus hijos. El Derecho honorario creó la acción *adjectitia* para que responda de los actos de los *filiifamilias* si el padre había autorizado a emprender el negocio o empresa del que se tratase.

En el proceso civil de la *legis actiones* no podían ser parte los hijos de familia; pero en el proceso formulario participaban los hijos varones excluyéndose a las hijas mujeres. Sin embargo, como ya vimos, los hijos actuaban como un *paterfamilias* cuando ejercían las acciones para proteger sus peculios castrense, cuasi-castrense y los *bona adventitia*.

Dice Declareuil que en caso de ausencia o impedimento del *paterfamilias*

⁸¹ Ibid., p. 252, y Manuel J. García Garrido, El Patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil I – La Tradición Romanística (Barcelona, Ceac, 1982), p. 12.

el hijo podía ejercer las acciones de comodato y el interdicto *quod vi aut clam*, si había sido víctima de un despojo violento.⁸² Pero siempre se actuaba en defensa del patrimonio común por ser el padre el titular de las acciones.

Añade el mismo autor que el hijo nunca pudo ejercer una acción real, pues no podía ser proclamado titular del derecho sancionado según esas acciones.⁸³

Los acreedores del hijo debían esperar a que éste se hiciera *sui iuris*.

La mujer *sui iuris* administraba su propio patrimonio, pero cuando estuvo sujeta a tutela no podía intentar las *legis actio* o las *legitimum iudicium* sin la *auctoritas* del tutor.⁸⁴ Sí podía enajenar bienes *nec mancipi* y litigar en juicios de menos importancia (los *iudicia imperio continentia* y el procedimiento *extra ordinem*), pudiendo nombrar un procurador en su representación, señalando García Garrido que en materia de dote la hija fue siendo considerada partícipe y cuasi socia del padre e incluso se le permitió ejercitar la *actio rei uxoriae* en casos especiales.⁸⁵ Hacia el siglo II, en la práctica las mujeres administraban directamente sus asuntos, requiriendo sólo en algunos casos la *auctoritas* del tutor.

La tutela perpetua de las mujeres, inexistente en la época de Justiniano, se originó en el Derecho arcaico según la antigua organización familiar patriarcal. En una familia organizada según la soberanía incondicional del hombre y del parentesco según la línea masculina, se temió que la mujer disipase su herencia paterna o que en virtud de un matrimonio *in manu* transfiriese los bienes a otra *domus*. Por eso, a las mujeres que no estuviesen bajo la potestad de un paterfamilias se les ponía bajo el control de un tutor.

Aquella tutela fue generada por la protección del patrimonio de la familia agnaticia más que por apoyo a la debilidad de la mujer, ya que el tutor podía incluso ser un impúber, un sordo o un mudo.⁸⁶ Así, en un origen, era instituido tutor legal el más próximo heredero de la mujer, interesado en

⁸² J. Declareuil, Op. cit., p. 93.

⁸³ Loc. Cit.

⁸⁴ Vid. Pedro Bonfante, Op. cit., p. 219.

⁸⁵ Vid. Alvarez-Correa, po. Cit., p. 259 y García Garrido, Op. cit., p. 12.

⁸⁶ Vid. Pedro Bonfante, Op. cit. p. 219; y Lizardo Alzadora, Op. cit., p. 164.

neutralizar los actos de ésta que tuviesen consecuencias patrimoniales. En la Ley de las XII Tablas, de 450 a. C., esta tutoría suponía un derecho de disposición de la persona y bienes de la mujer, a cargo de los herederos *ab intestato* de la mujer ingenua (que nació libre y no perdió su libertad).⁸⁷

Sin embargo, también en las XII Tablas se concedió quizá por vez primera que el *paterfamilias* pudiese designar como tutor en su testamento a una persona distinta del heredero. La mujer pasó, así, de la potestad agnaticia a la tutela legítima o testamentaria.

La mujer necesitaba de la *auctoritas* de su tutor para comparecer en juicio, concluir negocios formales, disponer de *res Mancipi* (bienes transferibles mediante la formalidad de la mancipación y con necesidad de un período de uso o *usucapio*) y contraer varias obligaciones que podían comprometer el patrimonio de sus presuntos herederos.

En la República se admitió que el marido confiase a su mujer *in manus* la posibilidad de elegir, al morir él, un tutor –*optio tutoris*– que además pudiese renovar cuantas veces quisiese. Volterra refiere que a veces la mujer se sometía mediante *coemptio* a una persona de su confianza, para que ésta la vendiera a quien ella eligiera, y una vez emancipada por el elegido, éste se convertía en su tutor fiduciario.⁸⁸ Esto se hacía para sustituir al tutor cuando la mujer no estaba autorizada para ello por testamento.

Posteriormente, la *Lex Iulia et Papia Poppaea* en época de Augusto eliminó la tutela de las mujeres ingenuas que fuesen madres de tres hijos y la de las mujeres libertas con cuatro hijos.

Los tutores podían ser constreñidos por los magistrados a dar su *auctoritas* cuando la mujer lo pedía por razones de gravedad.

La *Lex Claudia* eliminó la tutela de los agnados.

Para Gayo la institución en su tiempo repugnaba al derecho natural, pues la creencia según la cual las mujeres, en razón de la ligereza de su espíritu, tienen necesidad de un tutor, “...es una razón más especiosa que verdadera” (1.190). En el Derecho clásico la tutela de las mujeres fue una institución irreal pues en general ellas conducían sus asuntos por sí

⁸⁷ Vid. J. Declareuil, Op. cit., pp. 104-105.

⁸⁸ Eduardo Volterra, Op. cit., p. 607.

mismas.⁸⁹

Constantino abolió esta tutela en el año 321, reconociendo a las mujeres derechos *quale viros*. Es indudable la influencia del cristianismo en la consolidación de la nueva situación de la mujer romana, apresurando – según señala Troplong- el movimiento de elevación de la mujer.⁹⁰

Esta institución no arraigó en Oriente, donde durante el período imperial de Justiniano la *manus* del marido era excepción. La única diferencia entre el hombre y la mujer fue que ésta no podía ser *paterfamilias*. La influencia materna fue apoyada incluso en la época de los Antoninos y de los Severos.⁹¹

Coincidimos con Rizzi cuando señala que la verdadera causa de origen de esta institución de la tutela “...reside en la finalidad de querer conservar los bienes de la mujer en beneficio de los agnados, que le sucederían *ab intestato*, temiendo que, una vez dueña del patrimonio familiar, lo traspasase a otra familia”.⁹²

2. El régimen patrimonial de la *filia familias* casada y de la mujer *in manu*.- ¿Qué era la *manus* marital? Suele confundirse la llamada *conventio in manum* con el matrimonio romano debido a la simultaneidad de los dos actos que los originan. El matrimonio sólo creaba la sociedad conyugal. La *conventio in manum* hacía que la mujer entrase en el grupo agnaticio de su cónyuge, poniéndola bajo la *patria potestas* del jefe del grupo o *paterfamilias*, que podía ser o no ser el mismo cónyuge. En Roma no se conocía un matrimonio *cum manu* y otro *sine manu*, aunque impropriadamente se habló de ese modo posteriormente; sino un matrimonio con o sin *conventio in manum*.

Señala Alzamora que “...la distinción entre matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu* no es romana y puede ser causa de equivocación, llevándonos a creer que hubiese dos especies distintas de matrimonio”.⁹³

⁸⁹ Vid. Michel Villey, *El Derecho Romano* (Buenos Aires, Eudeba, 1966), p. 34

⁹⁰ M. Troplong, *La influencia del cristianismo en el Derecho Civil Romano* (Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947), p. 173.

⁹¹ Miguel Angel Rizzi, *Op. cit.*, p. 145.

⁹² *Ibid.*, p. 144.

⁹³ Lizardo Alzamora, *Op. cit.*, p. 381.

Mediante la *manus* marital la mujer se situaba dentro de la familia agnaticia de su marido. Si el marido era *paterfamilias* ella era tenida en calidad de una hija (*loco filiae*) y hermana de los hijos legítimos de él –o “*neptis loco*” si el marido se encontraba bajo patria potestad-, produciéndose así en ella una *capitis deminutio mínima*, y perdiendo sus lazos agnaticios con la familia de su origen. La mujer que había sido *sui iuris* perdía su capacidad patrimonial, y su patrimonio pasado y futuro pasaba al poder del *paterfamilias*. La mujer *alieni iuris* pasaba al poder de su marido con la *auctoritas* del *paterfamilias*.

Los actos de adquisición o pérdida del poder marital fueron actos fundamentalmente jurídicos, como todos los relativos a los vínculos de poder doméstico-políticos. Se los puede distinguir claramente del hecho del matrimonio mediante el cual se creaba la sociedad conyugal.

La *manus* sobre la mujer venía a ser en buena cuenta parte del poder unitario del *paterfamilias* que comprendía la *patria potestas*, la *potestas maritalis* y la *dominica potestas* sobre los esclavos y los entregados en mancipium al *paterfamilias*.⁹⁴

El matrimonio, en cambio, fue en un comienzo un hecho social, para convertirse luego, con la influencia del cristianismo, en una relación jurídica en la que el consentimiento inicial genera el matrimonio. En la época clásica bastaba una voluntad incondicional y continuada de permanecer en convivencia unidos duraderamente sin plazo definido,⁹⁵ siempre que hubiese *conubium* entre hombre y mujer libres.

La madre se hacía así pariente de sus hijos sólo en la familia agnaticia, pues en el matrimonio *sine manu* sólo resultaban siendo cognados. La *conventio in manu* sujetaba a la mujer a la autoridad de un *paterfamilias* y la unía a la nueva parentela, única verdadera según el antiguo Derecho civil.

La *conventio in manu* adoptó tres formas posibles, que bien consideradas no hacen sino confirmar que fue una institución distinta del matrimonio en sí. Además, las fuentes confirman que estas formas fueron modos de adquisición de la *manus*, y no de celebración de matrimonios.

a) La *confarreatio* fue una ceremonia de carácter religioso y de

⁹⁴ Vid. Juan Iglesias, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. (Barcelona, Editorial Ariel), p. 549.

⁹⁵ Vid. Eduardo Volterra, Op. cit., p. 640.

origen patricio, poco utilizada ya a fines de la República romana. Este tipo de *conventio in manu* podía extinguirse por medio de una ceremonia de efectos contrarios: la *diffarreatio*. El matrimonio podía disolverse mediante el divorcio independientemente de la *conventio*, pues bastaba la voluntad unilateral de uno de los cónyuges y que ésta pudiese constar de cualquier forma de comportamiento que así lo revelase unívocamente, sin que se exigiese ningún tipo de formalidad para ello.⁹⁶

b) *Coemptio* fue según Alvarez-Correa una forma modificada de compra.⁹⁷ Bonfante e Iglesias lo consideran una compra fingida de la mujer en forma de mancipación.⁹⁸ Volterra considera que el instituto de la dote, anexo al del matrimonio y a la *conventio in manu*, mediante el cual se proveía a las cargas de la sociedad doméstica hace pensar que este otro instituto nada tuvo que ver con la compra de la mujer.⁹⁹ Consistía en la *mancipatio* de la mujer mediante la cual ella pasaba a estar bajo la *manus* del marido, aunque permaneciese libre y ciudadana romana. Prueba de que la figura fue independiente del matrimonio estuvo en que según Gayo, a veces se realizaba con aquel que ya estaba unido en matrimonio con la mujer, o con el fin de cambiar de tutor, como ya hemos visto.¹⁰⁰ Además, la revocación de la *coemptio* se hacía a través de la *remancipatio*, mientras que el divorcio no tenía ninguna formalidad, como ya se ha expuesto.

c) El *usus* fue la adquisición de la *manus* por usucapión, que según Declareuil debió originarse históricamente en el rapto de las mujeres.¹⁰¹ Al terminar un año de cohabitación en casa del hombre el marido adquiría la *potestas maritalis* sobre la mujer. Esta institución ya había desaparecido en el siglo II. A pesar de ya existir matrimonio entre los cónyuges, la *manus* recién se adquiría al año de convivencia. Inclusive podía evitarse la *manus* si la mujer interrumpía el plazo alejándose de la casa marital por tres noches al año (*trinoctium*).

Alvarez-Correa enseña que la *coemptio* y el *usus* evolucionaron de una

⁹⁶ Loc. cit.

⁹⁷ Alvarez-Correa, Op. cit., p. 236-237.

⁹⁸ Pedro Bonfante, Op. cit., p. 154, e Iglesias, Op. cit., p. 557.

⁹⁹ Eduardo Volterra, Op. cit., p. 636.

¹⁰⁰ Ibid., p. 108-109.

¹⁰¹ J. Declareuil, Op. cit., p. 76.

misma institución semejante a la mancipación, que en tiempos remotos requería tanto de una ceremonia formal como de un “uso” por un período determinado por parte del “adquirente”. La mancipación y la *coemptio* habrían evolucionado paralelamente hasta que el elemento del uso se separó de éstas convirtiéndose en un modo alternativo de adquirir de un lado el poder sobre las cosas y de otro el poder sobre la cónyuge asimilándola a la familia del marido.¹⁰²

Los romanos también llegaron a reconocer el matrimonio de los extranjeros con romanos sin que estos tuviesen que cambiar su status romano. Estos matrimonios no iban acompañados de *conventio in manu*, lo que demuestra, una vez más, que ambos institutos eran diferentes.¹⁰³

En el Derecho justiniano la *manus* ya había desaparecido, así como el *mancipium*. Subsistían en cambio la patria potestad sobre los hijos e hijas y la *dominica potestas* sobre los esclavos.

Detengámonos ahora en la institución del peculio, que también ilustra la situación de la mujer casada en el ámbito patrimonial. Hemos visto ya al tratar sobre la capacidad patrimonial de la hija de familia, cómo la institución del peculio fue abriendo el paso a capacidades mayores para los hijos de familia, sobre todo en el caso de los varones respecto de sus peculios castrense y cuasicastrense.

Es claro que en el caso de la *filia familias* casada *sine manu*, es decir, aquella que era integrante de la familia de su padre y no de la del marido, se daba para ella el derecho a administrar un peculio profecticio del mismo modo que sus hermanos varones, aunque no hubiese lugar a peculios castrense y cuasicastrense por no poder desempeñar ella cargos militares o públicos. Gozaba además de las mismas facultades respecto de los *bona adventicia*. Sin embargo, al convertirse en *sui iuris*, su situación difirió a la de los varones sólo en la época anterior a la desaparición de la *tutela mulieris*.

En el caso de la hija casada sujeta a patria potestad era muy importante distinguir su peculio de la dote y de los bienes del marido, pues el marido no tenía facultades patrimoniales sobre el peculio de la *filia familias* casada,

¹⁰² Alvarez-Correa, Op. cit., p. 237.

¹⁰³ Vid. Eduardo Volterra, Op. cit., p. 638.

pero sí sobre la dote.

Con Justiniano la regulación del peculio se constriñe a lo que se recibe directamente del padre tanto para los hijos varones como para las hijas mujeres.

Al extinguirse la patria potestad sobre la hija que pasaba a la familia agnaticia de su marido mediante un matrimonio *cum manu*, no cabe seguir hablando propiamente de la existencia de peculio. Dice García Garrido que el peculio sólo existe mientras la mujer está sometida a potestad.¹⁰⁴ Estos bienes de la hija cuando provenían del padre se convirtieron en bienes propios (por donación) o extradotales (parafernales).

Sin embargo, suponemos que debe aplicarse a la *uxor in manu* los principios de la *filia familias* ya que no hay que olvidar que ella estaba *loco filiae* respecto de su marido *paterfamilias*. García Garrido supone que la falta de referencias directas a este peculio puede deberse a la temprana desaparición de la *conventio in manu* y a que este peculio tenía mayor importancia tratándose de la hija de familia ya que la *materfamilias* se dedicaba a la dirección de los asuntos domésticos.¹⁰⁵

¿Y cuál era la función de la dote? El matrimonio en Roma no creaba una comunidad de bienes. Antes bien, generaba algunos problemas que la institución de la dote vino a resolver con cierta eficiencia. Es posible que en la época arcaica los agnados de origen de la cónyuge tuviesen que compensar a la familia agnaticia del marido por los gastos que pudiera representar el paso de la mujer de una familia a otra. Es posible también que hubiese que resolver el problema de la falta de recursos económicos de los recién casados, como también compensar a la hija por la pérdida de los derechos hereditarios. Finalmente, la institución proporcionó un respaldo a la mujer en caso de disolución del vínculo conyugal. Inclusive llegó a constituir una prueba de que la convivencia era un matrimonio y no un concubinato.

La dote era una contribución patrimonial que hacía la mujer, o alguien en su nombre (el titular de la potestad sobre ella o un tercero), para el sostenimiento del matrimonio; un conjunto de bienes patrimoniales

¹⁰⁴ Manuel J. García Garrido, Op. cit., p. 22.

¹⁰⁵ Ibid., p. 26.

entregados (*dotis datio*) o prometidos al marido (*dotis promissio*) con ocasión del matrimonio.

Fue como el cumplimiento del último deber paterno para asegurar el sostenimiento de la hija o como el liquidarle anteladamente sus derechos hereditarios.¹⁰⁶

En un período arcaico, la dote se constituía en propiedad del marido, que no tenía obligación alguna de restitución. La dote quedaba en manos del marido aunque fuese hijo de familia y no pasaba al *paterfamilias* que en estricto tenía la propiedad de la dote.

El objeto de la dote podía ser cualquier bien con valor económico: bienes corporales, créditos, derechos, etc.

La validez de la dote estaba supeditada a la existencia del matrimonio. La propiedad se transfería al marido cuando el matrimonio era ya una realidad o había obligación de devolver si el matrimonio no se llevaba a cabo. Verdaderamente, en los hechos, la dote era *res uxoria*, propiedad de la mujer sobre la que el marido tenía más un derecho de usufructo que una verdadera propiedad, pues debía restituirla en caso de disolución de matrimonio. Empero, jurídicamente en los matrimonios *in manu* la mujer no podía tener patrimonio propio y por eso la dote debía ser nominalmente del marido. En los matrimonios *sine manu* se conservó el mismo principio.

La restitución de la dote para el caso de divorcio fue tutelada mediante la *actio rei uxoriae*, ejercitable en principio por quien constituía este patrimonio especial. En su origen la costumbre hizo que el marido estipulase esa restitución para el caso de disolución del matrimonio, de lo cual surgió la posibilidad del ejercicio contra él de la *actio ex stipulatu*.

Puesto que una de las finalidades de la dote fue la protección de la mujer una vez disuelto el matrimonio, comenzaron a aparecer limitaciones a las facultades del marido. La *Lex Iulia* del Príncipe Augusto prohibió al marido que enajenase los predios itálicos que la mujer le hubiese dado con el consentimiento de ella. En las Instituciones de Justiniano se señala que:

“Por esto el marido no puede, según la ley Julia, enajenar la cosa inmueble dotal contra la voluntad de su mujer, aunque este

¹⁰⁶ Vid. Miguel Angel Rizzi, Op. cit., p. 177.

inmueble le pertenece por haberlo recibido y corregido la ley Julia; en efecto, como esta ley no tenía aplicación sino relativamente a los bienes de Italia, y además prohibía enajenar sin el consentimiento de la mujer, e hipotecar aún con su consentimiento, hemos determinado que la enajenación y el empeño de los inmuebles dotales se prohiban también en las provincias, y que ni lo uno ni lo otro pueda verificarse aún con el consentimiento de la mujer, por temor de que se abuse de la fragilidad de este sexo, con perjuicio de su fortuna” (I.2.8.pr.).

Refiere Alvarez-Correa que en la época clásica el marido administraba la dote con obligación de conservarla como “un buen padre de familia” debiendo responder por su administración.¹⁰⁷ Dice Paulo:

“Respecto a los bienes dotales el marido debe prestar así el dolo, como la culpa, porque por su causa recibe la dote; pero prestará también la diligencia que pone en sus propias causas” (D.23.3.17.pr.).

¿Y cuáles eran los bienes extradotales o parafernales? Eran aquellos que no perteneciendo a la dote eran de propiedad de la esposa. Muchas esposas entregaban al marido con ocasión del matrimonio un inventario de ciertos bienes como joyas y objetos de uso personal para que éste los administrase y los restituyese al disolverse el matrimonio. Señala el Digesto lo siguiente:

“... la mujer suele comprender en un inventario las cosas que suele tener en uso en la casa de su marido, y que no da en dote, y presentar este inventario al marido, para que él suscriba, como si hubiere recibido las cosas, y reteniendo la mujer el quirógrafo de él, que ella llevó a la casa del mismo las cosas que se contienen en el inventario” (D.23.3.9.3).

En este caso el marido era un simple mandatario de su mujer y si no se había previsto expresamente una hipoteca, existía a favor de la mujer una de carácter general y legal en protección de estos bienes y de su restitución a ella o a sus herederos.

Teodosio y Valentiniano ordenaron que el marido no tenga comunidad en

¹⁰⁷ Alvarez-Correa, Op. cit., pp. 240-241.

los bienes parafernales cuando no lo consienta la mujer.¹⁰⁸

Señala Iglesias que el Derecho Justiniano es favorable a considerar los bienes parafernales en función de subvenir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, siempre que no se confundan con la dote.¹⁰⁹

3. El régimen patrimonial del matrimonio libre.- Hasta fines de la República la *conventio in manu* fue regla común. En la época clásica casi había desaparecido. Aún antes de Justiniano, hacia el siglo IV, esta institución había desaparecido completamente.

Señala Iglesias que la *confarreatio* se empleaba muy poco e tiempos de Cicerón y que Tiberio le abolió los efectos civiles. Añade que en esa época tenía escaso empleo la *coemptio*, salvo para finalidades secundarias, y que el *usus* estaba derogado legalmente y olvidado por la costumbre.¹¹⁰

En el matrimonio *sine manus* la hija permanecía bajo la potestad de su padre, salvo que fuese *sui iuris* por emancipación o por la muerte de su *paterfamilias*, en cuyo caso lo seguía siendo aunque se casase, pues ya no caía bajo la potestad marital en calidad de una hija (*loco filiae*). Hasta la época clásica el padre incluso tenía un derecho de reivindicar a su hija (*interdictum de liberis exhibendis item ducendis*).

La extinción de la *conventio in manu* tuvo como efecto que la mujer tuviese una familia agnaticia diversa a la del marido y de los hijos. La cónyuge no cambiaba ya de familia agnaticia ni sufría *capitis diminutio* y el Derecho fue concediendo mayor importancia a los vínculos entre cognados.

La cónyuge *sine manus* y *sui iuris* conservaba la propiedad de los bienes que llevaba al matrimonio y hacía suyos los adquiridos durante él a título de liberalidad. Los administraba y disponía de ellos a su arbitrio. Si los confiaba en administración a su marido los hacía parafernales.

Al desaparecer la *conventio in manu* y al debilitarse los vínculos agnaticios y la *potestas* del jefe de la familia, las instituciones patrimoniales propias del matrimonio –dote y prohibición de donaciones entre cónyuges- adquieren un desarrollo propio y su propio “peso específico”. Dice Sohm que es aquí

¹⁰⁸ Juan Iglesias, Op. cit., p. 585

¹⁰⁹ Loc. cit.

¹¹⁰ Juan Iglesias, Op. cit., p. 585-586.

cuando el poder marital deja de ser una simple imagen del poder paterno para convertirse en poder conyugal propio y genuino, antítesis del poder patriarcal.¹¹¹

Dado que los bienes de la mujer pasaban al marido con la *conventio in manu*, en los matrimonios *cum manu* no eran concebibles las donaciones entre cónyuges. Las fuentes señalan que se justifica la prohibición por la necesidad de que no se ponga precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor del más generoso le perjudique económicamente. No resulta convincente el argumento que se apoya en los sentimientos conyugales. Si así fuera las donaciones entre aquellos que están en concubinato habrían sido también prohibidas. El Digesto dice así:

“Está admitido entre nosotros por la costumbre, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer. Pero se admitió esto, para que recíprocamente no se despojasen por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones, sino haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad” (D.24.1.1).

El origen probable de esta prohibición está en el impedir que una familia se enriquezca a costa de la otra.

Son sin embargo, permitidas las donaciones hechas para procurar sustento y las de carácter social.

Justiniano permite que la donación se efectúe después de celebrado el matrimonio cuando se la configura como una *donatio propter nuptias*, con la finalidad de ir asegurando una reserva para la mujer en caso de disolverse el matrimonio, que constituye algo así como una contradote.

Para Justiniano no son nulas las donaciones hechas entre cónyuges por causa de deportación o destierro.¹¹² Añadió, además otras causas que constituyeron excepciones al principio de la nulidad de tales donaciones.¹¹³

Según su modo de constitución la dote en el matrimonio libre podía ser una *dotis datio* cuando había transferencia inmediata de bienes dotales por *mancipatio*; y *dotis promissio* si se hacía por estipulación la correspondiente promesa; y por negocio especial denominado *dotis dictio*.

¹¹¹ Rodolfo Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936), p. 471.

¹¹² Vid. Juan Iglesias, *Op. cit.*, pp. 585-586.

¹¹³ Vid. Miguel Angel Rizzi, *Op. cit.*, pp. 191-192.

La dote podía ser profecticia si la constituía el *paterfamilias*; adventicia si la constituía la mujer u otra persona distinta al *paterfamilias*; y recepticia cuando su recuperación se reservaba a quien la había constituido, asumiendo el marido la obligación de restituirla una vez disuelto el matrimonio.

“Es dote profecticia, la que provino por el padre o por un ascendiente, de sus bienes o de hecho suyo” (D.23.3.5.pr.)
“...Hace profecticia a la dote, no el derecho de potestad, sino el nombre del ascendiente; mas si debiendo a la hija, la dio por voluntad de ésta, la dote es adventicia” (D.23.3.5.11).

En caso de muerte, por lo general la dote corresponde al marido. Si quien fallece es el marido la dote sería de los hijos, y si hay divorcio sin culpa de la cónyuge *sui iuris*, la dote también sería de los hijos, pero con un usufructo a favor del marido.

Con Justiniano las atribuciones de disponibilidad del cónyuge sobre los bienes de la dote son menos amplias y se van convirtiendo en mera administración propia de un usufructuario.

“Sugiere la equidad, que debe pertenecer al marido el fruto de la dote; porque soportando él las cargas del matrimonio, es justo que también perciba los frutos” (D.23.3.7.pr.).

El Emperador abolió la *actio rei uxoriae* y la cambió por algo que él llamó *actio ex stipulatu* o *actio dotis* (C.5.13.1.pr.).

En esa época el derecho del *paterfamilias* se reducía a lo concerniente a la dote profecticia.

Dice Jörs que con el fin de garantizar mejor a la mujer, se fortaleció la *Lex Iulia* aplicándose a toda clase de fundos y prohibiendo tanto su enajenación como su empeño. Se le concedió una hipoteca sobre los bienes del marido.¹¹⁴

La realidad va con frecuencia más veloz que el Derecho, lo que ocurrió

¹¹⁴ Paul Jörs, Derecho Privado Romano (Buenos Aires, Editorial Labor, 1937), p. 40.

cuando hacia el siglo II las mujeres ya administraban en la práctica sus asuntos, requiriendo en casos excepcionales la *auctoritas* del tutor perpetuo.

Las normas imperativas del denominado “Derecho Privado”, las que atañen al orden público, van cambiando conforme reciben la influencia de elementos económicos, sociales, filosóficos e inclusive religiosos, con sus consecuentes efectos patrimoniales. El debilitamiento de los vínculos agnaticios y de las facultades del *paterfamilias* fue inversamente proporcional al fortalecimiento de los vínculos cognaticios y de la posición y autonomía patrimonial de la mujer casada, de modo que en la misma cultura romana la mujer bizantina estuvo en condición mejor que, por ejemplo, la dama republicana; lo mismo que la mujer peruana actual se encuentra en condición legal más autónoma que la mujer peruana de la mayor parte del siglo XX.



Capítulo III

DIVERSIDAD ESPACIAL DE LOS “ÓRDENES PÚBLICOS”

A) El Orden Público y el Espacio

Al referirnos al espacio en relación al orden público, evocamos otra dimensión del ser humano en sociedad: su territorialidad. El ser humano se encuentra ubicado en sociedad en un territorio.

Siendo un habitante del planeta Tierra, el ser humano también mora en un Continente, un país y así, sucesivamente, hasta la circunscripción local o municipal en la que reside y su domicilio mismo.

Su espacio humano es siempre un espacio social que va marcando la proximidad o lejanía respecto a la presencia de otros hombres y mujeres y determinando a aquéllos con los que por proximidad puede con mayor factibilidad realizar sus aspiraciones y expectativas.

Nacemos en un lugar con condiciones geográficas, climatológicas y biológicas propias, que contiene determinados recursos naturales que extraemos o cultivamos y con los que satisfacemos nuestras necesidades. Los recursos de la tierra, del subsuelo, de las aguas y de lo que está sobre la tierra y las aguas, proveen a nuestra alimentación, a nuestra salud, así como los materiales para edificar nuestra vivienda para guarecernos de las inclemencias del clima, nuestros bienes públicos, etc.

En dicho lugar donde residimos hallamos una sociedad con características culturales y económicas particulares, que encuentra similitudes e identidades con otros grupos humanos de territorios próximos. De ahí los vínculos de semejanza con otros seres humanos con los que pertenecemos a ámbitos territoriales más amplios (departamento, región, Estado, país o Continente).

El desarrollo de las comunicaciones entre grupos humanos ha acelerado el intercambio y las influencias mutuas. Actualmente las facilidades de transporte y sobre todo las telecomunicaciones favorecen la interrelación entre quienes tienen acceso a estos medios, así como alejan a los que están excluidos de éstos.

Nos desarrollamos en ámbitos territoriales en los que existen relaciones humanas de poder-deber generadas según un orden público establecido por y para unidades políticas soberanas que a su vez se relacionan con otras unidades políticas soberanas.

Asimismo, en una unidad política soberana coexisten administrativamente jurisdicciones locales y regionales que se subordinan al orden público nacional.

El orden público es una realidad humana que comparte la dimensión espacial del ser humano en sociedad. El orden público obedece a un territorio específico y existe para una determinada sociedad afincada en él. El territorio es el marco natural y el soporte de un determinado orden público, un elemento esencial del mismo y el medio para que una sociedad realice su misión humana.

La limitación territorial del ámbito espacial del orden público hace posible la simultaneidad de diversos órdenes públicos de contenido diferente en territorios distintos. El Derecho Internacional Público se ocupa de las relaciones públicas entre las unidades políticas soberanas en cada uno de cuyos ámbitos territoriales opera un orden público diverso, así como de las relaciones de poder-deber entre sus ciudadanos que de algún modo afectan a dichas relaciones públicas internacionales. Los acuerdos internacionales suelen incorporar estipulaciones que constituyen normas de orden público interno que han de primar sobre los acuerdos meramente privados. Pensemos, por ejemplo, en el conjunto de instrumentos internacionales

llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos que algunos ven como una suerte de orden público supranacional que impone estándares más altos de comportamiento nacional.¹¹⁵

Empero, sobre esta diversidad espacial simultánea de órdenes públicos atestiguan algunas diferencias dramáticas en aspectos sustanciales de la vida en sociedad que obedecen a distintas concepciones religiosas, filosóficas, sociales y económicas.

En efecto, la poligamia, o régimen matrimonial en que al hombre se le permite tener simultáneamente dos o más esposas, existe en los Estados árabes entre los musulmanes. En otros países sólo es lícita la monogamia, pudiendo la poligamia inclusive configurar delito de bigamia y/o adulterio. En su Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil francés, Portalis expresaba el punto de vista del derecho occidental al señalar que:

“Se ha dicho que, bajo ciertos climas y en determinadas circunstancias, la poligamia es menos repugnante que en otras circunstancias y bajo otros climas. Sin embargo, resulta inconciliable, en todos los países, con un compromiso por el cual cada uno se entrega íntegro, cuerpo y corazón. Nosotros hemos establecido, pues, el principio de que el matrimonio no puede ser más que el compromiso de dos individuos, y que, mientras subsista un primer matrimonio, no se permite contraer el segundo”.¹¹⁶

De otro lado, en los países anglosajones existe plena libertad de testar, mientras que en países latinos es relativa dicha libertad cuando existe el heredero forzoso que tiene derecho, salvo desheredación o causal de indignidad, a una parte de los bienes del causante en calidad de legítima.

Portalis decía que hay poderosos motivos de conveniencia y de equidad para dejar los bienes del causante a la familia de aquél y que es indispensable la intervención del Estado para dar y garantizar a cada uno el derecho de suceder y para fijar el modo de repartir.¹¹⁷

La diversidad espacial de órdenes públicos también obedece con frecuencia a distintas costumbres que se han ido enraizando en cada

¹¹⁵ Vid. Elizabeth Salmón G. El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: THEMIS, Revista de Derecho N° 51 2005 (Lima, 2005)pp.151-157.

¹¹⁶ Portalis. Op. cit., pp. 57-58.

¹¹⁷ Ibid., pp. 104-105

sociedad. La escuela histórica veía en la costumbre a los sentimientos y la voluntad del pueblo, de modo que la ley escrita debía tan sólo fijar la costumbre, teniendo esta fijación el inconveniente de detener la evolución del derecho.¹¹⁸

Savigny decía que la base del derecho positivo tiene su existencia y su realidad en la conciencia general del pueblo que podemos reconocer en los actos exteriores que la manifiestan, en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Para él, no es que la costumbre de un pueblo engendre el derecho positivo sino que es el signo por medio del cual se reconoce.¹¹⁹

De Ruggiero explica que históricamente la costumbre es la primera y exclusiva fuente de las normas jurídicas.¹²⁰ Señala que son dos los elementos constitutivos de la norma consuetudinaria. De un lado la *observancia constante y uniforme* de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social; y de otro lado la *convicción* de que tal observancia responde a una necesidad jurídica.

Respecto a la *observancia* del precepto consuetudinario el mismo autor indica que debe haber *uniformidad y semejanza* en los actos para que pueda deducirse la existencia de una práctica cierta y capaz de servir de fundamento a la norma jurídica. Asimismo, la repetición de los actos debe ser *constante* y no interrumpida para que de ahí pueda deducirse una norma de conducta. Finalmente, la práctica debe ser de la *generalidad de los miembros de una comunidad o de alguna clase particular de ésta* y no sólo de algunos de sus miembros.

En cuanto a la *convicción* jurídica De Ruggiero señala que consiste en el convencimiento de la necesidad de la norma y su obligatoriedad.

Enneccerus señala que los requisitos del derecho consuetudinario son: (1) una voluntad general de la colectividad o de sus órganos de dar validez jurídica y realidad a una regla obligatoria, ejecutándola u obedeciéndola; y, (2) que esa voluntad tiene que manifestarse, expresarse, normalmente por el uso duradero impuesto de una manera general y principalmente a través

¹¹⁸ Vid. Georges Ripert. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomo I. Parte General. El Derecho – Instituciones Civiles (Buenos Aires, Editorial La Ley, 1963) p. 181.

¹¹⁹ M.F.C. De Savigny. Sistema de Derecho Romano Actual. Tomo Primero. (Madrid, Centro Editorial de Góngora) p. 81.

¹²⁰ Roberto De Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. Introducción y Parte General. (México D.F., Librería de Angel Pola, 1939). p. 58.

de sus órganos, o sea mediante las autoridades administrativas y los tribunales en lo que puede llamarse la “interpretación usual” de la jurisprudencia reiterada.¹²¹

La voluntad colectiva –dice Enneccerus- puede manifestarse con frecuencia en la tolerancia, en la no contradicción del uso que se desarrolla en círculos particulares. El que sea una voluntad de la colectividad implica que basta que la manifiesten aquellas personas que tienen ocasión para ello y a quienes, por tanto, afecta la regla.¹²²

Dice Larenz que frecuentemente se admite que el Derecho consuetudinario se haya formado en gran medida por la labor constante de los tribunales superiores. Añade que las interpretaciones e integraciones efectuadas por los tribunales crean Derecho en forma inmediata para el caso particular, aunque también en forma mediata si otros tribunales siguen convencidos de la rectitud de la interpretación o la integración legal dadas, aunque debe precaverse en cuanto a que la jurisprudencia no es causa originaria de normas obligatorias.¹²³

En el Derecho occidental contemporáneo de base romanista la importancia de la costumbre como fuente de derecho ha disminuido frente a la ley, ya que no se le considera norma obligatoria sino en cuanto la ley así lo permite.

Sin embargo, RIPERT anota con agudeza que en una legislación codificada la costumbre continúa alimentando el derecho positivo:

“Pero como el juez se ingenia en poner su decisión al amparo de la ley, aún cuando ésta no haya previsto la dificultad que debía resolverse, la costumbre se encuentra mezclada en el conjunto de soluciones jurisprudenciales.”¹²⁴

En sus relaciones con la ley la doctrina distingue tres clases de costumbre: *secundum, praeter* y *contra legem*. *Contra legem* es la contraria a la norma legal por ser diversa a aquella o por ocasionar el desuso de la disposición de la ley. *Praeter legem* es la que funciona como fuente supletoria en lo que

¹²¹ Ludwig Enneccerus. Derecho Civil. Parte General. (Barcelona, Bosch, 1934), pp. 154 a 158.

¹²² Op. cit., p. 154.

¹²³ Karl Larenz. Derecho Civil, Parte General (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas), 1978). pp 13 y ss.

¹²⁴ Ripert, Op. cit., p. 182.

la ley no dispone. *Secundum legem* es la costumbre que tiene valor y eficacia en tanto consiste en la uniforme interpretación y aplicación de la ley.

En el Perú el artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece que una ley se deroga sólo por otra ley, lo cual significa que en nuestro ordenamiento no es aceptable una costumbre *contra legem*.

En cuanto a la costumbre *praeter legem* el principio constitucional por el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, descartaría la posibilidad de otras normas obligatorias que no sean las legales y sólo quedaría como posible la costumbre *secundum legem*; si no fuese porque el artículo 139 inciso 8 de la Constitución de 1993 ha establecido que frente al vacío o deficiencia legales, el juez debe administrar justicia aplicando no sólo los principios generales del derecho, sino también el derecho consuetudinario.

En una sociedad pluricultural como la peruana, coexisten diversos derechos consuetudinarios locales, así como coexisten administrativamente jurisdicciones locales y regionales que se subordinan al orden público imperante en el territorio nacional. Por ejemplo, puede tratarse de los derechos consuetudinarios propios de las identidades culturales de comunidades campesinas y nativas que a veces pertenecen a diferentes etnias. Cada uno de esos ámbitos consuetudinarios tendrá sus normas consideradas imperativas así como las consideradas meramente supletorias de la voluntad autónoma de los sujetos de derecho, ninguna de las cuales podrá ser *contra legem*.

Sin embargo, no debe dejar de considerarse que la vigencia de esos derechos consuetudinarios en el Perú es debida al precepto establecido en la Constitución, con lo cual su fuerza obligatoria encuentra su origen último en la propia ley de leyes.

B) El Orden Público en el Derecho Internacional Privado del Perú

Como se ha señalado, la limitación territorial del ámbito espacial del orden público hace posible la coexistencia simultánea de diversos órdenes públicos de contenido diferente -en distintas unidades políticas soberanas- que obedecen a costumbres y concepciones religiosas, filosóficas, sociales

y económicas dispares desarrolladas en territorios distintos.

Tan es así, que en la interrelación de las personas pueden surgir controversias con elementos vinculados a distintos órdenes públicos.

Cuando surge una controversia en el Perú con elementos extranjeros, como puede ser alguna que verse sobre la libertad de testar de un padre británico con hijos peruanos y bienes ubicados en el Perú y en Gran Bretaña, el Derecho Internacional Privado del Perú contiene las normas (en leyes o tratados internacionales) para determinar la competencia jurisdiccional exclusiva o facultativa del juez nacional y/o del juez extranjero, así como la competencia de la ley nacional o de la extranjera que eventualmente aplicará el juez peruano para cada categoría.

Carrillo Salcedo señala que el Derecho Internacional Privado:

“...se configura como búsqueda de la reglamentación jurídica de aquellas relaciones y situaciones humanas cuyos elementos no se realizan en un único ordenamiento jurídico, en una sola esfera jurídica, sino que por el contrario están conectadas a dos o más ordenamientos...”¹²⁵

Luego añade el mismo autor que la conexión real y sociológica que existe entre los diversos problemas del Derecho Internacional Privado responden a lo siguiente:

“...el problema que crea la presencia del hombre y de su vocación ecuménica en un mundo parcelado política y jurídicamente”.¹²⁶

Los artículos 2049 y 2050 del Código Civil peruano de 1984 se refieren al orden público internacional y a las buenas costumbres en el contexto del Derecho Internacional Privado, estableciendo la llamada excepción de orden público: Las disposiciones de la ley extranjera que resulte aplicable a la controversia según las normas de Derecho Internacional Privado del Perú, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres del Perú.

Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento

¹²⁵ J.A. Carrillo Salcedo. Derecho Internacional Privado (Madrid, Editorial Tecnos, 1983), pp. 37-38.

¹²⁶ Ibid., p. 39.

extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional del Perú y con las buenas costumbres del Perú.

En todos los casos de Derecho Internacional Privado lo que se debe salvaguardar es lo dispuesto por la ley que resulte aplicable –con su correspondiente orden público- salvo incompatibilidad de ésta con el “orden público internacional” peruano o con lo que en el Perú se entiende como “buenas costumbres”.

En el ámbito internacional la excepción de orden público a la aplicación de la ley extranjera cumple la función de un filtro o válvula. Señalan los hermanos Tovar Gil que:

“Para impedir que la aplicación de una ley extranjera viole una norma interna considerada como fundamental para el funcionamiento armónico del ordenamiento jurídico nacional es que existe la excepción de orden público. Recuérdese que la norma conflictual puede remitirnos eventualmente a cualquier legislación extranjera, no es posible determinar de antemano qué normas de cada uno de los países son incompatibles con nuestros valores jurídicos básicos...”¹²⁷

Sin esta excepción sería muy difícil la existencia misma del Derecho Internacional Privado con la consiguiente aplicación de leyes extranjeras, puesto que los Estados no tendrían la confianza necesaria si tuviesen que renunciar a valores que son base para su propio ordenamiento jurídico y social.

Sin embargo, corresponde a los jueces hacer una utilización moderada de esta excepción para no cerrar las puertas al vínculo internacional que se hace posible a través de este sistema flexible de normas de Derecho Internacional Privado.

Dicen los hermanos Tovar Gil que no toda norma de orden público interno origina la inaplicación de la ley extranjera, sino que son sólo las normas fundamentales de ese orden las que conforman el “orden público internacional” del foro. Así, el orden público internacional es “el más

¹²⁷ María del Carmen y Javier Tovar Gil. Derecho Internacional Privado (Lima, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, 1987, p. 119.

nacional imaginable”, como el menor de dos círculos concéntricos, como expresa el tratadista español Miaja De La Muela. No es pues, lo que a primera vista sugiere el término: algo así como un conjunto de principios supranacionales emanados de un derecho material internacional superior al de los sistemas nacionales.¹²⁸

Sobre el contenido del orden público como excepción en el Derecho Internacional Privado, De Bartolomé Cenzano señala que la prudencia llama a que sea la Constitución, en su sentido más amplio, la que indique los principios y valores integrantes de este orden público, en tanto que la aplicación de la excepción incide sobre hechos o actos que en principio no son contrarios a un ordenamiento jurídico, sólo deben ser rechazados por un ordenamiento superior que contenga lo esencial y los mecanismos jurídicos objetivos de nulidad y limitación de cualquier hecho jurídico, acto jurídico o derecho. Así, añade:

“...Pues sólo así, estaremos sustituyendo remisiones en blanco por la concreción de criterios objetivos sustentados sobre nuestra norma más alta, que permitirá alcanzar los adecuados niveles de justicia en los resultados, prescindiendo de las valoraciones subjetivas que son ineludibles cuando existen tales remisiones”.¹²⁹

El mismo autor señala que al ser un concepto jurídico indeterminado, los órganos encargados de la aplicación del Derecho tienden a actitudes maximalistas que reducen el campo de aplicación de la ley extranjera o a cerrar los ojos ante la necesaria llamada en un caso concreto.

Esta función judicial tiene en ocasiones severas dificultades. Boggiano expone que si bien una prescripción liberatoria algo más breve o más larga que la vigente en la ley nacional no ataca el principio de prescriptibilidad, se presenta la dificultad de determinar el *quantum* más breve o más largo

¹²⁸ Op. cit., pp. 121-122. Al respecto, la tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho de César José Gonzáles Hunt sostiene como tesis principal que debe reformarse el Código Civil de 1984 en cuanto su Libro X establece un orden público internacional, ya que no podría aceptarse un orden público más amplio y exigente para los nacionales y menos para los extranjeros. A ello podemos responder señalando que en las relaciones de carácter internacional a las que deba aplicarse la ley extranjera, ésta se aplicará con sus correspondientes normas de orden público a los involucrados -ya sean nacionales del Perú o extranjeros-, y siempre que dicha ley extranjera sea compatible con el orden público internacional del Perú; por lo que no existe tal complacencia con los ciudadanos extranjeros en comparación con los peruanos. Véase: César José Gonzáles Hunt. El orden público en Derecho Internacional Privado peruano. Lima, PUCP, 1986.

¹²⁹ José Carlos de Bartolomé Cenzano. Op. cit., p.283.

conciliable con el principio, pues una sensible diferencia puede significar una finalidad distinta de la institución y afectar su “esencia”.

De otro lado, según el parecer de Boggiano un juez debiera, por ejemplo, en un caso de poligamia de un extranjero que actuó conforme a su propia legislación, conceder en el país del autor –Argentina- el derecho a alimentos a los hijos del marido polígamo y a las madres.¹³⁰

Nos recuerda De Bartolomé Cenzano que durante la segunda República Española el Tribunal Supremo reconoció sentencias extranjeras de divorcio de españoles, cuando éste era contrario al orden público matrimonial de ese período. Igualmente, el Tribunal ha reconocido sentencias extranjeras de divorcios anteriores a la ley que los permitió e incluso a la Constitución actual que lo admite.¹³¹



¹³⁰ Antonio Boggiano. Derecho Internacional Privado. (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978), pp. 141 y 144.

¹³¹ Op. cit., p. 286

Capítulo IV

ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

A) El Rol del Estado en la Determinación de las Relaciones Jurídicas

El Preámbulo de la Constitución Política del Perú de 1979, contenía una declaración que si bien la Carta de 1993 no recoge, constituye la expresión de uno de los principales fundamentos implícitos de cualquier Constitución de nuestra época y uno de los pilares del Derecho: la conciencia de la necesidad de excluir la violencia como medio de procurar solución a conflictos internos e internacionales.

Decía Edgar Bodenheimer que el Derecho

“...es un intento de resolver las tensiones y conflictos inherentes a la vida social no por medio de la fuerza arbitraria, la violencia o el terror, sino por un reajuste ordenado y pacífico de pretensiones razonables de individuos y grupos...”¹³²

Y Louis Josserand señala:

“...el derecho no pone fin a los conflictos; no es garantía de una perfecta armonía entre los hombres..., y es preciso reconocer que el derecho implica la injusticia como la luz se opone a la sombra; pero por lo menos permite resolver pacíficamente los inevitables

¹³² Edgar Bodenheimer. Teoría del Derecho. (México, Fondo de Cultura Económica, 1974), p. 9.

conflictos...”¹³³

Independientemente de los aspectos éticos insoslayables para una comprensión integral del conflicto en la vida social, observemos que los costos suelen ser superiores a los beneficios que se obtienen de resolver una controversia por medio de la fuerza. Es claro que para poner fin a una causa de perturbación el camino más razonable no es, sino excepcionalmente, el más efectivo: despojar por la fuerza al agente perturbador, de todo recurso o bien con el que pueda hacerme frente.

Lo óptimo en una sociedad será encontrar el modo de convivir unos con otros afectando lo menos posible bienes socialmente valiosos, para que el goce o uso de estos bienes sea el más eficiente y racional para la sociedad en su conjunto.

Por ello conviene que para el mayor beneficio de todos se reconozca los derechos en los que cada cual no debe ser perturbado y tenga la potestad de excluir a los demás. El derecho a no ser perturbado en una titularidad que es reconocida a un sujeto por el sistema jurídico implica la correspondiente obligación de otros de respetar dicha titularidad y de no obstaculizar el ejercicio de su derecho. Así se efectúa una distribución social del poder y quedan establecidas las relaciones de poder-deber entre todos los sujetos de derecho, lo cual es necesario para la paz social y también indispensable para un uso más eficiente y racional de los bienes escasos. La paz social y el desarrollo económico de una sociedad también dependen de la inclusión de todos sus grupos humanos en el entramado de relaciones de poder-deber entre sujetos de derecho.

En tal sentido, las relaciones jurídicas, en sí mismas, se fundamentan en un previo reconocimiento del ordenamiento jurídico que les otorga juridicidad. Es el orden público imponiendo límites a las voluntades autónomas.

Entonces, partamos del reconocimiento de derechos y titularidades y relaciones de poder-deber, y asimismo de la necesidad de que en aras de la paz social haya ante quién –el Estado- solicitar y hacer valer una última palabra jurisdiccional que ponga fin a una controversia o conflicto.

¹³³ Louis Josserand. Op. cit., p. 4.

Debemos partir también de otra premisa: en la mayor parte de las relaciones jurídicas no existen una auténtica autonomía ni igualdad entre partes. Esta es una realidad que el Derecho Civil liberal no vio al sustentarse en el ideal de la igualdad de los sujetos de derecho. Una visión renovada del Derecho Privado debe entender que es función del Estado operar los mecanismos para dar equilibrio y equidad a las relaciones jurídicas.

El Estado, además de ser el último garante jurisdiccional tiene la función, anterior a aquella, de establecer reglas imperativas para la determinación de las relaciones jurídicas y sus alcances, como medio para equilibrarlas, reducir la generación de conflictos sociales y el uso inequitativo, irracional e ineficiente de los bienes. Así también favorece lo que desde el punto de vista económico llamamos intercambio.

Debe tomarse en consideración que el concepto *eficiencia* alude al no desperdicio de bienes escasos, mientras que *equidad* se relaciona con la igualdad y la justicia. El orden público debe procurar que la eficiencia y la equidad se encuentren, ya que las relaciones inequitativas son a la larga ineficientes en tanto generan importantes costos sociales que disminuyen los beneficios netos para una sociedad. Asimismo, las relaciones ineficientes generan pobreza e inequidad.

Las relaciones jurídicas son relaciones de poder-deber reconocidas y equilibradas por el Derecho. Algunos hechos originan, modifican, regulan o extinguen una relación de poder-deber en virtud de una voluntad jurígena – concertada o unilateral-. Así, por ejemplo, de ocurrir el hecho A, se producen las consecuencias B, C y D de poder-deber entre determinados sujetos.

Al verificarse el *supuesto jurídico* (A, ergo B, C, D...) que encarna una voluntad jurígena, se hace patente una *relación jurídica* de poder-deber.

Los particulares, sujetos de derecho, establecen relaciones jurídicas nuevas a partir de otras relaciones jurídicas reconocidas por el sistema jurídico. Así se generan relaciones originarias y derivadas, simples y complejas.

Según lo expuesto en los párrafos precedentes, es evidente que toda relación jurídica, una vez establecida por la voluntad jurígena en el sistema

jurídico, es en ese sentido relación de poder-deber, de *derechos* y *obligaciones*.

El ordenamiento jurídico puede *reconocer* y hasta *tipificar* normativamente determinados modos de relación jurídica que se presentan o se han presentado históricamente en la realidad, o puede *limitarlos*, *prohibirlos* o hasta crear reglas para tipos de *relaciones “inéditas”* hasta determinado momento.

Ciertas regulaciones estatales son sólo supletorias a la voluntad jurídica privada o particular. El Estado en estos supuestos suele establecer reglas-tipo en defecto de la manifestación de voluntad de los sujetos de derecho. Así, el Estado establece normas que simulan soluciones equilibradas, racionales y eficientes que darían las partes en un contexto concreto, y con ello *integrar* la voluntad privada en caso de vacíos en su manifestación, a fin de evitar o disminuir los desequilibrios y asimismo los costos de transacción que podrían derivarse del hecho que las partes no hayan acordado algo o del tener que convenirlo todo. En esas normas está ausente lo imperativo: lo preceptuado y lo prohibido.

En otros casos las disposiciones estatales establecen, al regular relaciones jurídicas, *derechos irrenunciables*, como es el derecho a la acción judicial por lesión o el de la libre transferibilidad y gravamen de los bienes. Dice Nicolás Coviello que:

“...mientras que en general puede renunciarse a los derechos que se obtienen sobre la base de la norma, existen algunos que no pueden renunciarse nunca o que no pueden renunciarse preventivamente, porque tal renuncia es contraria al interés general, o porque al derecho viene aparejado un deber, o por alguna otra razón”.¹³⁴

Cuando el ordenamiento jurídico –en función del interés público de alcanzar mayores niveles de paz social y promover el goce y uso racional de los derechos y los bienes- da juridicidad a las relaciones establecidas por las partes, cuando establece derechos irrenunciables e indisponibles, cuando limita los derechos de una o varias de las partes en una relación jurídica, o prohíbe radicalmente un tipo de relación jurídica, estamos frente a las

¹³⁴ Nicolás Coviello. *Doctrina General del Derecho Civil* (México, U.T.E.H.A., 1938), p. 14.

llamadas disposiciones de *orden público*.

Señala José León Barandiarán que:

“En principio hay libertad para que las personas regulen libremente sus relaciones privadas; nadie está impedido de hacer aquello que la ley no prohíbe. Esta es una indicación general, de carácter institucional, que domina todo el ámbito del derecho”.¹³⁵

Sin embargo, incluso esa libertad “primigenia” está garantizada por el Estado. De ello se sigue que la voluntad autónoma o autonomía privada nunca es plenamente “autónoma”, sino que está insertada en un orden social, público.

Frente al *poder autónomo* de los sujetos de derecho se erige el *poder heterónomo* del Estado.¹³⁶ La autonomía privada o voluntad privada tiene como frontera lo que la ley prohíbe o manda imperativamente, y también lo que en virtud de la ley dispone el Estado jurisdiccionalmente.

Si las normas de orden público tienen por finalidad alcanzar mayores niveles de paz social y promover el goce y uso racional de los derechos y los bienes, también es válido afirmar que el Estado sólo debe establecer prohibiciones, limitaciones, derechos y titularidades irrenunciables y clasificaciones cerradas (*numerus clausus*), etc., cuando directa o indirectamente la sociedad toda se beneficia de tal intervención –en términos de paz social, equidad y eficiencia- por encima de lo que ocurriría si el Estado se abstiene de actuar. Del mismo modo, el Estado debe establecer dichas disposiciones si la sociedad se perjudicase con su omisión más de lo que sucediera si el Estado interviene.

Función del orden público debiera ser la de coadyuvar al funcionamiento de la red de relaciones jurídicas y no la de desequilibrarla. Asimismo la de contribuir a la corrección de los desequilibrios existentes en la red de poderes-deberes.

¹³⁵ José León Barandiarán. Op. cit., p. 37.

¹³⁶ Vid. Alfredo Bullard G. La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones (Lima, Ara Editores, 1991), pp. 175 y 176.

B) Orden Público y Autonomía de la Voluntad

El propio ordenamiento jurídico reconoce un ámbito de actuación inter-individual para la negociación de intereses particulares. Sin embargo, el Estado no se desentiende de esa esfera de relaciones, pues la autonomía de la voluntad está limitada por el orden público. Es importante comprender en qué consiste ese límite y en qué se concreta. Sólo así puede comprenderse la real extensión de lo que denominamos autonomía de la voluntad. De ese modo, el presente trabajo, al procurar esclarecer el contenido del orden público, a la par procura comprender el contenido de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad depende históricamente de lo que el orden público es actualmente en virtud de su propia historia en un país determinado. Como señala Alfredo Bullard G., existe una suerte de ley jurídica de la inercia que ha operado históricamente creando casos de “estática social”.¹³⁷ Dice Bullard que:

“...debemos entender que en la realidad se dan una serie de absolutos, enfocados generalmente como normas de orden público o a través de regulaciones anacrónicas, y que son manifestaciones de la inercia de sociedades pre-capitalistas que, resistiéndose al cambio, originan sólidas instituciones en nuestros sistemas jurídicos”.¹³⁸

Si bien es cierto que, de un lado, la adopción de la disposición por la cual fuese válido cualquier acto jurídico contrario al orden público, sería la más eficaz sustancia disolvente del Derecho y consecuentemente de la sociedad, de otro lado debe entenderse que las normas de orden público pueden ser – como de hecho lo han sido históricamente- el instrumento más acabado para lograr el paradigma de la sociedad inequitativa e ineficiente.

De ello se deriva que encauzar el *orden público* por los caminos de la equidad y la eficiencia, es encauzar al Derecho mismo. Al liberar la “autonomía de la voluntad” de las ataduras del orden público ineficiente e

¹³⁷ Alfredo Bullard, Op. cit., p. 57.

¹³⁸ Ibid., Op. cit., pp. 57-58

inequitativo, se libera al Derecho y a la sociedad. Del mismo modo, al actuar el orden público sobre el influjo de la voluntad privada ineficiente e inequitativa, que destruye la propia esencia del orden público, se libera igualmente al Derecho.

C) Limitaciones al Orden Público

Sólo un impulso contrario de la misma voluntad jurígena heterónoma puede remover la inercia del *orden público* irracional. La racionalidad de todo el sistema de relaciones jurídicas depende de ello, ya que es el único modo de vencer la estática jurídica inequitativa e ineficiente. La voluntad autónoma puede avanzar en el camino, pero siempre será indispensable la intervención pública.

Es necesario que el sistema establezca los criterios para determinar cuándo en el Derecho Privado la voluntad heterónoma puede ser justificada, equitativa, racional y eficientemente impositiva, es decir, aquellos criterios que permitan discernir en un determinado supuesto que los beneficios netos de la intervención estatal son superiores a los de su abstención. Desde otra perspectiva, el sistema debe señalar los criterios para determinar también si los perjuicios que acarrearía la omisión estatal son mayores a los que resultarían de su intervención.

De encontrar criterios válidos para la intervención estatal, la regulación o la de-regulación consiguientes, según sea el caso, fortalecerán a la persona humana como sujeto de derechos para quien el Estado existe y eventualmente la eficiencia económica del Derecho Privado ante la escasez de los bienes.

Los retos nuevos que al Derecho presenta el desarrollo de la ciencia, tales como los derivados de los enormes avances de la genética, de la reproducción humana asistida, de la informática, de las nuevas posibilidades de explotación de los recursos bioquímicos, de los nuevos horizontes de las telecomunicaciones y otros muchos más, exigirán que el Derecho haya conceptualizado con claridad esta problemática de la intervención eficiente y justificada de la voluntad estatal heterónoma.

Como dice Bodenheimer, el Derecho en su forma más pura tiene que reconocer una esfera limitada de poder a los particulares y a las autoridades gobernantes.¹³⁹

En ciertos supuestos, la intervención puede llegar a sustituir las transacciones cuando éstas resultan demasiado costosas –como sucede en la expropiación, los seguros obligatorios, las sociedades legales mineras, etc., pero entonces el Estado debe encontrar los medios para alcanzar la eficiencia en las relaciones jurídicas creadas. El orden público, y los derechos y titularidades que de él dimanen, deben obedecer a criterios de costo-beneficio.

En una sociedad de altos riesgos, su disminución debe ser uno de los principales cometidos del orden público. Puede que en muchos casos sea necesario que el Estado establezca, por razones de eficiencia y de equidad, sistemas de reparación de daños a cargo de la sociedad toda o de un sector de ésta en lugar de dejar que un individuo particular que ha sufrido un infortunio cargue él solo con el daño.¹⁴⁰

D) La Oponibilidad, el Orden Público y el Intercambio

Bullard, al tratar de encontrar el fenómeno factual que subyace a la tipología que divide las titularidades en reales y obligacionales, expresa –siguiendo a Diez Picazo– que el derecho real es el elemento estático y el personal el elemento móvil y dinámico. Añade que “...para Einstein, el derecho real sería energía (*condensada*), o si se quiere, relación obligatoria, condensada”.¹⁴¹

A nuestro entender, aquello se observa plenamente si notamos que es el elemento de la voluntad heterónoma estatal el que puede “frenar” la energía de la voluntad autónoma particular imponiéndole un orden. Puede decirse que el *orden público* creado por intervención del Estado es el Derecho “condensado” o “materializado”.

Zaballa, en su “Estudio sobre el orden público en el artículo 21 del Código

¹³⁹ Bodenheimer, Op. cit., p. 32.

¹⁴⁰ Piénsese por ejemplo en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT.

¹⁴¹ Op. cit., p.241.

Civil argentino, citado por León Barandiarán, al respecto piensa que:

“...el orden público existe en razón del sistema, de la técnica legislativa, y cuando se pretende hacer abstracción de ésta, aquel contenido viene a confundirse con el Derecho mismo entendiendo éste en su aspecto científico sin dependencia de un sistema positivo, y ya en ese aspecto las necesidades sociales que integran al contenido, son en realidad lo que constituyen el orden social que debe ser hecho efectivo por el derecho positivo”.¹⁴²

Desde esta perspectiva se podría decir que en los tradicionalmente denominados “derechos reales” hay una mayor carga de orden público (materialización) establecida por el derecho positivo. Por ello, cuando el jurista tradicional se tropieza con elementos menos dinámicos en el universo de las relaciones jurídico-patrimoniales, les pone a menudo la secular etiqueta de “reales”.

En el caso de los llamados derechos reales el Estado interviene creando y reconociendo ciertos mecanismos de exclusividad oponible a terceros. Bullard señala que sólo son oponibles de manera absoluta aquellas relaciones a las que la norma reconoce tal calidad o, dicho de otro modo, el grado de oponibilidad siempre es definido normativamente.¹⁴³

Los mayores grados de exclusividad y oponibilidad en la relación jurídica dan un mayor carácter estático (material) a las relaciones correspondientes, ya que en sí mismos son esencialmente mayores grados de orden público o de intervención estatal.

Cada relación jurídica según el grado de oponibilidad existente en ella (dispuesto por el orden público) puede vincular a dos o más personas determinadas o a alguna persona con “todas los demás” (erga omnes). Este grado mayor de oponibilidad debe resultar de ciertos mecanismos (posesión y registro) que le permitan ser conocible, instituidos por el Derecho para la seguridad del sistema y para evitar o disminuir costos de transacción.

Conforme a lo expresado anteriormente, las normas que prohíben otras relaciones jurídicas o titularidades con determinados efectos, que sean

¹⁴² León Barandiarán, Op. cit., p.43.

¹⁴³ Bullard, Op. cit., p. 276.

distintas de las previstas expresamente por la ley, constituyendo clasificaciones cerradas o *numerus clausus*, están entre las de orden público. El *numerus clausus* de los llamados derechos reales podría ser reformulado como una clasificación cerrada de titularidades susceptibles de obtener los grados de oponibilidad que le puedan ser conferidos por mecanismos tales como la posesión o el registro.

La *propiedad-conocible* es la más completa relación jurídica de entre las que alcanzan ese grado de oponibilidad necesario para un intercambio seguro, por lo que resulta una “materialización” propicia para la creación del tejido de los derechos patrimoniales tal como son concebidos actualmente en nuestras sociedades occidentales.

La racionalidad del tráfico económico implica que las personas modifiquen mutuamente sus relaciones a fin que los recursos escasos se distribuyan según donde resulte más eficiente su explotación y uso. La asignación de titularidades creada por el Derecho es un supuesto o premisa para el intercambio en el mercado de bienes y servicios.

En realidad, toda y cualquier voluntad jurígena concreta enmarcada en un ordenamiento jurídico “materializa” de algún modo la energía de la “voluntad absoluta y pura” que pudiera tener un hombre que se hallare solo en el planeta. El *orden privado* creado por la autonomía de la voluntad, por ejemplo el orden establecido mediante un contrato, posible en tanto existe un *orden público* que lo sustenta, es también un *orden* y por tanto una distribución de poderes-deberes, de derechos y obligaciones, que va configurando el mundo jurídico con la garantía de la coacción superior.

La pura dinámica es absoluto poder en el caso de un Robinson Crusoe o absoluta violencia si existe un Viernes, es decir, una segunda persona con quien convivir.¹⁴⁴

A mayor grado de intervención de la voluntad heterónoma, menor dinámica jurídica. Cada sociedad tendrá que crear la magnitud necesaria de estática entre los dos extremos, así como liberar la dinámica de la voluntad, hasta el punto óptimo en que ello es beneficioso para todos los

¹⁴⁴ Salvo que se desarrollen relaciones más humanas, pero más excepcionales, que superen la dinámica del poder.

sujetos de derecho en su conjunto. La pura dinámica y la pura estática son conceptos puramente teóricos que coincidirían con la muerte del Derecho y de la sociedad misma.

Es interesante observar que desde esta óptica, lo privado y lo público no son más que las dos dimensiones complementarias del Derecho, siendo cada relación jurídica en algún grado privada y en algún grado pública. Las leyes que interesan al orden público sólo pueden concebirse en función de todos y cada uno de los sujetos de derecho.¹⁴⁵ Se trata de un orden público para los sujetos de derecho y su interrelación. Asimismo, el acto jurídico producto de la autonomía de la voluntad sólo es posible dentro del marco de un orden público que le da juridicidad, que distribuye titularidades, que garantiza los pactos coercitivamente, etc. De modo análogo, las relaciones de poder-deber pertenecientes al ámbito de lo que suele considerarse de Derecho Público, sólo tienen sentido en función de la persona humana y sus derechos fundamentales.

Expresa Nicolás Coviello que el derecho es sustancialmente único,

“...ya se mire a la fuente de que emana (la autoridad social), ya al fin a que se dirige (ordenamiento de las relaciones de la vida social), ya se tenga en cuenta el íntimo e indisoluble vínculo que constriñe a los individuos no sólo a la sociedad en general, sino también al Estado...”.¹⁴⁶

Y también Portalis señala que:

“No hay ninguna cuestión de carácter privado en la que no entre alguna mira de la administración pública, como no hay ninguna materia de naturaleza pública que no tenga más o menos contacto con los principios de justicia distributiva que regulan los intereses privados”.¹⁴⁷

La creación del Derecho a partir de la “nada jurídica” de la dinámica pura consiste en un refrenar la energía personal que contrapone a un individuo con otro, reconociendo que la contrapartida del “poder” del individuo es el “deber” como base esencial de la convivencia, base necesaria aunque sea

¹⁴⁵ Cfr. Artículo 1º de la Constitución Política de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

¹⁴⁶ Coviello, Op. cit., p. 12.

¹⁴⁷ Portalis, Op. cit., p. 48.

como punto de partida para el mayor beneficio de cada cual. Bodenheimer señala que el Derecho “...tiene que poner un freno... tiene que delimitar la esfera de expansión del poder individual...”.¹⁴⁸

Y ello no es más que una faceta –la jurídica- de la labor creadora del hombre en la dimensión interpersonal, ya que si miramos la realidad de la relación personal en su conjunto y no sólo en su aspecto jurídico, este proceso de autolimitarse en función de una creativa convivencia con otros puede llegar a grados –como puede verse más comúnmente en el amor filial o conyugal, la fraternidad, y en los casos de solidaridad social- en los que no es tanto el poder-deber el que vincula sino otros modos superiores de relación humana que unen a las personas en su diversidad, lo que, sin embargo, no tiene una plena realización histórica e implica una disposición teleológica del ser humano a superar los únicos vínculos que el Derecho es capaz de crear.

Lo expresado en el párrafo precedente, sin embargo, no debe llevar al error de creer, por ejemplo, que los ámbitos del Derecho Familiar, o del Derecho Humanitario, se sitúan en un mundo de algún modo metajurídico. El Derecho Familiar, como cualquier otro tiene que ser regulado “más aquí” del punto en que el Derecho Familiar es superado plenamente por grados superiores de interrelación humana, precisamente porque ese punto es “meta-jurídico”. Siguiendo los ejemplos propuestos, podríamos decir que el orden público racionalmente encauzado debe sentar sólo las bases jurídicas para relaciones familiares y humanitarias que tiendan hacia la equidad, la justicia, y los valores supremos de la ética.

El Derecho, tal como actualmente lo concebimos en nuestra tradición romanista y liberal, es el resultado de un proceso secular de decantación conceptual en la lucha entre el patriarcalismo político-económico-social y el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, en el que se funda el derecho a la libertad. Pero la realidad siempre supera el concepto y nos obliga a pensar no sólo en el Estado “jurídico”, sino también en el Estado que asimismo es “extrajurídico” al exceder su concepto. Es claro que el Estado también es una realidad sociológica, económica, humana,

¹⁴⁸ Bodenheimer, p. cit., p. 36

moral, etc. Ningún Estado es sólo el concepto jurídico de Estado análogamente a como ninguna “sociedad conyugal” es sólo esa concepción del Derecho de Familia y que ninguna persona jurídica es exclusivamente esa creación jurídica. La realidad es más compleja y las entidades jurídicas viven escapándose de los códigos, de los registros y de los libros de actas. Pero siempre es misión del Derecho el sentar las bases jurídicas –el *orden público*– en función de una interrelación humana que pueda, en ámbitos extrajurídicos, perfeccionarse teleológicamente.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, podemos expresar que el orden público y la interrelación de los sujetos de derecho son complementarios y no pueden concebirse uno sin el otro, por lo que toda relación jurídica es en algún grado pública y en algún grado privada. Asimismo, en el intercambio económico están presentes ambas dimensiones del Derecho.

E) Las Normas de Orden Público

Las relaciones jurídicas están sujetas a la voluntad heterónoma estatal no sólo en tanto ésta da juridicidad a aquéllas y establece las reglas y principios para la determinación de las mismas, sino también en tanto la voluntad heterónoma establece imperativamente derechos y titularidades irrenunciables para relaciones jurídicas concretas, limita los derechos y titularidades de una o varias de las partes en una relación jurídica o prohíbe algún tipo de relación jurídica, sin que se permita a las partes pactar en contrario.

Esta imperatividad encuentra su justificación en mayor o menor grado en los principios sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado, implicando mayores y menores grados de orden público.

La voluntad heterónoma suele manifestarse normativamente en prohibiciones o en preceptos.

Otras veces las normas de orden público son reconocibles porque sancionan su incumplimiento con la invalidez o porque no dejan posibilidad de cumplir la ley de otro modo.

Messineo explica que:

“El carácter coactivo puede resultar –y de ordinario resulta– del modo peculiar de la formulación de la norma, la cual prohíbe o impone comportamientos; pero puede resultar también de indicios indirectos, como la irrogación de la nulidad de un determinado acto que sea contrario a la norma”.¹⁴⁹

Señala, José León Barandiarán que no es suficiente constatar si existe una forma imperativa o prohibitiva: “Lo que interesa es tener el concepto mismo de lo que es el orden público, y en base a ello examinar la disposición respectiva”.¹⁵⁰

Nicolás Coviello, por su parte, precisa que también la norma permisiva es de algún modo imperativa, pues lo que para uno es permisión (facultad o titularidad) para otro es obligación de no poner obstáculo al hecho permitido o facultado. Y, de otro lado, explica que normas permisivas como las que otorgan el derecho a transferir la propiedad o gravarla, el derecho al voto en las sociedades o el derecho a contraer matrimonio alcanzada cierta edad, son también irrenunciables y en ese sentido, de orden público.¹⁵¹

Incluso, las normas declarativas o explicativas, según acertadamente apunta Coviello, son de orden público en el sentido de que contienen un imperativo. Por ejemplo, las que fijan los extremos necesarios para una determinada relación jurídica obligan a ejecutar los hechos considerados como esos extremos; y las que definen conceptos obligan a entender la palabra de la ley en un determinado sentido.¹⁵²

Karl Larenz pone como ejemplos de normas obligatorias las que regulan las condiciones de la autonomía privada y de su ejercicio, como la capacidad negocial, los requisitos de una declaración de voluntad válida y los tipos obligatorios de negocios lícitos. Cita también a las normas sobre seguridad del tráfico jurídico, las que protegen la buena fe de terceros y algunas que limitan la autonomía de la voluntad para prevenir graves injusticias o atender a exigencias sociales.¹⁵³

¹⁴⁹ Francesco Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971), pp. 47-48.

¹⁵⁰ León Barandiarán, Op. cit., p. 42

¹⁵¹ Coviello, Op. cit., p. 16

¹⁵² Loc. cit.

¹⁵³ Kart Larenz. Op. cit., p. 42.

Las demás normas, es decir, las que no determinan las relaciones jurídicas, ni son por otra razón imperativas, tienen carácter supletorio de la voluntad autónoma y tienen la función de integrar ésta en ausencia de estipulación de las partes en sentido distinto o contrario.

La supletoriedad de una norma es un carácter anterior a la celebración del acto jurídico, pues a partir de ese momento ya se puede conocer las reglas que han quedado incorporadas al mismo con igual fuerza obligatoria que las demás.

F) Las Buenas Costumbres

Conjuntamente con las leyes que interesan al “orden público”, la legislación civil coloca a las “buenas costumbres”, sancionando con nulidad a los actos jurídicos que las afecten.

Desde nuestro punto de vista, las buenas costumbres son de este modo una especie incorporada al género del orden público, con la dificultad de precisar lo que debe entenderse por buenas costumbres.

León Barandiarán piensa que:

“El criterio, es en parte definitivo y, en parte, circunstancial. En relación al tiempo y al espacio varía la apreciación de algunos aspectos de las relaciones sociales, para connotarlas como inmorales o no... Pero, como dicen Planiol y Ripert, existe un cuerpo común de doctrina moral, tomado por las nociones modernas de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas y van atenuándose con el tiempo, en cuanto a las reglas generales, las naciones civilizadas concuerdan y, por excepción, disienten”.

Y finalmente agrega que:

“El juez tiene que hacer una compulsa serena de los sentimientos o ideas generales dominantes, para inspirarse en el criterio general de hombre de bien”.¹⁵⁴

Desde que el connotado tratadista peruano hizo esta afirmación, y más aún desde que Planiol y Ripert expresaron su opinión, muchas cosas han

¹⁵⁴ León Barandiarán, Op. cit., p. 43.

cambiado en las apreciaciones morales de los individuos, y quizá pueda haber actualmente más consenso en torno a otros conceptos como los de “derechos fundamentales” y “derechos humanos” –definidos incluso en convenios supranacionales- que al de “buenas costumbres”.

Sin embargo, la amplitud de este concepto podría supuestamente tener la función, pese a la inseguridad jurídica, de permitir al juez la inclusión de muchas situaciones imprevistas en la ley; en aras de proteger al sistema de la posibilidad de que el juez tenga que legislar. La doctrina liberal ha sostenido que el Derecho es un sistema que debe ser cerrado ya que esa es su seguridad mayor. Empero, el problema subsiste ya que en los hechos la interpretación judicial de lo que son las “buenas costumbres” abre la posibilidad para que el juez legisle en la práctica, con lo que el sistema cerrado es una verdadera ilusión jurídica.

Expresa Lord Dennis Lloyd que:

“... En Inglaterra, por ejemplo, esta idea de orden público se emplea sobre todo como un medio muy limitado de descargar al tribunal del deber de hacer cumplir contratos formalmente válidos, pero que ofenden profundamente el sentido moral o de justicia del tribunal, aunque no impliquen ilegalidad alguna. Esta doctrina se ha aplicado a acuerdos sobre inmoralidad sexual, así como a cierto número de casos de otro tipo, de los cuales tal vez los más importantes sean los acuerdos sobre restricción indebida de comercio, como puede ser el caso de una cláusula de un contrato de trabajo que imponga excesivas restricciones al trabajador una vez concluido su empleo”.¹⁵⁵

El mismo autor agrega que según algunas opiniones judiciales estas categorías son *numerus clausus* en el sistema inglés de precedentes judiciales.

Sostiene Marcial Rubio Correa que el carácter de “buena” plantea la necesidad de recurrir a calificaciones de naturaleza extrajurídica, más precisamente morales.¹⁵⁶

Es de notar, además, que en un universo pluricultural como el peruano la determinación de lo que son las buenas costumbres se hace relativa y

¹⁵⁵ Dennis Lloyd. La Idea de Derecho. ¿Perversidad represora o necesidad social? (Madrid, Editorial Civitas, 1985), p. 294.

¹⁵⁶ Marcial Rubio Correa. Para Leer El Código Civil III. Título Preliminar. (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2ª edición 1986), p. 20.

variable ya que habrá de considerarse tiempos, lugares y personas.

La inclusión de las buenas costumbres en el Derecho implica que los actos contrarios a éstas constituyan un ámbito de la ilegalidad, y asimismo de la ilicitud.

No obstante, estos actos no se identifican necesariamente con los de la inmoralidad ya que no todo lo que interesa a la Moral interesa al Derecho.

Roberto De Ruggiero enseña que el criterio distintivo entre la norma jurídica y la moral es la coercibilidad de la primera y la incoercibilidad de la segunda ya que ésta última no tiene más sanción que la reprobación de la conciencia o de la opinión pública.¹⁵⁷ No obstante, las reglas éticas tienden a transformarse en jurídicas, como ocurre con la autorización al donante a revocar una donación por causa de ingratitud. De ahí el vasto campo común a ambos tipos de normas.

En la distribución de poderes-deberes propia de las relaciones jurídicas con frecuencia puede afectarse aspectos de la vida humana que si bien no han sido previstos en las normas legales son considerados como bienes a los cuales la sociedad asigna un altísimo valor. No considerarlos en el sistema jurídico afectaría el equilibrio social y en algunos casos de naturaleza económica hasta empañaría la evaluación costo-beneficio causando distorsiones en el mercado. Actos jurídicos que impliquen segregación racial u otro tipo de discriminación, manipulación genética, violencia física o moral, por citar algunos ejemplos, aunque en sus demás elementos sean equilibrados pueden causar un considerable desmedro a una determinada sociedad en lo que ésta tiene por valioso y digno de su deseo y aspiración.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2005, recaída en el expediente N° 3330-2004-AA/TC, señala que ciertas libertades como la libertad de empresa y la libertad religiosa se encuentran limitadas por la moral y que la protección correcta surge del principio constitucional de la dignidad de la persona humana. “Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres...” y “...para estar

¹⁵⁷ Roberto de Ruggiero. Op. cit., p. 9.

arreglado a Derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de ...la moralidad...” (numeral 32). “No puede considerarse permisible según una correlación adecuada entre derechos fundamentales, que se afecten unos (moral, salud y seguridad) a fin de permitir la existencia de otros (empresa).

Es más, las normas del Derecho que ignoren estos valores o costumbres sociales que prevalecen en una sociedad corren el riesgo de convertirse en letra muerta. De Ruggiero señala que cuando un precepto jurídico sea por excepción contrario a la moral, ese precepto estará condenado a desaparecer tal como ha sucedido con la esclavitud y la venta del deudor insolvente y agrega “...así desaparecerán también muchos del Derecho positivo actual cuando aparezcan en pugna con una cultura más desarrollada”.¹⁵⁸

Estos aspectos de la vida humana que son considerados positivos para una determinada sociedad pueden, sin embargo, ser vistos como negativos por una minoría o por otras sociedades, como sucede con ciertos tipos de discriminación religiosa o de género permitidos en determinados países. Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda hacerse nada por modificar esos “valores”. Al respecto, expresa Lord Dennis Lloyd lo siguiente:

“Si no se reconociera, sin embargo, que en una sociedad dinámica y progresiva debe haber campo para el impulso procedente de los grupos minoritarios, en lugar de descansar simplemente sobre prejuicios de la masa, parecería que la democracia debería ser necesariamente enemiga de todo progreso. Es aquí donde el elemento de la discusión libre, y la posibilidad de influir en la opinión pública a través de la argumentación razonada, constituye un elemento tan vital para la igualdad democrática”.¹⁵⁹

La posibilidad de modificar costumbres, mores y prejuicios de masa que resultan costosos a una sociedad en términos de paz social, equidad y hasta eficiencia, abre el camino al abandono de éstos y a la búsqueda de un mejor equilibrio social.

¹⁵⁸ Ibid., p. 10.

¹⁵⁹ Lloyd, Op. cit. pp. 156-157

A nuestro entender, en una sociedad con escasos consensos éticos el ideal de proteger al sistema de la posibilidad de que el juez tenga que legislar se alcanzaría mejor estableciendo la nulidad de los actos jurídicos que afectan a los derechos fundamentales o derechos humanos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales de los que el Estado es parte. Las buenas costumbres no pueden ser otras que las que se fundan en el orden constitucional del Estado, ya que éste es el único que puede impedir la vigencia de un acto jurídico que no transgrede ninguna ley. No puede dejarse a la libre discrecionalidad judicial la validez de los actos jurídicos entre los particulares por ser contrarios o no a las buenas costumbres. Las buenas costumbres, así como todo el orden público, tienen su cimiento en la Constitución como única fuente primigenia que puede limitar o prohibir la vigencia de cualquier otra norma jurídica o moral que no es contraria a los imperativos de ninguna ley.¹⁶⁰

G) Orden Público en una Economía de Libre Mercado

El contrato es una célula o red de células de “Derecho materializado”, posible en virtud de la acción del orden público que lo sustenta. La voluntad heterónoma estatal está presente en principio para darle juridicidad.

En tanto *orden privado* el contrato se sitúa en el amplio espectro de lo permitido. Esta voluntad autónoma tiene una doble vertiente. De un lado, como señala Manuel de la Puente y Lavallo, la *libertad de contratar*, es decir, la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata y el tipo de contrato (en el caso de los contratos típicos), sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones.¹⁶¹ De otro lado, la *libertad de contratación*, que es la de determinar al interior del contrato la distribución entre las partes de poderes-deberes, de titularidades, que van configurando (creando, regulando, modificando o extinguiendo) las

¹⁶⁰ José Carlos de Bartolomé Cenzano. El Orden Público como Límite al Ejercicio de los Derechos y Libertades (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), p. 277.

¹⁶¹ Manuel de la Puente y Lavallo. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte Tomo I (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1991), pp. 263 y 273-274.

relaciones contractuales y jurídico patrimoniales.

En cuanto a la *libertad de contratar* Manuel de la Puente y Lavalle señala que se desvirtuaría si alguien quedara obligado a contratar.¹⁶² Es indudable que esta libertad está sustentada en el principio liberal de la igualdad de los contratantes ante la ley y en garantías y reglas que el Estado establece: garantías y reglas sin las cuales es impensable la contratación y el intercambio de bienes y servicios entre iguales en condiciones mínimamente equitativas. Si se permitiese que algunos fueren o induzcan a otros a contratar con ellos por error, por ejemplo, se causaría un desequilibrio de derechos y en términos económicos se distorsionaría la demanda de los correspondientes bienes o servicios y ya no podría hablarse de libre intercambio. En una economía de libre mercado la libertad de elegir al cocontratante es un aspecto fundamental. En los casos de posición de dominio en el mercado, en los que esta libertad se ve restringida, el Estado incorpora reglas para proscribir y sancionar el abuso de dicha posición.

Del mismo modo, ante las prácticas restrictivas de la libre competencia y la competencia desleal, en las que se distorsiona la orientación de la demanda, el Estado establece reglas para garantizar la libertad de contratar.

En el ejercicio de la *libertad de contratación* la voluntad autónoma de las partes estipula lo relativo al objeto preciso del contrato, las diferentes prestaciones, las singularidades de la ejecución de las mismas, la adopción o no de ciertos elementos naturales y la determinación de los accidentales.¹⁶³ Esta libertad es posible porque existe la garantía de la coacción superior. Se puede exigir el cumplimiento de un contrato ante el Poder Judicial. Se puede ejecutar la resolución judicial definitiva con apoyo de la fuerza pública.

La intervención del Estado en la determinación de las relaciones

¹⁶² Ibid., pp. 272-273.

¹⁶³ La libertad de contratación es también un derecho fundamental protegido por la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de junio de 2005 recaída en el expediente N° 0001-2005-PI/TC señala que dicha libertad no puede ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales, de modo que "...el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación...".

contractuales en el mercado a través de lo que en el Derecho Privado se conoce como *orden público*, es un componente esencial del mercado.

No es que el Estado sea sólo un árbitro en el juego del libre mercado: alguien que observa desde fuera e impone sanciones por la infracción de reglas. El Estado es un jugador en este juego del intercambio de bienes y servicios; aunque tiene un rol distinto al de los sujetos que intercambian: crear un equilibrio que no existe verdaderamente en la realidad de las fuerzas económicas y que es indispensable para que el mercado exista en cuanto tal. Dicho equilibrio es creado por el Estado al reconocer los derechos y titularidades y establecer las reglas de juego, así como al desplegar los mecanismos para restablecer el equilibrio perdido.

Lo que llamamos libre mercado presupone una cierta distribución de poderes-deberes garantizada por el Estado. Siguiendo los lineamientos de este trabajo podríamos decir que el libre mercado no es tampoco el ámbito de lo que hemos llamado la “voluntad absoluta y pura de Robinson Crusoe antes que llegue Viernes”, sino por el contrario es el espacio del intercambio de los bienes y servicios, posible en tanto existe un orden público que lo sustenta y garantiza.

Lo propio de los bienes que no son escasos es el “consumo absoluto” y lo propio de los bienes que sí son escasos son las titularidades y el intercambio. Lo que llamamos libre mercado es una realidad a la vez libre y a la vez reglada, intervenida por un orden público que garantiza la libre iniciativa: es el ámbito del necesario intercambio según determinadas reglas.

La pura “dinámica” del consumo es absoluta libertad cuando los bienes no son escasos o absoluta violencia si lo son.

A mayor grado de intervención del Estado en las reglas del intercambio, menos dinámica del poder económico privado. Cada sociedad tendrá que crear la magnitud necesaria de estática entre los dos extremos, así como liberar la dinámica, hasta el punto óptimo en que ello es beneficioso para todos los agentes económicos en su conjunto. Parafraseando lo dicho respecto al Derecho, en este caso diríamos que la pura dinámica y la pura estática son conceptos puramente teóricos que coincidirían con la muerte de la economía y del intercambio mismo.

La intervención del Estado en las reglas del intercambio y la iniciativa económica de los particulares son dos dimensiones complementarias del libre mercado, siendo cada operación de intercambio en algún grado libre y en algún grado reglada. La economía es esencialmente única aunque en ella puedan distinguirse sus elementos reglados y los libres. La intervención del Estado en las reglas del intercambio económico sólo puede concebirse en función de la libre iniciativa privada de todos y cada uno de los sujetos económicos. Se trata de un orden público para el ejercicio de la iniciativa privada y el intercambio. Asimismo, cada operación económica particular de intercambio en el mercado sólo es posible dentro del marco de un orden jurídico-económico que la sustenta, que distribuye titularidades, que garantiza los pactos coercitivamente, etc.

De modo análogo, las relaciones pertenecientes al ámbito de la Economía Política sólo tienen sentido en función de la superación de la pobreza y del desarrollo económico de cada uno y todos los gobernados.

La “creación” del libre mercado consiste en un refrenar o encauzar el tipo de comportamiento económico personal que subyuga a un individuo respecto de otro, reconociendo que el intercambio sujeto a ciertas reglas de orden público es la base esencial de la equidad y de la eficiencia en la distribución de los recursos escasos, necesario aunque sea como punto de partida para el mayor beneficio económico individual de cada cual.

La contratación es la base esencial de la eficiencia en el reparto del poder para la distribución de los recursos escasos y es siempre en algún grado libre y en algún grado reglada, intervenida.

La intervención estatal en una sociedad de libre mercado tiene, entonces, ese rol: ser el sustento del intercambio estableciendo los principios fundamentales que encauzan la iniciativa privada y, además, sustituyendo o reduciendo determinadas condiciones del intercambio que generan desequilibrios.

Ya sea que el Estado intervenga para establecer los principios que encauzan la iniciativa privada así como para estatuir otras normas imperativas, ya sea que establezca reglas supletorias, la eficiencia del Estado estará en actuar de modo tal que el beneficio neto de su intervención sea superior al de su abstención, así como el perjuicio neto

que hubiere resultado de su omisión hubiere sido mayor al de su intervención.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo 807, sobre facultades, normas y organización del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de abril de 1996, señaló que lo se procura es corregir las denominadas “fallas del mercado”, que son aquellas situaciones derivadas de circunstancias que no permiten que los mercados funcionen sana y adecuadamente. Seguidamente se expone que la confianza en el ente regulador conduce a que los agentes cumplan espontáneamente las reglas del mercado en el conocimiento de que esta autoridad actuará decidida y eficazmente al sancionar cualquier infracción. Puede observarse que la posibilidad de la coacción para garantizar las reglas de la libre competencia establecidas por el mismo ente regulador y la acción correctiva de las “fallas del mercado”, son índice de una intervención estatal reguladora, administrativa y jurisdiccional.

El Estado, entonces, interviene decididamente en el mercado. La voluntad heterónoma estatal cumple un rol específico en el mercado, así como también lo tiene la voluntad autónoma de los particulares.

En el acápite 3.b) de dicha exposición de motivos se expresa que la labor del Estado resulta de carácter subsidiario a la de los otros agentes del mercado y se encuentra dirigida básicamente a evitar que se produzcan situaciones que atenten contra la propia dinámica del mercado. El Estado interviene en el intercambio para corregir las fallas del mercado sólo cuando existe la convicción de que éste no puede solucionar el problema por sí solo. Desde un enfoque jurídico podríamos decir que el Estado interviene en las relaciones jurídicas sólo cuando existe la convicción de que los sujetos de la relación no pueden solucionar los desequilibrios de la misma por sí solos.

Continúa el acápite 3.b) refiriendo lo siguiente:

“Pero el Estado no sólo se encuentra obligado a considerar que su intervención puede, en algunos casos, ser más perjudicial que el daño que se procura evitar. El Estado debe también tomar

conciencia de que cualquier acción que desarrolle tiene un costo de implementación que debe analizarse antes de adoptar una decisión. Tiene poco sentido gastar 100 en un largo procedimiento legal destinado a sancionar una práctica de una empresa que –en base a la información engañosa que difunde perjudica a los consumidores en 50. Cuando los costos de implementar procedimientos legales destinados a velar por el cumplimiento de las normas que protegen el mercado es más alto que el beneficio que puede obtenerse, el Estado debe estar en la capacidad de diseñar mecanismos que incentiven la corrección de la falla del mercado detectada, a un menor costo. En esta línea de pensamiento, el INDECOPI ha buscado desde su creación que cualquier acción sea lo menos costosa posible, descartándose acciones de resultados inciertos o poco claros, y prefiriendo aquellas que conduzcan a que sean las propias empresas y consumidores los que autorregulen el mercado”.

En un sistema de libre mercado el Estado privilegia las acciones ex-post, es decir, en principio deja que los agentes del mercado decidan qué es lo mejor para ellos, asumiendo un rol dirigido a corregir las fallas que pueda presentar el mercado, sin distorsionarlo ni sustituirlo. No condiciona la entrada de productos y servicios al mercado, sino que controla, luego de dicha entrada, que se cumpla con las reglas básicas del mercado y de la libre competencia. Sin embargo, excepcionalmente el Estado interviene con acciones ex-ante, afectando la entrada de productos y servicios al mercado con la finalidad de evitar costos de transacción, como cuando controla la importación de semillas y productos vegetales para la prevención de plagas o cuando prohíbe el internamiento de desechos nucleares. Estos últimos son en general los casos de normas y regulaciones técnicas obligatorias, licencias, registros, autorizaciones, etc., casos en los que puede observarse una mayor “materialización” del orden público.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, define la posición de dominio en el mercado como la posibilidad de actuar de modo independiente con prescindencia de los competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o

servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

Se trata de elementos que dan a un agente un grado de poder susceptible de distorsionar el mercado. Estos elementos pueden ser usados para obtener beneficios causando perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

La referida Ley contiene una relación no taxativa de casos. Citemos como referencia los siguientes: la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; y, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. Como puede observarse, los casos expuestos a modo de ejemplo atentan contra la libertad de contratar en tanto excluyen a alguien del intercambio o lo fuerzan al mismo. Son retornos a la "violencia" anterior al intercambio, ante los cuales el orden público actúa para restablecer el equilibrio de la relación.

Las prácticas restrictivas de la libre competencia a que se refiere el artículo 6 de la Ley son acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que producen o pueden producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son acciones tales como la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; el reparto de cuotas de producción; la concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor, etc. Todas estas prácticas también afectan la libertad de contratar en tanto distorsionan el funcionamiento del sistema de precios.

Según la exposición de motivos del Decreto Legislativo 807, las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas "...crean barreras artificiales de acceso y salida de empresas al mercado reduciendo las opciones que los consumidores puedan tener, lo que no sólo reduce los niveles de bienestar

que puede generar la economía, sino que también atenta contra la eficiencia y disminuye los incentivos que la competencia puede generar para alcanzar situaciones más beneficiosas para la sociedad".

H) La Contratación Masiva y el Orden Público

La voluntad heterónoma estatal reconoce el contenido del contrato acordado bien sea por negociación o bien por adhesión. Es muy frecuente en la contratación actual que sólo una de las partes diseñe la configuración de las estipulaciones del contrato y que la otra sólo las acepte. Al respecto señala de la Puente que en estos casos no deja de existir libertad de contratación desde que el contenido del contrato responde a la determinación de las partes.

Las relaciones económicas generalizadas, masivas y en serie, caracterizadas por la desigualdad económica entre las partes, propias de la economía capitalista, se configuran mediante relaciones jurídicas estandarizadas también establecidas en serie, originándose conceptos tales como el de los contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación.

No obstante, puede percibirse que es nuevamente el Estado –en función de criterios tales como el de maximizar el uso racional y eficiente de los bienes disminuyendo los costos inherentes a la negociación- el que permite que una sola de las partes establezca la distribución de poderes-deberes en el contrato.

Es decir, el orden público da su reconocimiento a este tipo de relación jurídica masiva en tanto disminuye o elimina el costo inherente a la negociación en una operación de intercambio. Esta reducción de costos resulta indispensable cuando el intercambio no resultaría viable por no haber proporción entre los beneficios resultantes de la operación y los costos que generaría la negociación.

La eliminación de los costos propios de la negociación se lleva a cabo mediante la eliminación de la negociación misma, asumiendo el Estado la protección de la parte más débil y la “tutela” de los consumidores y usuarios, en sustitución de la voluntad autónoma de una de las partes de

la relación jurídica.¹⁶⁴

Podría decirse que en estos contratos existe un mayor grado de “materialización”, conforme a lo expresado en acápite anteriores.

El orden público se hace necesario para controlar los desequilibrios que pueden causarse en desmedro de la parte más débil. A mayor desequilibrio mayor debiera ser la presencia pública del sistema jurídico.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 2004, recaída en el expediente N° 518-2004-AA/TC ha señalado, por un lado, que nuestro ordenamiento constitucional económico conlleva que las empresas concurren en un marco de libre competencia y que el Estado estimule la creación de riqueza. Así, la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria.¹⁶⁵ Empero, de otro lado la Constitución con igual énfasis protege al individuo generador de demanda: el consumidor o usuario. Se trata de un límite a la actuación de las empresas en una economía social de mercado. Los consumidores y usuarios representan el fin de toda actividad económica.¹⁶⁶

La legislación civil de diversos países ha previsto la posibilidad de un control administrativo preventivo a través de cláusulas o condiciones generales de contratación aprobadas administrativamente que se incorporan automáticamente a todas las ofertas, sin cuyo trámite aprobatorio no tienen eficacia, salvo que hayan sido adecuadamente publicitadas o que se pruebe que fueron conocidas o pudieron serlo actuando con la diligencia ordinaria.

Asimismo, las leyes civiles pueden prohibir determinadas cláusulas

¹⁶⁴ Cfr. Artículo 65 de la Constitución Política de 1993: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”. Asimismo, los intereses de los usuarios y consumidores tienen relación con otros derechos constitucionales como son la dignidad (artículo 1), libre desarrollo y bienestar (artículo 2 inc. 1), salud (artículo 2 inc. 1 y artículo 7), información y comunicación (artículo 2 inc. 4), a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2 inc. 22), sin perjuicio de que la enumeración de derechos fundamentales no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (artículo 3).

¹⁶⁵ Ver también: STC EXP. N° 0008-2003-AI/TC.

¹⁶⁶ Ver: STC Expedientes 0008-2003-AI/TC; 018-2003-AI/TC; y 858-2003-AA/TC.

abusivas a favor de quien las ha redactado, en los casos de condiciones generales no aprobadas administrativamente o de contratos celebrados por adhesión de la contraparte más débil a las estipulaciones de un formulario prerredactado. En estos casos la ley también puede hacer imperativas todas las normas supletorias previstas para el contrato nominado que corresponda.

La interpretación de las cláusulas prerredactadas muchas veces se sujeta a la regla *in dubio contra stipulatorem*, es decir, en caso de duda, en contra de quien las estipuló.

Del mismo modo, las normas sobre protección al consumidor, las de supervisión de la publicidad y represión de la competencia desleal protegen a la parte más débil al versar sobre la información clara y veraz para el intercambio en el mercado.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo 807, Ley de Defensa del Consumidor, señala que existe al respecto un doble efecto nocivo cuando, de un lado, se orienta la demanda del consumidor hacia productos o servicios que, de haber contado con la información adecuada, no hubiera adquirido o lo hubiese hecho a otro precio, y de otro lado, se genera pérdida de ventas a otros competidores por un medio ilegítimo como es alterar la demanda de productos y servicios utilizando información inadecuada.

Del mismo modo, en sustitución del contenido establecido por negociación, las normas sobre protección al consumidor hacen a los proveedores responsables de la idoneidad y calidad de los productos y servicios así como de la autenticidad de las marcas y leyendas. Les imponen obligaciones sobre información, sobre advertencia del riesgo previsible, sobre eliminación o reducción de peligros no previstos, sobre exhibición de precios, sobre no discriminación, sobre indemnización por prestación defectuosa de servicios, etc.

Las normas sobre publicidad en defensa del consumidor contienen obligaciones tales como las de no inducir a error al consumidor, no confundirlo, o no denigrar al producto competidor, con la finalidad de que no se vulnere la libre elección del consumidor.

Los actos desleales entre competidores son controlados también por el

orden público. Mediante éstos se pretende modificar la demanda sobre bases falsas cuando se crea confusión, reproduce, imita, engaña, induce a error, denigra, desacredita la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectúa comparaciones inapropiadas, viola secretos de producción o de comercio, aprovecha indebidamente la reputación ajena y actos análogos.

Tratándose de bienes o servicios otorgados o prestados en condiciones monopólicas u oligopólicas se hace necesario un control legal y administrativo de los abusos que pueden surgir de dichas situaciones, ya que el monopolio suprime la posibilidad de elegir y el oligopolio por lo menos la restringe.

Si los bienes o servicios otorgados o prestados atendiesen a necesidades básicas de la sociedad, se hará necesaria una mayor protección de orden público, tal como ocurre con los productos farmacológicos y el transporte público. Si además de ser básicos, los servicios se prestan en condiciones de posición de dominio sin posibilidad real de elegir, como sucede con la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, se hace imprescindible una mayor regulación, una mayor carga de orden público.

Cabe destacar que las ciencias económicas reconocen servicios de infraestructura que por sus denominados costos hundidos, que requieren importantes inversiones en redes (agua potable, alcantarillado, transmisión y distribución de electricidad, telefonía fija local, etc.), y por razones de economías de escala, implican que sea más eficiente para la sociedad que éstos sean prestados monopólicamente (u oligopólicamente en algunos casos en los que sólo cierto grado de competencia resulta eficiente). Se trata de situaciones de “monopolio natural” que son de mayor sensibilidad y en las que el orden público reconoce y procura el acceso de todos y cada uno de los sujetos de derecho a servicios de calidad en términos y condiciones de equidad y razonabilidad. Entre dichos términos y condiciones se encuentran las tarifas, las cuales serán equitativas si cubren los costos de la entidad prestadora y generan para la misma una ganancia razonable. El orden público regula las tarifas aspirando a que estas equivalgan a las que resultarían de simular las

ganancias que obtendría la entidad prestadora en una actividad competitiva de similar riesgo. La intervención estatal en estos casos es normativa, reguladora de tarifas, supervisora del cumplimiento de las obligaciones, fiscalizadora de las infracciones, sancionadora a fin de desincentivar comportamientos que afecten el equilibrio en el mercado en desmedro de la parte más débil, y finalmente, solucionadora de reclamos de usuarios mediante procedimientos administrativos. El Derecho llega a calificar tales actividades como servicio público.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 2004, recaída en el expediente N° 0858-2003-AA/TC, ha señalado que las amenazas o violaciones de los derechos fundamentales que provengan de los agentes económicos (públicos o privados) que prestan servicios públicos tienen relación directa con el derecho constitucional a la protección de usuarios y consumidores. Los organismos reguladores con los que el Estado interviene en los servicios públicos, tienen un genérico deber especial de protección de los usuarios frente a dichas amenazas o violaciones. Los acuerdos privados no pueden contravenir derechos fundamentales. Los organismos reguladores tienen una labor garantista frente a las restricciones de derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados (asimetría). Los que resuelven controversias no deben olvidar que los usuarios no pueden disponer de sus derechos fundamentales, pues son el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico.

Capítulo V

ORDEN PÚBLICO Y CÓDIGO CIVIL DE 1984

A) El artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984

Herederos de la tradición expuesta en el Capítulo I del presente trabajo, los reformadores que dieron vida al primer Código Civil peruano del siglo XX, el Código Civil de 1936, consideraron en sus sesiones textos similares a los de 1852, pero luego, siguiendo más directamente la tradición napoleónica el artículo III del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936 finalmente estableció que “No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. De este modo, el antecedente más próximo del Código Civil vigente de 1984 simplificó la redacción y dio al precepto un mayor alcance respecto al texto del Código de 1852 al incluirse pactos de cualquier naturaleza sin distinción alguna. Fernando Vidal Ramírez ha señalado que, contrariamente a la norma que le sirvió de antecedente, la de 1936 puso coto a toda interpretación que pretendiera orientarse hacia la autonomía de la voluntad como un principio absoluto, pues quedó impregnada de la noción de orden público.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Fernando Vidal Ramírez. Op. cit., p. 592.

1. Siguiendo esa misma tradición el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

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

El primer enunciado de la norma es que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público. Dice Vidal Ramírez que si bien se mantiene el criterio cogente del Código de 1936, se ha introducido una notoria diferencia ya que no sólo se señala la prohibición sino también la consecuencia de la contravención.¹⁶⁸

De la afirmación del artículo V se desprende que existen leyes (o normas) que interesan al orden público y otras que no interesan al orden público. También podemos distinguir lo siguiente:

- Los actos jurídicos contrarios a las leyes que no interesan al orden público pueden ser válidos, ya que dichas leyes son supletorias de la autonomía de la voluntad.
- Los actos jurídicos no contrarios a las leyes que no interesan al orden público pueden ser válidos. Si bien estos actos se adecuan a dichas leyes, ya se ha visto en el enunciado anterior que éstas son supletorias de la autonomía de la voluntad.
- Los actos jurídicos no contrarios a las leyes que interesan al orden público, también pueden ser válidos, pero en razón a que se adecuan a dichas leyes.
- La nulidad es la sanción legal que el Código Civil impone a los actos que son contrarios a las leyes que interesan al orden público, lo que equivale a sacarlos del ámbito de lo válido, de las reglas de juego aceptadas. Se trata, pues, de actos que están fuera del sistema aceptado. Como ya se ha visto, se trataría de actos absolutamente inválidos por no haber cumplido con una obligación o haber transgredido una prohibición. No obstante, el inciso 8º del artículo 219 del mismo Código señala que la ley puede establecer sanción diversa. Los casos de hechos consumados que no pueden revertirse se resuelven en el resarcimiento a los

¹⁶⁸ Ibid., p. 593.

afectados.

- Si son nulos los actos contrarios a leyes que interesan al orden público, el juez deberá distinguir cuáles son esas leyes que interesan al orden público.
- El concepto “leyes que interesan al orden público” implica que el orden público puede o no estar implicado en una disposición legal, lo que lo hace algo diferente a la ley, la cual tiene o carece de determinado carácter. El orden público no se identifica con la ley pero puede encontrarse en lo expresamente establecido en ésta y, porque no, en los contenidos que pueden extraerse de las leyes mediante métodos de interpretación.

Para los numerales 28 y 29 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de junio de 2004, recaída en el expediente N° 3283-2003-AA/TC el orden público tiene una naturaleza axiológica de la que se deriva un orden material preservado mediante medidas limitativas o restrictivas:

“El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad”.

Desde la perspectiva del Código Civil de 1984 el orden público es fundamentalmente lo no supletorio, aquello estatuido imperativamente en las normas legales que la voluntad autónoma del sujeto no podrá modificar. El orden público en tanto está constituido por lo imperativo, lo preceptuado y lo prohibido implica una relación entre quien ejerce el poder de mandar o prohibir y el obligado o prohibido de dar, hacer o no hacer algo. El orden público es lo que la sociedad a través del Estado ordena o prohíbe imperativamente al sujeto de derecho. Dicho de otro modo, el orden público es un resultado del ejercicio del poder público. Es el poder público que permite actuar a la voluntad privada y que de otro lado le impone limitaciones.

La esencia del orden público es el carácter imperativo de la norma legal.

En cuanto orden imperativo, el orden público es el reflejo de la cosmovisión y convicciones predominantes en una determinada sociedad, y de otro lado constituye un elemento influyente o condicionante de los modos de pensar, sentir y actuar de ese mismo grupo social.

El orden imperativo se construye siempre sobre la base de los derechos irrenunciables e indisponibles y el cimiento constitucional por el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.¹⁶⁹ Las normas que estatuyen dicha base y cimiento, reconociendo dichos derechos, son las primeras que interesan al orden público.

Este orden público se extiende masivamente en el entramado de todo el Código Civil y suele manifestarse normativamente en una multiplicidad de prohibiciones y limitaciones infranqueables o preceptos y mandatos que imponen obligaciones o requisitos que no pueden ser dispensados. La sanción es, por lo general, la nulidad, pero la ley puede establecer sanción diversa, como ya hemos señalado.

Así, por ejemplo, encontramos algunas prohibiciones en el Código Civil. El artículo 5 prohíbe la cesión del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana. El artículo 312 prohíbe que los cónyuges celebren contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad de gananciales. El artículo 704 prohíbe al notario que sea pariente del testador intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado.

Prohibiciones y limitaciones aparecen en gran parte del Código. Al respecto, puede revisarse también los artículos 7, 14, 15, 16, 51 in fine, 52, 104 segundo párrafo del inciso 2º, 107, 125, 153, 180, 199 segundo párrafo, 220 in fine, 274, 292 in fine, 379 penúltimo párrafo, 381, 382, 384, 396, 440, 441 in fine, 447, 452, 487, 489, 515, 523, 531, 538, 546, 548, 566, 596, 627, 630, 632, 633 in fine, 641, 644, 677, 690, 695, 705, 723, 733, 748, 754, 783, 882, 887 in fine, 912, 920 in fine, 925, 957, 959 a 964, 996 in fine, 1001, 1029, 1030 segundo párrafo, 1046, 1047, 1095, 1106, 1113, 1124, 1129, 1146, 1174, 1210, 1249, 1257, 1258, 1290, 1355, 1366 a 1369, 1398, 1428

¹⁶⁹ Constitución Política del Perú de 1993, artículo 1.

in fine, 1490, 1589, 1595, 1668, 1672, 1688, 1813, 1820, 1827, 1831, 1836, 1846, 1847, 1889 in fine, 1896, 1945, 1990, 1992, 2017, 2028 in fine, y 2073 in fine.

Asimismo, encontramos muchísimos preceptos y mandatos en el Código Civil, que imponen obligaciones o establecen requisitos o condiciones legales para el ejercicio de determinados derechos. El artículo 81 señala que el estatuto de la asociación debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley. El artículo 315 establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno tenga poder especial de otro. El artículo 779 ordena que el nombramiento de albacea conste en testamento.

Sin que esta relación pretenda ser completa, normas preceptivas también están contenidas en los artículos VII, VIII y X del Título Preliminar, 16 segundo párrafo, 19, 23, 40, 51, 53, 55, 77, 79, 82, 83, 87, 90, 95, 101 primer párrafo, 105, 112, 113, 117, 135, 140, 167, 195, 201, 232, 240 segundo párrafo, 248, 254, 268 segundo párrafo, 269, 295 segundo y tercer párrafos, 329 segundo párrafo, 345-A, 364, 378, 414 in fine, 423, 429, 433, 451, 474, 494, 496, 499 inciso 4º, 500, 512, 519, 520, 521, 526, 532, 533, 553, 599, 645, 659, 697, 698, 707, 708, 734, 743, 765, 787, 794, 830, 832, 923 in fine, 926, 941, 945, 950, 951, 957, 960, 963, 975, 980, 991, 993 segundo párrafo, 998, 1006, 1007, 1008, 1010, 1013, 1019, 1020, 1042, 1052, 1099, 1114 in fine, 1128, 1205 in fine, 1245, 1251, 1252 último párrafo, 1269, 1271, 1280, 1281, 1303, 1380 in fine, 1413, 1415, 1416, 1422, 1423, 1437 in fine, 1466, 1474, 1475, 1481 segundo párrafo, 1549, 1592 segundo y tercer párrafos, 1596, 1651, 1708 inciso 1, 1711, 1746, 1747, 1783 in fine, 1836 in fine, 1843, 1844, 1859, 1926, 1950, 1952, 1979, 2018, 2030 y 2031 y 2051.

Otras veces las normas de orden público son reconocibles porque sancionan su incumplimiento con la nulidad o porque determinan la ineficacia de determinados actos o la inoponibilidad de ciertos derechos respecto de alguna persona o de todas.

El artículo 27 sanciona con nulidad el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley. El artículo 219 define las nulidades absolutas y establece sus causales de modo general para los actos jurídicos: cuando falta la

manifestación de voluntad del agente, cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, cuando su fin sea ilícito, cuando adolezca de simulación absoluta, cuando no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad, cuando la ley lo declare nulo o en el caso del artículo V del Título Preliminar. El artículo 274 señala las causales de nulidad del matrimonio. Según el artículo 1111 del mismo cuerpo legal es nulo el pacto por el cual el acreedor hipotecario adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca cuando no se cumpla la obligación. Conforme al artículo 1927 es nula la renta vitalicia cuya duración se fije en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública.

La sanción de nulidad ha sido prevista también por otros varios artículos del Código, pudiendo revisarse los siguientes: 156, 172, 218, 264, 274, 268 in fine, 280, 295 segundo párrafo, 629 in fine, 675, 688, 808, 810, 811, 813, 814, 865, 1092, 1130, 1207, 1304, 1308, 1328, 1405, 1406, 1408 in fine, 1411, 1425, 1444, 1453, 1520, 1528, 1543, 1582, 1587, 1605 in fine, 1624, 1625, 1631, 1650, 1734, 1780, 1784, 1817, 1858, 1871, 1925, 1932, 1944, 1986, 1990 y 2070 último párrafo.

Conforme al artículo 150, la revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, no produce efecto si no es realizada por todos los representados. Por el artículo 1114 la cesión de rango hipotecario es ineficaz contra el deudor si éste no la acepta o no le ha sido comunicada fehacientemente.

Otras ineficacias e inoponibilidades se desprenden de los artículos 77 segundo párrafo, 161, 188 in fine, 194, 206, 222 in fine, 226, 336, 338, 356 in fine, 365, 366, 376, 485, 762, 826, 876, 912, 993 segundo párrafo, 1061, 1067, 1115, 1174, 1194, 1197, 1198, 1199, 1215, 1221, 1292, 1378, 1432, 1435 in fine, 1438, 1456, 1474 in fine, 1601 in fine, 1640 y 1664 in fine.

Dado que los actos anulables pueden ser confirmados por la parte a quien corresponda la acción de anulación, debe inferirse que las normas que establecen causales de anulabilidad no son absolutamente imperativas, sino que otorgan un derecho renunciable a dicha parte. El artículo 221 establece de modo general las causales de anulabilidad de los actos jurídicos: por incapacidad relativa del agente, por vicio resultante de error, dolo, violencia

o intimidación, por acto que simula ser otro, cuando la ley lo declara anulable. La anulabilidad aparece también, por ejemplo, en los artículos 163, 166, 201, 204, 206, 210, 213, 214, 215, 230, 231, 277, 582, 591 y 594, 743 in fine, 808 in fine, 809, 812 y 813 in fine.

Los siguientes artículos se refieren de modo general a la invalidez y debe interpretarse, en cada caso, si se trata de derechos renunciables o irrenunciables, de anulabilidad o de nulidad absoluta: 8, 11, 87, 116, 140, 171, 211, 296, 593, 671, 743, 757, 759, 806, 978, 1099, 1224, 1250, 1254, 1286 in fine, 1360, 1398, 1399 in fine, 1480, 1497 in fine, 1629, 1634, 1669, 1802, 1964 y 1966.

Otras normas de orden público son reconocibles porque no dejan posibilidad de cumplir la ley de otro modo. Los artículos 13, 14 y 15 no permiten aplicar la ley de otro modo cuando disponen que ciertas decisiones corresponden a determinadas personas, exclusivamente y en el orden establecido por la norma. Lo mismo ocurre cuando el artículo 278 establece que ciertas acciones procesales no se transmiten a los herederos, aunque éstos pueden continuar la acción iniciada por el causante. El artículo 479 establece que entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que lo sigue, sin que pueda evadirse tal obligación. El artículo 481 señala al Juez criterios para regular los alimentos, sin que pueda dejar de tomarlos en consideración.

A veces el articulado formula algunas definiciones conceptuales, categorizaciones o clasificaciones que van a constituir el modo de entender determinadas instituciones jurídicas. Encontramos algunas de estas normas en los artículos 80, 99, 111, 134, 140, 234, 332, 348, 377, 418, 472, 681, 686, 723, 742, 778, 881, 886, 887, 888, 890, 891, 894, 896, 905, 916, 923, 969, 983, 999, 1030, 1035, 1091, 1097, 1123, 1161, 1173, 1175, 1206, 1220, 1242, 1256, 1265, 1267, 1277, 1288, 1302, 1313, 1333, 1351, 1435, 1440, 1447, 1457, 1470, 1480, 1485, 1491 y 1492, 1529, 1583, 1586, 1592, 1602, 1604, 1621, 1648, 1666, 1713, 1728 y 1729, 1755, 1764, 1771, 1790, 1814, 1854, 1857, 1868, 1923, 1950 y 1956.

2. El artículo 1356 del Código Civil complementa y precisa lo dicho en

el ámbito de los contratos:

“ARTÍCULO 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

De dicha información se desprende lo siguiente:

- Existen disposiciones de la ley que son imperativas y otras que son supletorias de la voluntad de las partes.
- Las disposiciones sobre contratos son supletorias, salvo que sean imperativas. No puede concluirse que sólo son supletorias las disposiciones de la ley sobre contratos o que son imperativas las disposiciones de la ley en materia distinta a la de los contratos, pues dicha interpretación no armonizaría con lo ya inferido a partir del texto del Artículo V del Título Preliminar del Código Civil. La tautología (“supletorias salvo que sean imperativas”) puede superarse interpretando que dichas normas sobre contratos deben entenderse en principio como supletorias, salvo que su carácter imperativo sea manifiesto.

También en relación a los contratos el artículo 1354 del Código Civil es del mismo temperamento cuando dispone:

“ARTÍCULO 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Este artículo se deriva del derecho constitucional de toda persona a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga leyes de orden público (artículo 2 – 14º de la Constitución). A primera impresión el citado artículo 1354 señala que en primer lugar está la autonomía privada, la que queda limitada si es que el Estado interviene. Esto no se percibe así si nos detenemos a observar que el contrato en sí mismo es posible en virtud de la acción de la voluntad estatal que lo sustenta. El Estado da juridicidad a los contratos.

Es más, como se ha expuesto en el capítulo anterior, el orden público y la interrelación de los sujetos de derecho por medio de su voluntad autónoma son complementarios y no pueden concebirse uno sin el otro, por lo que

toda relación jurídica es en algún grado pública y en algún grado privada.

En materia de contratos la autonomía de la voluntad puede ser mayor que en otras áreas del Derecho como la sucesoria; pero ello no es necesaria ni frecuentemente así. Por ejemplo, la autonomía para testar cuando no se tienen herederos forzosos puede ser muy amplia; no así la libre determinación del contenido de una compraventa en un supermercado (contratación masiva).

En la contratación masiva la intervención pública puede alcanzar grados en los que poco queda a la autonomía privada, en aras de salvaguardar los derechos de la contraparte más débil.

El Código Civil de 1984 ha previsto la posibilidad de un control administrativo preventivo a través de cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente que se incorporan automáticamente a todas las ofertas (artículo 1393), aunque las partes puedan convenir expresamente que determinadas cláusulas no se incorporen a la oferta en el contrato particular (artículo 1395).

Si las cláusulas generales de contratación no han sido objeto de dicho control administrativo, sólo serán incorporadas a la oferta de un contrato particular cuando hayan sido conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria, lo cual se presume si existió adecuada publicidad (artículo 1397). Al contratante más poderoso le corresponde publicitar adecuadamente sus cláusulas generales.

Tratándose de cláusulas generales no aprobadas administrativamente, así como en los casos de contratos celebrados por adhesión de la contraparte más débil, son inválidas algunas estipulaciones consideradas excesivas, establecidas a favor de quien las ha redactado. El artículo 1398 del Código Civil prohíbe las que establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato. Asimismo, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato nominado -pasando las normas dispositivas a ser imperativas-, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez o las partes se hubieran

sometido a un reglamento arbitral (artículo 1399).

Asimismo, las cláusulas que pudieran haber sido por excepción agregadas al formulario de un contrato celebrado por adhesión prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto expresamente (artículo 1400).

El Código Civil de 1984 también ha establecido el principio de interpretación *in dubio contra stipulatorem*, por el cual las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación (aprobadas o no administrativamente) o en formularios redactados por una de las partes para la adhesión de la contraparte, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra.

Finalmente, otra limitación a la autonomía de la voluntad se encuentra en el artículo 332 inciso 4 del Código Procesal Civil que establece que el Juez debe declarar la improcedencia del allanamiento del demandado cuando el conflicto de intereses afecta el orden público y las buenas costumbres. Del mismo modo, el Juez homologa la transacción siempre que no afecte el orden público (artículo 337 del CPC) y las partes pueden convenir la renuncia a recurrir siempre que ello no afecte el orden público y las buenas costumbres (artículo 361 del CPC).

3. Señala Fernando Vidal Ramírez que el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984, como su antecedente, hace referencia al orden público y a las buenas costumbres "...pese a que ambos conceptos se integran y forman uno solo, pues las buenas costumbres son parte del orden público.¹⁷⁰

Partamos de que el segundo supuesto de dicha norma consiste en que el acto jurídico contraría a las buenas costumbres, y no a las leyes que interesan a las buenas costumbres. Hacemos nuestra y aceptamos como premisa la conclusión que obtiene Marcial Rubio del análisis lógico interno del artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984: que "...la nulidad prevista afecta a los actos jurídicos contrarios, bien a las normas jurídicas vigentes que se refieren al orden público, bien a las buenas

¹⁷⁰ Op. cit., p. 593.

costumbres.¹⁷¹

Fernando Vidal Ramírez es de la misma opinión cuando señala que el artículo V tiene una redacción equívoca y que debe interpretarse como si el texto literalmente expresara “es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres” y no que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres”, como resulta de su tenor literal. El autor explica que:

“Hay leyes que interesan al orden público en cuanto tienen un carácter imperativo, cogente, porque también hay leyes simplemente dispositivas y supletorias contra las cuales prevalece la autonomía de la voluntad, mientras que las buenas costumbres, como que tienen su propia autonomía normativa, no requieren estar recogidas en normas legales”.¹⁷²

Sobre el concepto mismo de buenas costumbres, nos remitimos a lo ya expresado en el capítulo precedente.

B) Las Clasificaciones Cerradas en el Código Civil de 1984.

Conforme a lo anteriormente expresado, las normas que prohíben otras relaciones jurídicas o titularidades con determinados efectos, distintas de las previstas expresamente por la ley, constituyendo clasificaciones cerradas o “*numerus clausus*”, están entre las de orden público. Podemos citar algunos ejemplos:

1. Las personas incapaces.- Los artículos 43 y 44 del Código Civil señalan quiénes son personas incapaces de ejercicio de sus derechos. Estas normas limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad de sujetos que se encuentran en determinada situación que pueda implicar que sus actos no sean razonables o que su voluntad no pueda ser expresada de manera indubitable. Se pretende proteger a dichas personas con normas más rigurosas para aquellos casos de incapacidad absoluta y con normas más laxas para casos de incapacidad relativa.

¹⁷¹ Marcial Rubio Correa. Op. cit., pp. 92 y 93.

¹⁷² Loc. cit.

El artículo 219 sanciona con nulidad al acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz de ejercicio. El artículo 221 establece que el acto jurídico es anulable, entre otros supuestos, por incapacidad relativa del agente.¹⁷³ El inciso 1º del artículo 241 impide el matrimonio de los adolescentes menores de 16 años, permitiendo que los demás adolescentes puedan contraerlo previa dispensa judicial.

Sin embargo, dichas normas no dejan de ser de algún modo arbitrarias. Un retardado mental goza como incapaz relativo de menor protección que la que tiene un adolescente de 15 años que goza de todas sus facultades físicas y mentales y que podría actuar en mejor forma que otros adolescentes de 16 años que son considerados incapaces relativos por el sistema jurídico.

No obstante, la legislación ha optado por establecer ciertas clasificaciones cerradas para una mayor seguridad jurídica y para evitar los costos que implicaría una evaluación particular de la razonabilidad de cada individuo, así como evitar o reducir los costos de transacción para quienes celebran actos jurídicos con personas que pudieran ser incapaces.

De cualquier modo, la ley ha definido cierto ámbito de lo prohibido al sancionar con nulidad ciertos actos jurídicos en función de criterios más o menos objetivos relativos a las personas que realizan un acto jurídico. De esas normas también surge quiénes gozan de capacidad de ejercicio plena o relativa, por lo que dichas normas también contribuyen a otorgar juridicidad a los actos celebrados por aquellas personas consideradas capaces o relativamente capaces.

Desde el punto de vista social estas normas definen al grupo de personas que pueden actuar jurídicamente en una determinada sociedad, considerando que constantemente van saliendo de la incapacidad absoluta o relativa algunas personas mientras que otras van entrando en incapacidad absoluta o relativa.

2. Las formas previstas de personas jurídicas.- Expresa el artículo 76

¹⁷³ Recuérdese lo señalado respecto a que las normas que establecen causales de anulabilidad no son absolutamente imperativas, sino que otorgan un derecho renunciabile a la parte a quien corresponda la acción de anulación.

del Código Civil de 1984 que la existencia de la persona jurídica se determina por las disposiciones de dicho código o de las leyes respectivas. Establece el artículo 77 que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

El Código Civil regula como personas jurídicas a la asociación, la fundación y el comité.

Por su parte la Ley General de Sociedades N° 26887 regula las sociedades estableciendo en su artículo 2 que éstas deben adoptar alguna de las formas previstas en dicha ley.

Nadie podría constituir una persona jurídica distinta de las previstas en el Código Civil, en la Ley General de Sociedades o en otras leyes especiales. Su existencia no sería reconocida por el ordenamiento jurídico ni podría lograrse su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas.

Es evidente cómo nuevamente se hace presente la voluntad heterónoma del Estado para “materializar” las relaciones jurídicas con una mayor carga de *orden público*. Ello encuentra su justificación en que en sí mismo el concepto de *persona jurídica* es una ficción creada por el *orden público* como un marco para determinadas modalidades de interrelación jurídica. La ley señala las características y efectos de lo que ha creado. La autonomía de la voluntad por sí sola no tendría cómo darle a un contrato social *Inter partes* los efectos respecto de terceros que tiene una persona jurídica en virtud de la ley.

3. La sociedad de gananciales y los patrimonios separados.- Establece el artículo 295 del Código Civil que antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Añade el artículo que si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad e inscribir el acto en el Registro Personal.

Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro debiendo hacerlo por escritura pública e inscribiendo el acto en el Registro

Personal. A ello se refiere el artículo 296 del Código Civil. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.

No obstante, establece el artículo 329 del Código Civil que el régimen de separación puede ser establecido por el juez, a pedido de un cónyuge que se considere agraviado por el otro, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. La sentencia debe ser inscrita en el Registro Personal. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.

El orden público familiar permite el régimen de separación de patrimonios sólo según lo establecido en las disposiciones señaladas en los párrafos anteriores que hacen que dichos actos sean eminentemente formales y solemnes. La autonomía de la voluntad se ve tan intervenida por el Estado que si los futuros cónyuges celebraron un acuerdo privado por escrito y no formalizaron mediante escritura pública el régimen de separación de patrimonios, se entenderá que eligieron el régimen de la sociedad de gananciales como supletorio. En ese caso sólo podrán sustituir el régimen de gananciales por el de separación de bienes de común acuerdo y siguiendo las formalidades de ley.

4. Las causales de separación de cuerpos y de divorcio.- El artículo 333 del Código Civil establece las causas de separación de cuerpos y de divorcio vincular por causal.

Dichas causas son específicas cuando están expresamente señaladas en el Código Civil. Las causas pueden ser innominadas en los casos en que los cónyuges van a la separación convencional o al divorcio por mutuo disenso.

Pero si no hay asentimiento mutuo para la separación convencional o para el divorcio, el cónyuge que pretenda la separación de cuerpos o el divorcio sólo podrá hacerlo por causa específica establecida en la ley. La ley considera que dichas causas son las que pueden permitir al juez apreciar si debe o no conceder el divorcio pretendido por el cónyuge que lo demanda.

Hasta la Ley N° 27495, de 11 de junio de 2001, ley que incorporó la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio, el orden público familiar establecía una restricción a la autonomía

de la voluntad atendiendo al conflicto entre separación justificada y abandono conyugal. Es decir, la separación unilateral injustificada era vista por la ley como abandono del cónyuge y de la familia, no pudiéndose fundar la demanda en hecho propio. En consecuencia, la norma no establecía la separación de hecho entre las causas que justificaban una separación unilateral y prohibía la separación que no estuviera específicamente causada. Ello, sin embargo, no impedía la proliferación de separaciones de hecho cuyo no reconocimiento jurídico tenía consecuencias muy negativas para uno o para ambos cónyuges en diversos aspectos y entre ellos el económico. El orden público familiar es ahora más adecuado para la realización de la persona humana ya que en lugar de coactar la voluntad de separarse unilateralmente, se ha reconocido las separaciones de hecho para darles una solución que debe resultar en protección del otro cónyuge y de los hijos en la medida que son perjudicados por tal conducta.

La causal ha quedado establecida como la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, o de dos años si no los tuviesen.

Además, si el orden público familiar aceptaba en principio que un vínculo matrimonial se disolviese y permitía asimismo un nuevo matrimonio, no parecía coherente que prohibiese al separado unilateralmente y a su cónyuge que llevasen a término la disolución del vínculo y que no les permitiese un nuevo matrimonio. Lo que correspondía era que el orden público familiar regule la protección del otro cónyuge y de los hijos en cuanto se viesen perjudicados por la disolución del vínculo y por el nuevo matrimonio.

Esta problemática de las separaciones de hecho contribuye a explicar la dinámica existente entre el orden público y la autonomía de la voluntad. El orden público puede “materializar” y hacer estáticas determinadas situaciones de derecho privado, o dar mayor margen de acción a la voluntad autónoma.

5. Las formas de testar.- El artículo 691 del Código Civil distingue entre los testamentos ordinarios y los especiales. Los primeros son el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos

especiales son permitidos sólo en circunstancias determinadas señaladas en dicho Código y son el testamento militar y el marítimo.

De la lectura del Título II de la Sección Segunda del Libro de Sucesiones del Código Civil de 1984 sobre las formalidades de los testamentos se puede apreciar que todo lo concerniente a la sucesión testamentaria es eminentemente formal, existiendo una fuerte intervención del orden público sucesorio en protección de la asignación de titularidades que va a surgir del testamento. En 32 artículos se repite 8 veces el término “escritura pública”; 27 la palabra “notario”; y, 4 veces protocolizar o protocolizado y otras variantes.

6. La legítima y la porción disponible.- Señala el artículo 723 del Código Civil que la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Nuestra ley opta por la existencia de herederos forzosos y señala en el artículo 724 que éstos son los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. Otros sistemas jurídicos han optado por la más absoluta autonomía de la voluntad a este respecto, pudiendo algún testador relegar a sus parientes cercanos para nombrar herederos a cualesquiera personas naturales o jurídicas.

En nuestro sistema el orden público sucesorio ha restringido la autonomía de la voluntad a una porción de libre disposición que varía según se tenga hijos u otros descendientes, o cónyuge, o se tenga sólo padres u otros descendientes. Sólo quien no tenga cónyuge ni parientes de los anteriormente indicados tiene autonomía para la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

Tratándose de la sucesión intestada, el artículo 816 establece órdenes sucesorios imperativos e inmodificables y el artículo 817 las exclusiones sucesorias para el funcionamiento de este sistema de orden imperativo.

7. Los derechos reales posibles.- El artículo 881 del Código Civil señala que son derechos reales los regulados en el Libro V de dicho Código y en otras leyes.

Las partes contractuales no podrían crear un nuevo tipo de propiedad o

constituir algún derecho real que existió en Códigos ya abrogados o crear una especie de usufructo con características particulares y darle una nueva denominación, ni hipotecar el salón comedor de su casa habitación siendo éste una parte indivisa del inmueble, etc.

El *numerus clausus* de los derechos reales tiene la función de fijar o “materializar” determinadas unidades que permitan tener claramente definidos y uniformes ciertos derechos sobre los bienes. Los derechos reales se constituyen en una suerte de moléculas o células con las que opera la autonomía de la voluntad para tejer la red, el entramado de relaciones jurídicas, que por esa razón deben estar protegidas por mecanismos de oponibilidad frente a terceros a través de la posesión y el registro.

C) Actos de Disposición del Propio Cuerpo

Algunas disposiciones del Código Civil se refieren expresamente al “orden público” y/o a las “buenas costumbres”.

El artículo 6 del Código Civil establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera son contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”.

El artículo comienza con un enunciado imperativo-prohibitivo: Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física.

Sin embargo, el legislador quiere ampliar la prohibición a ciertos casos en los que los actos de disposición del propio cuerpo no ocasionan una disminución permanente de la integridad física, sin tener que prever de modo exhaustivo cuáles son esos casos. Recurre, entonces, a una fórmula general que le permite referirse a los que resulten contrarios al orden público, a lo imperativo, a lo no supletorio que pueda encontrarse en todo el

ordenamiento jurídico peruano, así como a las buenas costumbres.

El artículo establece excepciones: los actos de disposición del propio cuerpo serán válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios, aún cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando aparezcan como contrarios a normas imperativas del ordenamiento jurídico peruano o a las buenas costumbres. El estado de necesidad y los motivos humanitarios se erigen por encima de la integridad física personal, primando sobre todo lo demás que pudiera aparecer como imperativo en el ordenamiento jurídico y como buenas costumbres.

El estado de necesidad y los motivos humanitarios colocan a una persona en situación de tener que elegir entre la propia integridad física y un valor que considera superior a ésta; entre algún elemento imperativo del ordenamiento jurídico y un valor que percibe como superior a éste y que el artículo bajo comentario hace prevalecer; o entre alguna buena costumbre y algo que se valora más que ésta. Este artículo es una suerte de tributo del Derecho a los valores superiores, un reconocimiento de que la ley (y la buena costumbre) ha sido hecha para el hombre y no el hombre para la ley (y la buena costumbre). También es un reconocimiento a valores superiores al de la propia integridad física.

D) Decisión sobre la Necropsia, la Incineración y la Sepultura

El artículo 13 del Código Civil establece quiénes pueden decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura del difunto, a falta de declaración hecha en vida, y agrega: "...sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes".

Según lo anteriormente expuesto habría que interpretar que la última frase alude a las normas imperativas pertinentes sobre necropsia, incineración y sepultura. Dichas decisiones deben adoptarse y formalizarse de conformidad con las normas imperativas que surgen de las disposiciones de carácter legal, reglamentario o administrativo que regulan dichas materias.

E) Disolución de Personas Jurídicas cuyos Fines son Contrarios al Orden

Público.

La disolución de la Asociación y del Comité contrarios al orden público o a las buenas costumbres está prevista en los artículos 96 y 120 del Código Civil.

Al respecto se dice que el Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación y del comité cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Si bien dicha norma establece como facultad del Ministerio Público proceder a formular dicha solicitud y no como obligación, consideramos que debe entenderse como obligación ya que el sentido de dicha norma es que las actividades de las asociaciones y comités y los fines a los que se dirigen dichas actividades se encuentran limitados por lo imperativo en el ordenamiento jurídico y por las buenas costumbres. El Derecho rechaza la actuación autónoma de dichas personas jurídicas que se sitúe fuera de las reglas de juego permitidas, por lo que en esos casos no puede haber discrecionalidad en el Ministerio Público.

La disolución de dichas personas jurídicas es la sanción que la ley impone, lo cual equivale a una suerte de “pena de muerte” para las que actúen fuera de la ley.

Por su parte las fundaciones también tienen por definición una finalidad (voluntad del fundador) acorde con el orden público y las buenas costumbres, pero los acuerdos de los administradores pueden desviarse de éstos. El inciso 9º del artículo 104 del Código Civil ha dispuesto que el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley (entre éstos los del artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

Los actos contrarios al acto constitutivo de la fundación se sitúan fuera de lo que le es permitido a una fundación en concreto considerando su capacidad, su objeto, etc.; mientras que los contrarios a lo imperativo de la normatividad jurídica o a las buenas costumbres se sitúan fuera de lo que es permitido para cualquier persona natural o jurídica.

F) Cargos Impuestos por el Testador

El artículo 738 del Código Civil limita la voluntad autónoma del testador en cuanto a la imposición de condiciones y cargos a los herederos voluntarios y a los legatarios, en el sentido de que éstas no sean contrarias a la ley, a las buenas costumbres y al libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Evidentemente dichos cargos y condiciones se limitan cuando son contrarios a la ley de observancia obligatoria y no a la de carácter supletorio. La ley de observancia obligatoria es también la que consagra y protege el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

G) Nulidad de Pactos de Exoneración de Responsabilidad por la Violación de Normas de Orden Público.

El segundo párrafo del artículo 1328 del Código Civil establece que es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o terceros de quien éste se valga violen obligaciones derivadas de normas de orden público. Las obligaciones son las derivadas de normas de orden público, es decir, son las que provienen de normas imperativas y no de las supletorias que las partes de una relación jurídica han hecho suyas.

Dicha norma pertenece sistemáticamente a las disposiciones sobre inexecución de obligaciones. El deudor o los referidos terceros no pueden exonerarse o limitar su responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones cuando dicho incumplimiento implique violación de obligaciones derivadas de normas de orden público.

El deudor siempre es plenamente responsable cuando su incumplimiento implique violación del orden normativo imperativo. Pero, al contrario, el deudor puede exonerarse o limitar su responsabilidad por la inexecución de una obligación contractual coincidente o no con una disposición supletoria prevista por la ley, salvo –claro está- el caso de dolo o culpa inexcusable.

H) Uso del Bien por el Arrendatario.

Finalmente, el inciso 7º del artículo 1681 del Código Civil señala que el arrendatario está obligado a no hacer uso del bien contrario al orden público o a las buenas costumbres. Esta disposición explicita para el arrendatario la obligación que está implícita en cualquier otra relación jurídica que implique el uso de un bien. El uso de los bienes, como todo ejercicio de derechos, se encuentra limitado por lo imperativo en el ordenamiento jurídico y las buenas costumbres. Por ello, el contrato de arrendamiento puede resolverse si el arrendatario permite en relación al bien algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.



Capítulo VI

ORDEN PÚBLICO Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A) El Rol del Poder Judicial

Los tratadistas señalan que hay ciertas controversias que versan sobre materias que excluyen al arbitraje como medio de solución y que son de competencia exclusiva de la jurisdicción estatal.

Para algunos, no son arbitrables las controversias relativas a materias sobre las cuales las partes no tienen facultad de libre disposición, criterio al que se adscribe la Ley General de Arbitraje del Perú, siguiendo a la antigua Ley española. Otros indican que no puede arbitrarse los asuntos que atañen al orden público o aquellos temas que el ordenamiento protege con normas imperativas e inderogables por los particulares. También se señala que sólo los derechos patrimoniales son arbitrables, debiéndose excluir a los derechos extrapatrimoniales como son los de la personalidad, el estado civil, la capacidad, y la condición de las personas.¹⁷⁴ Además se cita casos de evidente interés social como, por ejemplo, los de desahucio y alimentos. Es frecuente encontrar entre las materias excluidas a las del Derecho Laboral

¹⁷⁴ Este concepto se encuentra en Juan Guillermo Lohmann, aunque él precisa que el arbitraje privado está reservado para lo "patrimonial y disponible". Véase al respecto: Juan Guillermo Lohmann Luca deTena. Para Leer El Código Civil V. El Arbitraje. (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1987), p. 67.

en virtud a la función tuitiva que el Estado desempeña en esa área del Derecho.

Comúnmente se cita como materias no arbitrables temas como el derecho a la vida, a la integridad física, el matrimonio y los efectos personales del matrimonio, la separación y el divorcio, la nacionalidad y los derechos políticos y ciudadanos, el status personal, la capacidad y la interdicción, el domicilio, la muerte presunta o ausencia, la patria potestad, la paternidad, la filiación, los alimentos, la tutela y la curatela.

En el presente trabajo nos preguntamos por la racionalidad de la exclusión de determinadas materias del ámbito de lo arbitrable y su inclusión en el ámbito de la competencia exclusiva de la jurisdicción estatal. ¿Porqué ciertos temas de por sí no pueden ser arbitrables? ¿En definitiva, cuál debe ser el criterio para distinguir entre lo arbitrable y lo no arbitrable? ¿Es que los árbitros no tienen también que decidir conforme al orden público en sus laudos? ¿A qué puede aludir realmente aquello de la *indisponibilidad* de ciertas controversias? ¿Porqué no se admite el arbitraje sobre los derechos extra-patrimoniales?

En tanto el tema que nos ocupa es el reverso del asunto de la competencia exclusiva de las jurisdicciones estatales, nos parece metodológicamente correcto centrar nuestra indagación conceptual preguntándonos por el rol específico del Estado en la solución de los conflictos. Esclarecer esa función estatal nos llevará mejor a responder las preguntas que nos planteamos.

En el Capítulo IV hemos señalado que mi derecho a no ser perturbado en una titularidad que me es reconocida por el sistema jurídico implica la correspondiente obligación de otros de respetar mi titularidad y de no obstaculizar el ejercicio de mi derecho; así como mi obligación de respetar en compensación las titularidades de los demás. De este modo quedan establecidas las relaciones de poder-deber entre todos los sujetos de derecho, lo cual es necesario para la paz social y también indispensable para una economía en la que se dé un uso más eficiente y racional de los bienes escasos. Este equilibrio social en el que se maximizan las potencialidades consideradas en su conjunto, requiere de un consenso. Todos y cada uno de los titulares tendrían teóricamente que conocer

cabalmente cuál es el alcance práctico de sus derechos y sus obligaciones para la consecución del óptimo social; y además, querer ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones conforme a este conocimiento.

Sin embargo, por falta de conocimiento o por falta en la voluntad -porque no sé o porque no quiero- es que surge lo que llamamos "conflicto".

El conflicto daña a las partes y a la sociedad misma interesada en la optimización social. Por tanto, interesa a los particulares y a la sociedad la prevención y la solución de los conflictos.

En el presente análisis abandonamos aquí la línea de la prevención de los conflictos por no ser materia de esta investigación, para seguir la de la solución de los conflictos.

Conocemos que la realidad jurídica nos ofrece diversas modalidades de solución de conflictos: la transacción, la mediación, la conciliación, el arbitraje y el sometimiento a la jurisdicción estatal. ¿Qué hay detrás de esta diversidad? ¿la forma? ¿el procedimiento? ¿la intervención de terceros? ¿la materia de la controversia? ¿Qué es lo propio del arbitraje y lo propio de la jurisdicción estatal?

Intentemos responder estas interrogantes apelando al sentido común.

A las partes y a la sociedad interesa la solución del conflicto al menor costo posible. Interesa que las partes den el mejor uso alternativo a los recursos con los que cuentan para la solución de su conflicto. Los costos de transacción serán menores en tanto las partes puedan resolver el conflicto inmediatamente y sin la intervención de terceros, transigiendo sobre el pleito que podría promoverse o finalizando el ya iniciado. De ser necesario, quizá un tercero pueda propiciar que las partes lleguen ellas mismas a un acuerdo.

Pero puede ocurrir que las partes no lleguen a un acuerdo: que cada cual quiera decir sobre el asunto la última palabra. ¿Cómo evitar que el siguiente paso sea la violencia?

Llegado a este punto el conflicto se solucionará sólo si existe un tercero encargado de *decir la última palabra*. A este tercero lo denominaremos "árbitro".

El camino menos costoso será aquel por el cual las partes se pongan de acuerdo, por lo menos, sobre la composición de la controversia por medio

de un tercero. Sin embargo, es altamente probable que en el fragor del conflicto haya muy poco sobre lo cual puedan establecer entre ellas un consenso. En este supuesto, menos costoso aún y más eficiente habría sido que las partes, antes del surgimiento del conflicto, hubiesen decidido sobre el tercero que habría de tener la última palabra.

Y, aún en estos casos ¿cómo garantizar que la parte cuya pretensión no sea favorecida por el tercero, no rechace el pronunciamiento "final" y se abra nuevamente la puerta a la violencia? ¿Acaso habrá que recurrir a una cadena de terceros hasta que se llegue a alguno que satisfaga a ambas partes con la consiguiente renuncia de alguno a sus derechos, o hasta que agotados los recursos y generados costos irracionales se termine por favorecer al más fuerte? ¿Interesa a las partes y a la sociedad este despliegue inútil de recursos?

El conflicto sólo alcanzará una solución si hay "alguien" que sea *más que las partes y más que el tercero* que pueda garantizar que en definitiva se cumplirá con el convenio y con la decisión del árbitro. Por ello, históricamente el arbitraje fue una manifestación embrionaria del proceso judicial.¹⁷⁵

Sin entrar a la exposición y análisis de teorías de Derecho Constitucional, que exceden del sentido de este trabajo, podemos afirmar que sólo la entidad colectiva jurídicamente organizada puede cumplir la función de ese "alguien" mayor que las partes y que el tercero. Es esta entidad, a la que llamaremos Estado, la única que podrá garantizar el cumplimiento de los convenios y el respeto de la decisión del árbitro que en virtud de esos acuerdos haya dicho *la última palabra*.

Es aún más evidente que sólo el Estado podrá solucionar el conflicto si las partes no se pusieron de acuerdo, ni antes ni después de surgida la controversia, respecto de la solución por medio de un tercero, o no contaron con los recursos económicos para solventar los costos de recurrir al tercero. Denominamos Poder Judicial a la "mano social" del Estado llamada a terminar con el conflicto, es decir, a pronunciar la última palabra respecto a éste, palabra que deberá ser acatada. Toda persona y autoridad está

¹⁷⁵ Vid. Ramiro Portocarrero Lanatta. La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje. En: THEMIS Revista de Derecho N° 46 2003. (Lima, 2003) p. 368.

obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales.¹⁷⁶

Por ello es que decimos en la Constitución que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos".¹⁷⁷ Igual declaración contiene la Ley Orgánica del Poder Judicial.¹⁷⁸

Pero no es necesario que el Poder Judicial con toda la carga de sus costos administrativos intervenga en la solución de los casos en los que baste que el Estado garantice el cumplimiento de los convenios sobre solución a cargo de un árbitro y el respeto a la decisión de este tercero dirimente. La intervención del Estado se justifica sólo si los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención, es decir, cuando mediante su actividad disminuye los costos de transacción o sustituye del todo y a un costo menor transacciones de elevadísimos costos, o cuando de otro modo las partes no accederían al servicio jurisdiccional por motivos económicos o de otra índole. El Poder Judicial tendría que "simular" la solución a la que habrían llegado las partes si tuviesen un perfecto y cabal conocimiento del alcance práctico de sus derechos y sus obligaciones para la consecución del óptimo social y si además quisiesen efectivamente ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones conforme a ese conocimiento.

¿Cuáles son las funciones del Poder Judicial?

a) Función supletoria.- El Poder Judicial, pues, debe tener en principio una función supletoria en la solución de conflictos que sólo interesan a las partes. Esto que parece una herejía jurídica es una afirmación de sentido común. Hay múltiples casos en que no se justifica que "el pueblo" "administre justicia", cuando basta que se establezca las garantías para que las partes solucionen sus conflictos por sí mismas o por medio de terceros, con los menores costos de transacción posibles, y siempre que las partes puedan, en su caso, acceder efectivamente a los servicios de estos terceros mediadores o árbitros.

Así, el Poder Judicial sólo debe intervenir en la solución de conflictos

¹⁷⁶ Vid. Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 4º.

¹⁷⁷ Constitución Política del Perú de 1993, artículo 138º.

¹⁷⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 1º.

cuando las partes no puedan de otro modo acceder al servicio jurisdiccional o no han llegado a un acuerdo respecto de la solución de su conflicto por ellas mismas o por medio de un tercero, o cuando las partes procuran hacer valer las garantías al cumplimiento de los convenios de solución de conflictos. En esto el Poder Judicial cumple una función que llamaremos pública: interesa a todos en aras de la paz social que haya ante quién solicitar o hacer valer *una última palabra* que ponga fin a una controversia. Esta es la finalidad esencial del Poder Judicial.

b) Garante del orden público.- Pero ocurre también que en materia de conflictos la sociedad no sólo tiene interés en que haya ante quién solicitar o hacer valer una decisión última, sino que a ella también interesa que en la solución de las controversias, más allá del problema *inter partes*, no se vulnere las normas sociales de carácter imperativo que establecen el marco social, los principios básicos -sustantivos y procesales- que estructuran la vida comunitaria, asumidos como válidos y cuya violación se considera que acarrea disolución social, mayor conflicto y pérdida de bienes fundamentales. En términos de doctrina jurídica diríamos que al Estado interesa la protección del orden público.

Como se ha expresado en capítulos anteriores, el carácter de este orden público suele resultar de la sanción expresa de nulidad, del sentido prohibitivo de una norma o de su redacción imperativa o preceptiva.¹⁷⁹

Por ello, es otra función del Poder Judicial ser el último garante del orden público, de modo que si los conflictos entre partes no se han solucionado conforme a éste, cualquiera de ellas pueda cuestionar la "validez social" de la supuesta solución.

De ello se sigue que los terceros que dirimen entre las partes de un conflicto están obligados a respetar las normas de orden público -las sustantivas y las del debido proceso- al resolver el asunto que se pone a su consideración, y que dicha obligación debiera operar bajo sanción de

¹⁷⁹ Como ya se ha expuesto en el presente trabajo, debe tomarse en consideración, sin embargo, que el "orden público internacional" del Perú según el Código Civil de 1984 es aquél orden público peruano que no puede ser descartado por la aplicación de las leyes extranjeras. Se trata, pues, de un concepto menos amplio que el de "orden público" que se utiliza en el resto de la normativa de dicho Código.

nulidad declarada judicialmente.¹⁸⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2006 recaída en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC ha señalado que la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen permiten concluir que forma parte del orden público constitucional y que por ende es sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada y obligada a respetar los derechos fundamentales (numeral 11). Asimismo, dicha sentencia establece que “Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional” (numeral 17).

c) Un último recurso.- Del análisis precedente se infiere que el Poder Judicial debiera ser, entonces, el recurso más accesible pero asimismo el último recurso para solucionar controversias, cuando las partes no pueden por sí solas llegar a un acuerdo; cuando no tienen otro modo de acceso a la solución de sus conflictos; cuando tampoco hay consenso entre ellas para la solución por medio de un tercero; cuando tienen que hacer valer las garantías al cumplimiento de los convenios de solución de conflictos; y cuando la supuesta solución a la que se ha arribado es inválida por vulnerar la estructura básica que garantiza el sistema social. El Poder Judicial es la garantía última de libertad y de seguridad. Puede decirse que dar al Poder Judicial un rol diferente a éste, por ejemplo reservándole algunas materias de conflicto sin la debida justificación, distorsiona los comportamientos convenientes o adecuados que llevan al óptimo grado de eficiencia social jurisdiccional.

Pero también se concluye del razonamiento anterior que los terceros que dicen la última palabra respecto de una controversia debieran solucionar los conflictos dentro del marco imperativo, sustantivo y procesal, que impone el Derecho, bajo sanción de nulidad de la decisión "final". Los árbitros, del mismo modo como lo hacen los jueces, no deben decidir sobre cuestiones imperativas o inderogables (*ius cogens*) por los particulares, puesto que la ley misma ya ha optado por una decisión final. Empero, tómease en

¹⁸⁰ Vid. Ramiro Portocarrero Lanatta. Op. cit., pp. 378-383. Coincidimos con el autor en que el orden público es un límite natural del arbitraje y como tal debe ser reconocido en su regulación positiva considerando también la posibilidad de impugnación del laudo contrario al orden público.

consideración conforme hemos visto que en los casos internacionales lo imperativo e inderogable de la ley peruana pertenece a un círculo más restringido: el orden público internacional del país al cual debe compatibilizarse la ley extranjera que resulte aplicable a un caso concreto de carácter internacional.

Marcial Rubio indica que el orden público "...podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares...".¹⁸¹

B) Materias No Arbitrables

¿Si los terceros dirimientes deben respetar el orden público en la solución de cualquier controversia, qué sentido puede tener el señalar que existen materias no arbitrables por tratarse de asuntos de orden público?¹⁸² ¿Qué sentido tiene prohibir el arbitraje sobre asuntos de orden público dado que debe existir siempre la posibilidad de recurrir al Poder Judicial para plantear una nulidad por vulneración del orden público? Sin duda ahí no encontramos una respuesta suficiente a las siguientes preguntas: ¿porqué no podría haber un divorcio por arbitraje? ¿una controversia de filiación?

Señalar que debe haber materias no arbitrables es en realidad admitir que en algunos casos la sociedad quiere solucionar ella misma el conflicto porque de algún modo ella también es parte interesada en la controversia. En ciertos casos a la sociedad no basta que termine el conflicto *inter partes* y que termine conforme a las reglas básicas sustantivas y procesales del sistema, sino que a ésta le es indispensable quedar ella misma "satisfecha" con la solución por estar comprometidos intereses superiores a los de las partes, para lo cual quiere ella misma resolver, juzgar, "administrar justicia". Al objetivo de resolver conflictos se suman otros tales como proteger derechos básicos y fundamentales o controlar la constitucionalidad de la aplicación de la ley.¹⁸³ En estos casos a la sociedad interesa no sólo

¹⁸¹ Marcial Rubio Correa. Op cit., p. 95.

¹⁸² Vid. Ramiro Portocarrero Lanatta. Op. cit., p. 377.

¹⁸³ Ibid. P. 369.

resolver un conflicto sino establecer el derecho, "decir el derecho" (juris dictio), por lo que su función deja de ser supletoria.

No es lo que propiamente llamamos "orden público" lo que decide qué es y qué no es arbitrable. En todo caso, en las materias no arbitrables lo que prevalece es el "interés público". No nos referimos, por supuesto, a los casos en que hay un "interés estatal" y el Estado como persona distinta es parte en un proceso. Nos referimos a los casos en que la sociedad como tal tiene un interés que salvaguardar y quiere establecer ella misma el Derecho a través de su "mano jurisdiccional", el Poder Judicial. Ese interés de la sociedad como tal es lo que hace que el asunto controvertido sea indisponible por los particulares.

Parece razonable considerar que este interés público equivale a lo estrictamente situado dentro del orden constitucional con sus principios, derechos fundamentales protegidos y organización general de la comunidad. Ello, por tratarse de lo jurídicamente esencial que no puede verse menoscabado por acuerdos privados y actuaciones dispositivas interindividuales. El orden constitucional es el único que puede primar sobre otras normas de orden público de menor jerarquía, para limitar la autonomía de la voluntad.

Puede entenderse así porque en ocasiones asuntos del ámbito del "Derecho Social" son considerados con frecuencia por los jueces como no arbitrables, tales como el desalojo, los alimentos y los de naturaleza laboral.

En nuestro concepto éste debe ser el principal criterio y la principal guía para decidir si la materia de una controversia determinada es o no arbitrable: lo es cuando la sociedad quiere ser juez porque también es "parte eminente"; cuando quiere establecer el derecho y no le basta garantizarlo. Los jueces, a diferencia de los terceros árbitros, tienen la obligación de tutelar intereses superiores a los de las partes arbitradas,¹⁸⁴ para lo cual a veces se les dota de facultades especiales.

A veces es la legislación la que expresamente establece qué materias no son arbitrables, es decir, en qué materias la sociedad es juez y "parte eminente", en qué asuntos al Estado no le basta ser el último garante. Pero

¹⁸⁴ Vid. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. Op.cit, p.65.

puede ocurrir que la ley no las señale o no lo haga de manera taxativa. Entonces, habrá que buscar los indicios que revelen si en el caso particular la sociedad quiere reservarse la solución del conflicto para proteger intereses superiores a los de las partes.

En este acápite consideramos algunos de estos supuestos expresamente establecidos por la ley o evidenciados de alguna manera por ésta.

a) Puede que la sociedad quiera reservarse ciertas materias por constituir presupuestos básicos del sistema jurídico mismo, como cuando no quiere conceder a otros resolver sobre la existencia de las personas o la atribución, restricción o privación de status jurídico a alguien, convirtiendo así estos asuntos en indisponibles. Materias como la muerte presunta o ausencia, la nacionalidad y el domicilio, conllevan la determinación del régimen jurídico mismo al que está sujeto un individuo. Así en cuanto al estado civil y capacidad de las personas, Juan Guillermo Lohmann señala que:

"...el Estado se reserva tutelar directamente las circunstancias relativas a los individuos, bien porque ellas son base del ejercicio de derechos ciudadanos (mayoría de edad, interdicción, etc.), bien porque se las reputa fundamento social (el matrimonio, por ejemplo)".¹⁸⁵

b) Algunos tratadistas consideran que el arbitraje siempre será sobre asuntos de derechos patrimoniales, puesto que en todos los derechos extrapatrimoniales está presente ese fundamento social al que se refiere Lohmann, lo que los convierte en indisponibles. Sin embargo, nos parece que este criterio no es definitivo, puesto que no todos los derechos patrimoniales son disponibles, como los que atañen al patrimonio monumental y cultural de la Nación; y que, asimismo, la disponibilidad de los derechos extrapatrimoniales es, finalmente, un asunto de opción legislativa, como cuando la ley declara válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a un examen médico.¹⁸⁶

c) Conforme a criterios semejantes tampoco serían arbitrables los asuntos directamente concernientes a las atribuciones o funciones de

¹⁸⁵ Op. cit., pp. 61-62.

¹⁸⁶ Vid. Código Civil de 1984, artículo 11º.

imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público, tal como señala la ley peruana sobre arbitraje. Sobre el tema Juan Guillermo Lohmann dice que:

"...parece claro que ni la organización estatal en sí, ni sus atribuciones el cumplimiento o desatención de sus deberes, pueden quedar sometidos al juicio decisorio de un sujeto particular... todo lo concerniente a la estructura del Estado en cuanto tal y a su funcionamiento".¹⁸⁷

La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757, es clara al respecto cuando en su artículo 48^o limita las posibilidades del Estado para arbitrar a los casos de relaciones patrimoniales de derecho privado o de naturaleza contractual:

Artículo 48^o.- En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional o a los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

El artículo 2^o de la Ley N^o 26572, Ley General de Arbitraje, permite someter a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público entre sí. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional.

d) Siguiendo el razonamiento de este trabajo tampoco pueden ser arbitrables los asuntos sobre los que ha recaído resolución judicial firme y

¹⁸⁷ Op. cit., p. 63.

definitiva por la fuerza de la cosa juzgada, a excepción de las consecuencias patrimoniales que surjan de la ejecución de estas resoluciones. En efecto, lo fundamental del sistema de solución de conflictos es la garantía de que alguien tenga *la última palabra* en relación al asunto controvertido. Por ello,

"...No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso".¹⁸⁸

e) Algunas evidencias de este interés público en el resultado de la solución de un conflicto están, por ejemplo, en:

- el establecimiento legislativo de reglas procesales específicas con garantías especiales para determinadas controversias, como sucede en los interdictos posesorios, el desalojo, los alimentos, la interdicción, la separación convencional y el divorcio ulterior;
- el señalamiento de facultades especiales para los jueces y tribunales tratándose de la solución de determinados asuntos;
- la participación necesaria del Ministerio Público en determinadas acciones;
- y la prerrogativa que pudieran tener determinadas instituciones de tutela o control como la Contraloría General de la República, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo, u otras autoridades públicas (agrarias, mineras, pesqueras, de transportes, etc.) para una vez concluidas la vías administrativas participar en el proceso judicial que se iniciare, protegiendo intereses considerados como de la sociedad en su conjunto, o de un importante sector de ésta.

De no haber prerrogativas especiales, consideramos que una vez agotada la vía administrativa, los contratos de Derecho Administrativo pueden someterse a arbitraje. Este criterio es asumido por el Título VII (artículos 58 y 59) sobre "Solución de Controversias" del Reglamento de

¹⁸⁸ Vid. Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 4º.

las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y en Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo 189-92-EF de 13.11.92. El indicado Reglamento señala que las controversias que se deriven de la interpretación o ejecución de los contratos de concesión, que no sean resueltas por las partes directamente, se someterán a arbitraje de derecho.

f) Las legislaciones y los jueces consideran que no son arbitrables las materias que atañen a las "buenas costumbres".

Siendo posible pretender judicialmente la anulación de un laudo arbitral por ser contrario a las buenas costumbres, es obligación del tercero dirimente y de las partes actuar conforme a éstas bajo sanción de que el Poder Judicial, garante del orden público y las buenas costumbres, declare la nulidad de los actos jurídicos correspondientes.

Como ya hemos referido en el capítulo IV, aunque es cierto que la "buena costumbre" es una especie del género "orden público", la primera es más difícil de determinar en sus límites que el segundo. Asimismo, en un universo pluricultural como el peruano la determinación de lo que son las buenas costumbres se hace relativa y variable ya que habrá de considerarse tiempos, lugares y personas.

Opinamos que en esta materia en la que las partes y el tercero dirimente fácilmente pueden no coincidir en su interpretación respecto del sentir socialmente predominante sobre lo ético y lo moral, es patente que existe un interés público y social en el resultado de la solución de una controversia que afecte a las "buenas costumbres". Nos parece, por ello, razonable que cuando la materia atañe a las buenas costumbres estos conflictos queden reservados a la potestad jurisdiccional del Estado.

Si algún ordenamiento jurídico sustituyese el concepto de *buenas costumbres* por el de *derechos fundamentales* de la persona o *derechos humanos*, también sería clara la existencia de un interés público y social en que la solución de la controversia proteja dichos derechos.

g) También la sociedad suele hacer indisponible lo relativo al ordenamiento penal. Esto se explica fácilmente considerando que hay la necesidad de impedir que se subviertan las reglas básicas del sistema de convivencia.

La legislación peruana ha protegido básicamente lo concerniente al estado y capacidad civil de las personas, lo relativo al Estado y lo que atañe al orden público, a lo moral y a lo penal. Lo relativo al Estado ha sufrido modificaciones en el tiempo notándose una liberalización al respecto. La Ley General de Arbitraje de 1996 y su antecedente más próximo de 1992 añadieron algunos supuestos nuevos.

a) El Código de Procedimientos Civiles de 1912.- Este Código agrupó en un solo título la regulación sobre arbitraje que ya el antiguo Código de Enjuiciamientos de 1852 había incorporado por primera vez. El artículo 549º de ese cuerpo normativo señalaba como cuestiones no arbitrables las siguientes: las que versaren sobre el estado y la capacidad de las personas; las referentes a bienes del Estado, municipalidades y demás instituciones de carácter oficial; y aquellas en que están interesadas la moral y las buenas costumbres.

b) El Código Civil de 1984.- Legisló respecto del aspecto contractual dejando para el código procesal lo concerniente al procedimiento arbitral. En cuanto a la materia arbitrable su artículo 1913º se inspiró en lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles aunque introdujo modificaciones en relación al Estado. Respecto del Estado se introdujo en el inciso 2º la salvedad de que resultaba posible que fueran materia de compromiso arbitral los conflictos sobre bienes de las empresas de derecho público o de las estatales de derecho privado o de economía mixta, en que el contrato requiriese de aprobación mediante resolución suprema.

Señalaba también que las diferencias surgidas de la ejecución de contratos derivados del cumplimiento del objeto social de las empresas de derecho público, o de las estatales de derecho privado o de economía mixta podían ser arbitrables con conocimiento previo de la Contraloría General de la República. Esta disposición fue distorsionada por la Resolución de Contralora 012-89-CG y por la Directiva 001-89-CG/PL, ambas del 9 de enero de 1989. Este inciso 2º del artículo 1913º fue derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. El resto del articulado sobre arbitraje habría de ser

modificado por disposiciones del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo 768, que nunca alcanzaron vigencia; hasta que fue definitivamente derogado por el Decreto Ley 25935, Ley General de Arbitraje, que mantuvo casi intactos los correspondientes artículos del Decreto Legislativo 768.

c) El Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.- Ya hemos referido cómo esta norma se ocupó del arbitraje en relación al Estado, disponiendo al respecto en su artículo 48, ya citado por nosotros, y derogando el inciso 2º del artículo 1913º del Código Civil.

d) La anterior Ley General de Arbitraje, Decreto Ley 25935.- Al tema se refieren los artículos 1º y 2º. El artículo 1º establece el principio general de que las controversias susceptibles de arbitraje son aquellas sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición. En su segundo párrafo declara que las controversias sobre bienes u obligaciones del Estado y sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, pueden arbitrarse sin necesidad de autorización previa, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual, siendo necesariamente en estos casos un arbitraje de derecho.

El artículo 2º indica de modo no taxativo las materias no arbitrables.

El inciso 1) de este numeral se refiere a los asuntos que sean de competencia exclusiva del Poder Judicial o de la jurisdicción militar. El inciso es tan general que nos parece tautológico: es como señalar que no puede arbitrarse lo que está excluido del arbitraje. Quizá pretenda incidir sobre aquellos casos en que la ley expresamente establezca esa competencia exclusiva, aunque aparentemente la materia sea de libre disposición; pero aún así creemos que no debe "parecer" de libre disposición lo que la ley misma señala como indisponible.

El inciso 2) trata sobre el estado o la capacidad civil de las personas, y los bienes o derechos de incapaces sobre los que no se puede arbitrar salvo previa autorización judicial.

El inciso 3) acoge el supuesto de la cosa juzgada, al que nos hemos referido líneas arriba, dejando a salvo los asuntos que surjan como consecuencia de la ejecución de una resolución judicial firme, en cuanto

conciernan exclusivamente a las partes del proceso. Lohmann señalaba que las partes pueden pactar que lo ordenado en la sentencia sea cumplido de modo diferente a lo resuelto. El árbitro no revisa lo decidido judicialmente sino que interpreta la sentencia para efectos de su ejecución; no juzga nuevamente; no quita ni pone derechos u obligaciones.¹⁸⁹

El inciso 4) incluye el caso de la moral, el orden público y las buenas costumbres, y también lo relativo a lo penal. Conforme al razonamiento expuesto en este trabajo, pensamos que la inclusión del orden público no es un acierto. El inciso excluye expresamente los asuntos de cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. Este último añadido sobre la cuantía de la responsabilidad civil debió ser parte del inciso 3) pues no encontramos qué relación puede tener con el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, en el inciso 5) se comprende a lo concerniente a las atribuciones o funciones del Estado, o de las personas o entidades de derecho público. Sobre este punto ya hemos comentado líneas arriba.

e) La Ley General de Arbitraje, Ley 26572.- El tema está referido en el artículo 1º que contiene la disposición general sobre lo que puede y lo que no puede someterse a arbitraje, y en el artículo 2º -ya comentado- sobre el arbitraje del Estado.

En efecto, el artículo 1º señala, en general, que las controversias que pueden someterse a arbitraje son aquéllas determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental.

El mismo artículo señala las que supuestamente son excepciones a la regla general. Es de notar que en tanto se trata de supuestos en los que las partes no tienen facultad de libre disposición, no son excepciones a la primera parte de la regla general. Éstos podrían ser excepciones sólo respecto a la segunda parte de la regla general, cuyo contenido está referido a la materia ambiental.

Dichos supuestos son los siguientes:

¹⁸⁹ Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. Ley General de Arbitraje. Decreto Ley 25935. Unas glosas de urgencia. En: Informativo Legal Rodrigo N° 80, Febrero -1993. (Lima, Asesores Financieros S.A., 1993) p. 2.6

El inciso 1) se refiere a las controversias que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, así como a las relativas a bienes o derechos de incapaces que no pueden ser arbitradas sin la previa autorización judicial. Debe concordarse esto con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 448 del Código Civil, que los padres pueden someter asuntos a arbitraje en nombre de sus hijos si cuentan con autorización judicial.

El inciso 2) señala que no pueden arbitrarse aquellas controversias sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernen exclusivamente a las partes del proceso. Esta disposición es similar a la de la ley antecedente, pero cuida de señalar que la salvedad está referida sólo a las consecuencias de carácter patrimonial.

El inciso 3) trata sobre las controversias que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Se omite la referencia a la moral y a las buenas costumbres que contenía la ley antecedente. La omisión sobre la moral se justifica en tanto que ésta es incoercible y no tiene más sanción que la reprobación de la conciencia o de la opinión pública. De otro lado, la omisión relativa a las buenas costumbres no las excluye de las materias no arbitrables, en tanto que éstas son una especie dentro del género del orden público. En relación a la inclusión del orden público y a la exclusión de los asuntos de cuantía de la responsabilidad civil, reiteramos lo comentado respecto del inciso similar contenido en la ley antecedente.

El inciso 4) excluye de las materias arbitrables a las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. El inciso es más prolijo que la ley antecedente al precisar que se no trata de cualquiera de las funciones del Estado, sino de las de imperio.

Capítulo VII

ADECUACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO A LAS NECESIDADES DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y EFICIENTE

Como se ha señalado en el Capítulo I del presente trabajo, para el liberalismo decimonónico era fundamental construir un sistema de Derecho Privado en el que las voluntades particulares pudiesen actuar e interactuar con la más plena autonomía posible, pero dentro de ciertos cánones mínimos indispensables para que el sistema mismo funcione con la máxima seguridad y certeza en beneficio de cada individuo y de todos en general.

Sólo la sociedad civil a través del Estado podía establecer dichos cánones que garantizasen la autonomía de la voluntad de modo que los ciudadanos sólo quedasen obligados a hacer lo que la ley manda imperativamente y prohibidos de hacer lo que la ley prohíbe expresamente.

Asimismo, la moral social por medio de las “buenas costumbres” quedaba incorporada legalmente al Derecho, para que la voluntad autónoma no la transgrediese aunque dicha moral social no estuviera reflejada expresamente en normas positivas.

No obstante, estos órdenes públicos y sociales -mutables en el tiempo y diversos en distintos territorios-, así como cada ordenamiento privado que resulta de la voluntad autónoma enmarcada en un ordenamiento público y

social, han tenido una génesis y evolución en las que el Estado se ha visto influido o hasta capturado por diversas prevalencias de distinta naturaleza: confesionales-dogmáticas, morales, consuetudinarias, culturales, patriarcales, aristocráticas, étnicas, patrimoniales, crematísticas, institucionales, empresariales, ideológicas, partidarias, machistas y, en suma, excluyentes.

Nuestro Derecho Privado actual mantiene aún diversos productos o resultados de estas prevalencias excluyentes. Es más, diversos grupos mayoritarios o minoritarios pugnan –de modo conciente o subconsciente-, porque siga prevaleciendo su punto de vista, costumbre o interés, en desmedro de una sociedad más igualitaria y a la vez respetuosa de su diversidad.

Subyace a la problemática del orden público, la inquietante pregunta respecto a cuán democrática es su determinación. ¿Cuál es el origen de lo que a todos obliga? ¿Es que algunos ciudadanos en su condición de legisladores o codificadores, o el poder real detrás de ellos, imponen a los demás ciudadanos sus puntos de vista respecto de las diferentes relaciones jurídicas y/o de las distintas condiciones de intercambio, señalándoles sus derechos y obligaciones y dando la espalda con lamentable frecuencia a costumbres y sentimientos colectivos enraizados en mayorías o minorías de peruanos? ¿Debe estar la mayor parte de la comunidad sujeta al modo de razonar y entender de los miembros del Congreso de la República aún en asuntos de orden íntimo o que atañen a aspectos esenciales de la vida personal? ¿Esta suerte de patriarcalismo legislativo, no es acaso contrario a la democracia como sistema político? ¿Por el contrario, es acaso el sentir colectivo el que se va encarnando en las normas a las que el legislador da forma?

En todo caso, en el Derecho Privado estas preguntas adquieren su real trascendencia tratándose no de las normas supletorias sino de aquellas de orden público inderogables por los particulares contra las que no se puede pactar.

¿Es razonable o justo que otros decidan por mí el grave asunto de bajo qué causales es disoluble mi matrimonio? ¿Fue también justa y razonable la secularmente disminuida capacidad de ejercicio de la mujer casada?

¿Cómo se van abriendo paso los nuevos modos de ver los derechos hasta derribar instituciones como las de la esclavitud? ¿Tienen otros sustento suficiente para imponerme la existencia de herederos forzosos?

¿Por qué en tiempos y espacios distintos las soluciones son diferentes? ¿Cuáles deben ser los criterios para estas asignaciones de derechos y obligaciones? ¿Hay un conflicto entre el orden social y la libertad individual desde que es el legislador y no la colectividad el que está eligiendo por cada uno de nosotros entre varias opciones posibles y quizá no del modo más racional frente a los recursos escasos ni el más respetuoso a la igualdad sustancial entre los miembros de la sociedad, ya sean legisladores o simples gobernados? ¿No es el pueblo el soberano?

¿Sobre qué debe cimentarse la decisión social en un asunto tan grave que tiene que ver con la libertad humana?

En la tradición civil romanista heredada por Latinoamérica se ha optado finalmente por la seguridad de la ley escrita. ¿Pero en sociedades como las nuestras en las que los contrapesos del poder en el Derecho Público no han logrado afinarse ni afianzarse, no estaremos optando también en forma riesgosa por un sistema en el que los que están más cerca de las fuentes reales de poder que generan las leyes, les imponen a todos los demás conductas obligatorias hasta en asuntos de orden personal?

¿No deberíamos crear y perfeccionar mecanismos legislativos y judiciales de control a fin de restablecerle al orden público su función equilibrante sin que el Estado evada su responsabilidad ni invada innecesariamente los campos de la autonomía de la voluntad? ¿No habría que sensibilizarnos para conocer las verdaderas voluntades colectivas y sus transformaciones – las voluntades nacionales y las regionales y locales- en asuntos de orden público? ¿No debemos, acaso, aprender a ser un pueblo de ciudadanos que deben entenderse entre sí viendo en su diversidad cultural una diversidad de experiencias que pueden compartir para arribar a decisiones provechosas para todos y cada cual?

No sólo es importante que los ciudadanos y personas en general puedan actuar libremente dentro de un orden político-social y un ordenamiento privado dados, reconocidos inclusive constitucionalmente; sino que también es crucial que ese mismo orden y el consiguiente ordenamiento privado

sean establecidos en un absoluto respeto de las personas gobernadas y de su igualdad sustancial con las que desempeñan las funciones estatales, y entre éstas la función legislativa o normativa.

Dicho respeto de la persona gobernada implicará a veces regular o de-regular y otras veces la abstención total del legislador en aspectos en los que no tiene justificación restringir la autonomía de la voluntad. Algunas veces actuará con algún grado de intervención participativa de la ciudadanía.

El rol del Estado es distinto al de los sujetos que se interrelacionan jurídicamente y/o que intercambian bienes escasos y servicios en el mercado. El Estado no puede representar prevalencias discriminatorias de ningún tipo, sobre todo en un país pluricultural y rico en diversidad. Así, el Estado peruano no puede legislar ni adoptar decisiones jurisdiccionales poniendo a un lado a minorías lingüísticas o religiosas, ni al carácter, usos y situación de los pueblos para los cuales se dan las leyes.

El Estado tampoco puede ser neutral. Mientras que la voluntad autónoma de los sujetos de derecho tiende a generar desequilibrios, el Estado debe crear un equilibrio que no existe en la realidad de las fuerzas sociales y económicas y que es indispensable para que la sociedad y el mercado de bienes y servicios sean posibles en cuanto tales. Dicho equilibrio es creado por el Estado al reconocer los derechos y titularidades de los sujetos de derecho y establecer las reglas de juego para las relaciones jurídicas y el intercambio, así como al desplegar los mecanismos para restablecer equilibrios perdidos.

La voluntad pública - social del Estado respecto a la cual se enfilan las voluntades particulares, no es finalmente la voluntad de un ente abstracto sino la expresión de la adhesión de todas las voluntades al reconocimiento y vigencia de los derechos de cada una de las otras personas. En ese sentido, la voluntad autónoma nunca es completamente “autónoma”, sino que está insertada en un orden público y social establecido para el bien común.

El equilibrio social que el Estado crea equivale al ideal social: una sociedad en la que se respeten los derechos fundamentales de la persona y en la que los recursos escasos sean racional y equitativamente producidos

y distribuidos.

Restablecer al orden público su función equilibrante significa ajustar el orden público del Derecho privado a los derechos fundamentales, así como a la racionalidad en la producción y distribución de los recursos escasos, es decir, al orden constitucional.

El presente trabajo sostiene que son posibles ciertos mecanismos de adecuación de la determinación del orden público a las necesidades de una sociedad democrática y eficiente. Estos mecanismos pueden ser legislativos o judiciales. Los legisladores deben poder examinar las leyes a la luz de los derechos fundamentales y de la racionalidad económica constitucional. Los sujetos de derecho deberían poder recurrir ante una instancia garante contra una normativa u omisión de norma que afecte derechos fundamentales y/o la racionalidad económica en desmedro de la equidad. Asimismo, deberían poder recurrir a los jueces y que éstos juzguen conduciendo la aplicación de las normas imperativas hacia su perfeccionamiento, adecuándola a su último y principal fundamento: los derechos fundamentales y las consiguientes racionalidad y equidad en la producción y distribución de los recursos escasos.

A) Mecanismos Legislativos

1. Las relaciones jurídicas y el intercambio en el mercado presuponen una cierta distribución de poderes-deberes garantizada por el Estado, empezando por los inherentes a los derechos fundamentales de la persona y la comunidad protegidos por la Constitución y por los instrumentos internacionales de los que el Estado es parte.¹⁹⁰ Las relaciones jurídicas y el mercado son posibles en tanto existe un orden público que los sustenta y garantiza, sólidamente fundado en el ideal constitucional del pleno respeto de los derechos de la persona humana, fin supremo de la sociedad y del

¹⁹⁰ Conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de 2004, el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Estado.¹⁹¹

Cabe señalar que de lo indicado en el párrafo precedente se infiere válidamente que los poderes-deberes que surgen de los derechos fundamentales, deben prevalecer sobre toda consideración relativa a la moral social que por medio de las “buenas costumbres” ha quedado incorporada legalmente al Derecho. No podrán considerarse “buenas costumbres” o socialmente morales las que afecten los derechos fundamentales de alguna persona o comunidad o sean incompatibles con éstos.

Así los derechos fundamentales son la piedra angular del edificio civil y la base común al Derecho Privado y al Derecho Público. La voluntad autónoma no deberá transgredir el orden público –cimentado en los derechos fundamentales-, ni las “buenas costumbres” tal como las hemos expuesto en el párrafo precedente (compatibles con los derechos fundamentales).

Y aún en el caso de vacíos y deficiencias de la ley, el derecho consuetudinario a ser aplicado debe subordinarse a los derechos fundamentales de la persona.¹⁹²

En ese sentido, el funcionario legislador y los cuerpos públicos legislativos o normativos deben afinar criterios al adoptar decisiones de aplicación general imperativa que afecten a los ciudadanos, a fin de no favorecer ni representar prevalencias discriminatorias y falsas “buenas costumbres”, así como evitar imposiciones irracionales o ineficientes. Se trata de adecuar la determinación del orden público del Derecho Privado a las necesidades de una sociedad realmente democrática, respetuosa de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, y eficientemente encaminada al óptimo social mediante las relaciones jurídicas y el intercambio económico, según los cimientos del orden constitucional. Ello es particularmente relevante cuando nace un nuevo Código Civil en un contexto de necesidad apremiante de equidad social.

Decía Portalis que:

¹⁹¹ Artículo 1º de la Constitución Política.

¹⁹² Artículos 139º-8 y 149º de la Constitución Política.

"Las buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres puedan dar y recibir; ellas son la fuente de las costumbres, el *palladium* de la prosperidad y la garantía de toda paz pública y privada; si no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuese la justicia misma...".¹⁹³

2. Si con la creación de una norma favorece la discriminación o transgrede el orden jerárquico normativo, el legislador deberá abstenerse totalmente de regular o de-regular. Ello implica que tampoco deberá consagrar legislativamente normas originariamente consuetudinarias que sean incompatibles con la jerarquía normativa.

Por ejemplo, no debiera emitirse una ley estableciendo para toda sociedad conyugal relaciones de poder-deber compatibles sólo con la moral de un determinado credo religioso, e incompatibles con la moral de otro credo o de unos cónyuges agnósticos. Del mismo modo, no debiera simplificarse o derogarse una norma (de-regulación) para hacer compatible una institución jurídica sólo con la moral agnóstica o de un determinado credo, en detrimento de la moral de otros credos religiosos. El legislador debe buscar el necesario equilibrio, teniendo siempre a los derechos fundamentales como norte.

Tampoco debe expedirse, simplificar o derogar norma alguna si con cualquiera de estos actos se establece relaciones de poder-deber que transgreden la igualdad ante la ley, favoreciendo a un sexo en perjuicio del otro, a una raza en perjuicio de otra, etc.

No debe admitirse la existencia de una regulación o de-regulación que afecte derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por instrumentos internacionales, tales como el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, a la libertad de conciencia y opinión, a la libertad de información y expresión, a la intimidad personal y familiar, al honor y a la buena reputación, a la voz y a la imagen propias, a la propiedad y a la herencia, a la propiedad sobre las creaciones intelectuales, artísticas, técnicas y científicas, al acceso a la cultura, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto y a la inviolabilidad de las

¹⁹³ Op. cit., p. 30.

comunicaciones y documentos privados, a la elección de residencia, a la libertad de asociación y constitución de diversas formas de organización jurídica, a contratar con sujeción a las demás normas de orden público, el interés de los consumidores y usuarios, a trabajar, a participar en la vida económica, social y cultural, a la identidad y pluralidad étnica y cultural, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, a la salud, a la educación y otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad de la persona humana.¹⁹⁴

El legislador debiera examinar su proyecto normativo en relación a todos y cada uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política y los instrumentos internacionales de los que el Estado peruano es parte, considerando las diversas condiciones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de otra índole. Para estandarizar dicho examen cada cuerpo legislativo o normativo, principiando por el Congreso de la República puede elaborar relaciones de ítems a revisar (*checklists*). Mediante ley pueden establecerse los principios, criterios, actores y procedimientos necesarios para esta evaluación.

También debe abstenerse el legislador si los beneficios netos que acarrearía la omisión normativa estatal son mayores a los que resultarían de su intervención; o si los perjuicios netos que acarrearía la abstención son menores a los que resultarían de la regulación o de-regulación. Tratándose de normas supletorias, por ejemplo, no debe establecer reglas inconvenientes que obliguen con frecuencia a los particulares a tener que recordarlas para pactar en contrario y lograr un resultado equilibrado y/o eficiente. Es de lamentar que el análisis económico-financiero que acompaña muchos proyectos de leyes, no es más que una mera formalidad sin verdadera evaluación a profundidad. Mediante ley deben establecerse los principios, requisitos, actores y procedimientos para efectuar dicho análisis.

Por el contrario, el legislador puede regular o de-regular si al establecer o retirar prohibiciones, limitaciones, derechos y titularidades irrenunciables, *numerus clausus*, etc., favorece el reconocimiento de relaciones de poder-

¹⁹⁴ Artículo 3º de la Constitución Política.

deber entre iguales y se sujeta a las normas de mayor jerarquía - principalmente a las relativas a los deberes y obligaciones que surgen del reconocimiento de los derechos fundamentales y constitucionales-; siempre que los beneficios netos de la intervención estatal sean superiores a los de su no intervención; o los perjuicios netos que acarrearía la intervención estatal sean menores a los que resultarían de su omisión; lo que también implica un verdadero estudio económico-financiero. Por ejemplo, el Estado interviene en las relaciones de intercambio para corregir las fallas y distorsiones del mercado sólo cuando éste no puede solucionar el problema por sí solo a un costo razonable.

3. En tal sentido, la de-regulación se impone cuando la regulación actual consagra la desigualdad y la discriminación y/o afecta los derechos fundamentales y constitucionales y/o cuando el balance de perjuicios y beneficios de la de-regulación deja un saldo a favor de la intervención estatal de-reguladora.

Por ejemplo, sería mejor no imponer al cónyuge que quiera trabajar, el asentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial,¹⁹⁵ ya que con ello se le restringe la libertad de trabajo, pudiendo ser la persona afectada generalmente una mujer.

Asimismo, puede pensarse en la posibilidad de de-regular el matrimonio civil y centrarse, por el contrario, en regular las obligaciones y derechos que surgen de la comunidad de bienes, así como de la filiación. El matrimonio como hecho social es la unión libre y con ánimo de permanencia (estabilidad) realizada y mantenida entre un varón y una mujer para la formación de un hogar y una unión de vida que excede el ámbito de lo jurídico y que el Derecho es incapaz de abarcar. Puede, inclusive, estar formalizado según los ritos de algún credo religioso y no estarlo según la ley civil. Se trata de una relación de tracto sucesivo, y no de ejecución instantánea inmediata o diferida, en la que hay mucho más que derechos y obligaciones y relaciones de poder-deber. Otorgar, de un lado, efectos jurídicos constitutivos al compromiso inicial de una pareja formalizado

¹⁹⁵ Artículo 293 del Código Civil.

conforme a ley y, de otro lado, negarle calidad de matrimonio a la referida unión de vida entre un varón y una mujer que no formalizaron conforme a ley civil su compromiso inicial, aunque dicha unión pueda llevar décadas de existencia, genera inequidades diversas, más aún si el matrimonio civil va asociado a consecuencias patrimoniales.

Recuérdese que los romanos distinguían entre el matrimonio y la convención (*conventio in manu*) que generaba relaciones de poder-deber entre los cónyuges, fundamentalmente patrimoniales. Suele confundirse la *conventio* con el matrimonio romano debido a la simultaneidad de los dos actos que los originaban. El matrimonio sólo creaba la sociedad conyugal pero no creaba una comunidad de bienes. Había matrimonios con o sin *conventio*. A veces la *conventio* se realizaba con quien ya se estaba unido en matrimonio. Los actos de adquisición o pérdida del poder marital fueron actos fundamentalmente jurídicos, como todos los relativos a los vínculos de poder doméstico-políticos; pero se los distinguía claramente del hecho del matrimonio, el cual fue un hecho social que luego se convirtió, con la influencia del cristianismo, en una relación jurídica en la que el consentimiento inicial genera el matrimonio con efectos también patrimoniales. Hemos señalado que en la época romana clásica bastaba una voluntad incondicional y continuada de permanecer en convivencia unidos duraderamente sin plazo definido, siempre que hubiese *conubium* entre hombre y mujer libres. Igualmente, el matrimonio podía disolverse mediante el divorcio, independientemente de la *conventio*, pues bastaba la voluntad unilateral de uno de los cónyuges y que ésta pudiese constar de cualquier forma de comportamiento que así lo revelase unívocamente, sin que se exigiese ningún tipo de formalidad para ello.

El Derecho Civil heredado contiene el principio de que mientras subsista un primer matrimonio civil (que también tiene efectos patrimoniales) no se permite contraer el segundo ni se origina otra comunidad de bienes con otra persona. Ello ocurre aún cuando el matrimonio no haya ido acompañado de una unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por la pareja matrimonial. Dicho principio tampoco ha evitado en la realidad relaciones sucesivas en los hechos aunque paralelas jurídicamente por no haberse reconocido o formalizado el fenecimiento del vínculo matrimonial. El

Derecho Civil protege el vínculo matrimonial civil, aunque se trate de un matrimonio inexistente en los hechos, en desmedro de los derechos patrimoniales *Inter vivos* o *mortis causa* de aquella persona con quien se tuvo una unión de vida libre y un hogar, estables y “paralelos” al matrimonio, otorgando al interesado sólo la acción de enriquecimiento indebido.

No obstante lo anteriormente señalado, si el legislador optase por deregular el matrimonio civil, debe normarse las formalidades –no constitutivas sino declarativas- para dar solemnidad y publicidad tanto a la unión de hecho estable con comunidad de bienes o bajo el régimen de separación de patrimonios, como a su fenecimiento; para una mayor seguridad de quienes de consuno deseen voluntariamente el reconocimiento público y la oponibilidad de sus derechos provenientes de dicha unión, lo que contribuirá también a la seguridad respecto a los derechos de los hijos provenientes de tal unión.

Asimismo, la referida unión libre y estable, actual o pasada, podría –con determinados requisitos- ser materia de declaración judicial y obtener, así, el correspondiente reconocimiento para los efectos patrimoniales respectivos o los vinculados a los derechos de los hijos. La libertad para tales comunidades de bienes y uniones depende, ciertamente, de la capacidad absoluta o relativa de los actores, así como del consentimiento sin vicios.

La consagración y entrega exclusiva y/o perpetua de una persona a otra en una unión de vida, o a otras personas por motivos familiares, filantrópicos o de cualquier índole, aunque puedan viabilizar su más alta vocación humana, así como movilizar a la sociedad hacia el desarrollo de relaciones más humanas que superen la dinámica del poder-deber que es propia del Derecho, no puede ser impuesta ni prohibida por la ley. Lo que la ley debe y puede hacer es proteger el bienestar familiar, para lo cual debe promover y exigir la actuación responsable de los cónyuges y de los padres y madres, en protección de quienes pueden sufrir los desequilibrios de las distintas relaciones.

¿Puede considerarse la unión libre y estable de dos personas como un contrato, como una mera relación de poderes-deberes, sin destruir su dignidad que supera lo jurídico, como algunas veces se ha considerado al matrimonio? Por su naturaleza, la unión de vida no es un contrato y

desaparece de hecho si una de las partes disiente libremente de la relación, aunque algunos de sus efectos jurídicos permanezcan. Las obligaciones jurídicas que permanecen provienen de la ley.

De otro lado, el matrimonio civil vigente y el concubinato en el Perú siempre son uniones concertadas por un varón y una mujer. Sin embargo, en la actualidad este tema se encuentra en debate en muchas naciones y en algunos Estados, por consideraciones de igualdad ante la ley, se ha legalizado el mal llamado “matrimonio homosexual” a fin de reconocer las uniones estables de hecho con bienes en común que voluntariamente establecen personas orientadas sexualmente a otras de su mismo sexo. La ley en esos países opta por proteger los derechos patrimoniales *inter vivos* o *mortis causa* de quienes se conjugan en este tipo de relación. Asimismo, en algunos casos se permite la adopción de niños por parejas homosexuales.

De otro lado, el matrimonio no puede ser más que el compromiso de dos individuos. ¿Ello vulnera el derecho de los peruanos y peruanas musulmanes, o de alguna comunidad nativa aguaruna, que pudieran optar por vivir públicamente en la poligamia sin encontrar un orden público familiar peruano que proteja cabalmente los derechos de su familia? ¿Considerar como cónyuge y reconocer derechos patrimoniales sólo a una de las mujeres, discrimina civilmente a las demás? ¿Sería mejor permitir –aunque sea a nivel regional- la poligamia y legislar pensando solamente en la protección de las mujeres y en las obligaciones que competen a los padres por razón de la filiación? ¿Habría que pensar en un Derecho Interregional Privado para solucionar conflictos entre normas regionales? ¿O es que la poligamia es inconciliable con la igualdad entre el varón y la mujer, afecta los derechos fundamentales de la persona y la comunidad y debe seguir estando prohibida por nuestro orden público nacional?

Algunas de estas preguntas, sin duda, estremecen. Pero, ¿no fue estremecedor el divorcio civil durante siglos en los que se consideró al matrimonio civil como un contrato perpetuo por su naturaleza y destino? ¿No nos estremece ahora la condición que tuvo la mujer ante la autoridad del *paterfamilias* o la autoridad marital? ¿No nos estremece en el campo político que la mujer hasta hace muy poco no pudiera elegir ni ser elegida para un cargo público? ¿No son estremecedores los avisos comerciales en

los periódicos antiguos –que abrazaban editorialmente ideales libertarios- ofreciendo o demandando esclavos? ¿No es estremecedor que una gran cantidad de esclavos haya *pertenecido* a personas “sensibles” incluyendo órdenes religiosas? ¿No nos estremecen los contratos, permitidos por la ley, que se celebraban con los inmigrantes chinos para el trabajo en las haciendas del Perú del siglo XIX?

Ciertamente todas estas instituciones jurídicas tuvieron alguna “racionalidad” histórica y cultural, como lo tienen ahora otras que pueden cambiar para el bien común y el bienestar de los peruanos más relegados en sus derechos civiles y en sus derechos fundamentales.

Las leyes civiles deben interponer su autoridad entre las personas que tienen uniones de hecho libres y estables con o sin comunidad de bienes y entre los padres y los hijos, sólo en todo lo que implica la protección de los involucrados para el necesario equilibrio de poderes-deberes en el ámbito familiar. Por ejemplo, los deberes de los padres provienen del derecho de los hijos a la vida, a la salud, a la educación, a su desarrollo personal, etc. El derecho a participar de los bienes comunes nace del reconocimiento jurídico de la reciprocidad inherente a una comunidad de bienes al interior de una unión de hecho libre y estable entre personas, independientemente de si son creyentes en una fe religiosa o agnósticas.

4. De modo análogo a los casos de necesaria de-regulación, se debe regular cuando la ausencia de norma favorece o conduce a la desprotección de las personas y/o a la afectación de los derechos fundamentales, y la intervención estatal sea más beneficiosa o menos perjudicial que la omisión.

Por ejemplo, la intervención estatal en el Derecho sucesorio se justifica, entre otras razones, a partir de la necesidad de dar algún destino a los bienes una vez fallecido el causante, así como de proteger a los deudos. Portalis señalaba:

"Pero el derecho de propiedad termina con la vida del propietario: consiguientemente, después de su muerte, ¿qué será de sus bienes, que han quedado vacantes por su fallecimiento?

“El buen sentido, la razón y el bien público no permite que se los abandone; hay poderosos motivos de conveniencia y de equidad para dejarlos a la familia del propietario, pero, hablando con

exactitud, ningún miembro de ella puede reclamarlos a riguroso título de propiedad. ¿Cómo repartirlos entre los hijos, y, en su defecto, entre otros parientes?...

“En todas estas cuestiones, es indispensable la intervención del Estado, pues hay que dar y garantizar a cada uno el derecho de suceder y hay que fijar el modo de repartir...

“Es necesario que tal orden exista, como es necesario que haya leyes...

“El poder que un testador recibe de la ley, ¿no es el poder de la propia ley?”¹⁹⁶

Casos relevantes de necesidad de regulación son aquéllos en los cuales no existe igualdad efectiva, no se cuenta con información perfecta, o se dan externalidades, lo que ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de saneamiento por evicción, vicio oculto del bien o hecho propio del transferente, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor, que cuentan con regulación establecida en el Código Civil.

Lo referido en el párrafo precedente también se ha visto claramente en el acápite del Capítulo IV del presente trabajo, referido a la contratación masiva y el orden público. Se permite que una sola de las partes establezca la distribución de poderes-deberes en el contrato por adhesión; pero el Estado interviene en protección de la parte más débil y “tutela” normativamente a los consumidores y usuarios, en sustitución de la voluntad autónoma de estos últimos, a fin que puedan informarse adecuadamente, no sean afectados por cláusulas abusivas y vejatorias, y sean compensados en casos de daños provocados por los bienes o servicios consumidos o usados.

El Derecho Privado parte del supuesto de la información “perfecta” y de la capacidad de las partes para evaluarla y elegir entre diversos cursos de acción. Sin ese supuesto, puede justificarse la intervención estatal por cuanto esa carencia puede afectar la equidad y/o la asignación de recursos que maximiza el beneficio social.

Cierto tipo de información es más accesible que otra. En una compraventa es más fácil obtener información sobre el precio y sobre la apariencia del

¹⁹⁶ Op. cit., pp. 104 a 107.

bien que sobre su calidad e idoneidad para alcanzar el destino jurídico y económico normal del bien de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar. Ello es más dramático aún tratándose de contrataciones estandarizadas y en masa. La información inferior a la económicamente óptima justifica una intervención normativa.

La actividad estatal normativa también se justifica en consideración al costo de la información para los adquirentes de un bien o servicio y el hecho de que la mayoría de los sujetos de derecho tiene restricciones para adquirir, procesar y almacenar información. De ahí las normas que generan obligación de brindar cierta información o de compensar los perjuicios generados a la contraparte por falta de información relevante.

También debe intervenir normativamente el Estado cuando son altos los costos inherentes a la negociación, reconociendo alguna fórmula que reduzca los costos. En efecto, hemos señalado que la voluntad heterónoma estatal también reconoce las relaciones jurídicas estandarizadas establecidas en serie que originan conceptos tales como el contrato acordado por adhesión y las cláusulas generales de contratación. El orden público da su reconocimiento a este tipo de relación jurídica masiva en tanto disminuye o elimina el costo inherente a la negociación en una operación de intercambio; pero la intervención estatal se hace necesaria para controlar los desequilibrios que pueden causarse en desmedro de la parte más débil.

Cuando los costos de transacción son muy elevados y/o los riesgos son muy altos, la intervención estatal puede llegar a sustituir las transacciones, tal como sucede con los seguros obligatorios, pero el Estado, en esos casos, debe crear relaciones jurídicas equitativas y eficientes que obedezcan a criterios de costo-beneficio.

Juan Torres López explica que cuando se produce una divergencia entre costos y beneficios y el equilibrio perfecto no surge espontáneamente, el Derecho debe procurar su internalización, por medio de la reducción de los costos de transacción como generadores de la externalidad producida, y que si esto es imposible debido a costos de transacción prohibitivos, el Derecho establece las condiciones del intercambio simulando la solución

del mercado.¹⁹⁷

En la definición de criterios y determinación de mecanismos, también deberá tenerse en cuenta que la supervivencia en un mundo de bienes escasos constituye el valor principal que de hecho conduce a muchas personas y grupos humanos a entender el maximizar beneficios como minimizar riesgos. Así, hay un tipo de intervención estatal destinada a proteger lo esencial que es la vida misma u otros valores de gran relevancia para un grupo humano.

También es constatable que para muchas personas no hay mayor beneficio, desde el punto de vista de su subjetividad, que proteger de riesgos mayores su situación actual, por lo que ésta le brinda de seguridad y tranquilidad respecto a lo que le resulta más valioso en su existencia.

Finalmente, tratándose de normas supletorias, el Estado deberá establecer reglas tipo convenientes que liberen a los particulares de tener que pactarlas expresamente con regularidad.

5. En todo ello es necesario encontrar un justo medio. En aras de una intervención estatal normativa bien fundada (al regular o de-regular), Portalis señalaba que había que imprimir a las instituciones nuevas el carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho de llegar a ser antiguas.¹⁹⁸ El funcionario legislador, o la entidad legislativa o normativa tampoco deben ser iconoclastas. Portalis, después de años de revolución francesa señalaba:

"...que es preciso ser sobrio en cuanto a novedades en materia de legislación, porque, si, ante una institución nueva, es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir; que hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso; que, al corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa...".¹⁹⁹

¹⁹⁷ Juan Torres López. Op.cit., pp. 68-69.

¹⁹⁸ Op. cit., p. 53.

¹⁹⁹ Ibid., p. 32.

Dicha regulación o de-regulación debe efectuarse también con sujeción a un debido proceso parlamentario o normativo-administrativo dependiendo de la jerarquía de la norma y las competencias; con la intervención participativa de la ciudadanía -con diversos grados de representatividad y/o inmediatez de sus voceros según sea la relevancia de la materia a normar-, y diversos mecanismos tales como la publicación de los proyectos de normas y su exposición de motivos, y la obligación de llevar a cabo procesos de consulta pública incluyendo audiencias públicas descentralizadas, cuyo incumplimiento podría acarrear la invalidez de la actuación normativa.

Sin embargo, ello debe llevarse adelante de modo tal que la participación ciudadana no se convierta en un proceso de transacción y acomodamiento de intereses de los grupos más fuertes. En algunos casos la participación ciudadana puede tener como consecuencia la persistencia de instituciones jurídicas que afectan determinado equilibrio jurídico y/o económico; pero, tal como se ha señalado, el debate público y libre y la argumentación razonada abren la posibilidad de influir en la opinión pública, lo que constituye un elemento vital para la igualdad democrática.

B) Mecanismos Judiciales

1. El control de la intervención estatal en el ámbito normativo también podría ser promovido por los ciudadanos y determinadas instituciones por medio de los procesos de control constitucional de las leyes y demás normas.

Los procesos constitucionales de inconstitucionalidad y acción popular tienen por finalidad la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la defensa de la primacía de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, pudiendo la infracción ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo;²⁰⁰ sin embargo estos procesos no han sido concebidos para propiciar el restablecimiento de algunos de los equilibrios perdidos a los que se refiere

²⁰⁰ Artículos II del Título Preliminar y 75° del Código Procesal Constitucional de 2004

el presente trabajo, que en algunos casos pueden tener una historia secular que tiende a inmovilizarse por causa de la inercia o persistencia de algunas situaciones de inequidad o privilegio. Estos procesos no apuntan a remediar las inconsistencias e incoherencias del sistema legal que se develan al ser contrastadas las normas con los ideales constitucionales fundamentales, ni las irracionalidades en la producción o distribución de recursos escasos que aparecen de un análisis económico.

La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley que contravengan la Constitución, y la acción popular contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general de cualquier autoridad por infracción de la Constitución y de la ley.²⁰¹ Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considera, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.²⁰²

La acción de “inconsistencia fundamental” de una ley u otra norma (respecto al sistema basado en derechos fundamentales de la persona y la comunidad), que se requeriría para que el Estado restablezca ciertos desequilibrios –a veces seculares- del sistema, implicaría optar por la imprescriptibilidad, no pudiendo aceptarse plazos como el de cinco años (desde el día siguiente de publicación de la norma) de la acción popular, ni como el de seis años (a partir de la publicación de la norma con rango legal) o seis meses (para los tratados) de la acción de inconstitucionalidad.²⁰³ Si pudiesen los ciudadanos por medio de una acción así, imprescriptible, derribarse inequidades de larga data, se otorgaría a la sociedad una gran capacidad de auto-transformación.

De otro lado, las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian, y las recaídas en el proceso de acción popular pueden

²⁰¹ Incisos 4 y 5 del artículo 200º de la Constitución Política del Perú y artículos 76º y 77º del Código Procesal Constitucional de 2004.

²⁰² Artículo 78º del Código Procesal Constitucional de 2004.

²⁰³ Artículos 87º y 100º del Código Procesal Constitucional de 2004

determinar la nulidad;²⁰⁴ pero ninguna de éstas genera necesariamente en el órgano emisor una dinámica para replantear la materia que fue objeto de la norma dejada sin efecto, ni menos señala a dicho emisor un plazo para hacerlo y las reglas que deben imperar durante la transición de unas normas a otras.

Los desequilibrios normativos a que se refiere este trabajo pueden ser mejor señalados y sustentados jurídica y económicamente por entidades que gocen de solvencia profesional y técnica, tales como los colegios profesionales, universidades, institutos de altos estudios superiores públicos o privados y centros de investigación, por lo que la relación taxativa de personas facultadas para interponer la acción de inconstitucionalidad, contenida en el artículo 203^o de la Constitución, no resultaría adecuada para este tipo de control de la constitucionalidad (igualdad, equidad, racionalidad económica) de una norma o hasta de una institución jurídica.

De otro lado, los fundamentos en que se sustenta la pretensión de la demanda tendrían que ir acompañados de un informe técnico que aborde en profundidad por lo menos los aspectos jurídicos y económicos.

Del mismo modo, el plazo para contestar la demanda²⁰⁵ tendría que ser más amplio que los aplicables en los procesos de inconstitucionalidad y acción popular.

De todo ello se desprende la necesidad de formular en detalle una nueva acción de garantía constitucional que se adecue a las necesidades sustentadas en el presente trabajo.

2. La potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial,²⁰⁶ salvo la jurisdicción especial de las Comunidades Campesinas y Nativas en coordinación con el Poder Judicial.

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la

²⁰⁴ Artículo 81^o del Código Procesal Constitucional de 2004.

²⁰⁵ Artículos 91^o y 107^o del Código Procesal Constitucional de 2004.

²⁰⁶ Artículo 138^o de la Constitución Política.

persona.²⁰⁷ El Derecho consuetudinario que la ley permite siempre estará subordinado a los derechos fundamentales de la persona y la comunidad.

El Poder Judicial administra justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes. Sin embargo, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera e, igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.²⁰⁸ Y en la cima de la jerarquía normativa se encuentran los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, debiendo el juez afinar su sensibilidad como administrador de justicia para percibir los casos en los que la aplicación de una norma afecta algún derecho fundamental y constitucional.

En casos de vacío o deficiencia de la ley, los jueces no pueden dejar de administrar justicia. Deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano, así como el Derecho consuetudinario²⁰⁹ que, debemos entender, nunca será contrario al orden legal y a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Como señala José Carlos de Bartolomé:

“Si la costumbre sólo puede regir en defecto de ley aplicable y por este motivo constituye el régimen jurídico de una relación jurídica, sólo deberá ser cuestionada su vigencia en caso de que atente contra la Constitución por ser esta la norma de normas que recoge los principios de vigencia y funcionamiento de todas las fuentes del Derecho”.²¹⁰

La actividad judicial creativa puede encontrar medios para aplicar equitativa y eficientemente el Derecho, inaplicando normas incompatibles con otras de rango superior, pero también encontrando una solución de mayor equidad y eficiencia en los principios generales del Derecho y en el Derecho consuetudinario cuando esté ante un caso muy específico y/o local para el cual la ley es deficiente u omisiva. Las particularidades de la vida en sociedad y las especificidades de determinadas etnias pueden llevar a la conclusión de que determinadas normas no han sido generadas para

²⁰⁷ Artículo 149º de la Constitución Política.

²⁰⁸ Artículo 138º de la Constitución Política.

²⁰⁹ Numeral 8 del artículo 139º de la Constitución Política y Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1984.

²¹⁰ Op. cit., p. 276.

regularlas y que, por tanto, se está ante un vacío normativo.

Mayor creatividad tendrá el Juez que mejor perciba la singularidad de determinado caso y advierta el vacío normativo para regularlo. El Juez puede flexibilizar en la práctica el orden imperativo general cuando la situación que se le presenta es cualitativamente distinta a la prevista en la ley en razón de su naturaleza o de sus particularidades locales, y puede en consecuencia aplicar los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario, que puedan brindar una solución más justa y socialmente menos costosa. El juez puede así desempeñarse respetando mejor el orden específico de determinados lugares y personas.

Queda claro, pues, que en el Perú son posibles otras normas obligatorias distintas a las legales y que el juez tiene en determinadas circunstancias la posibilidad de aplicarlas. Coexisten diversos derechos consuetudinarios locales, así como coexisten administrativamente jurisdicciones locales y regionales que se subordinan al orden público imperante en el territorio nacional. Cada uno de esos ámbitos administrativos y consuetudinarios tendrá sus normas consideradas imperativas así como las consideradas meramente supletorias de la voluntad autónoma de los sujetos de derecho, ninguna de las cuales podrá ser, sin embargo, costumbre *contra legem*.

Al ejercer su labor jurisdiccional (*juris-dictio*), el Juez dicta el Derecho para el caso concreto. En sus manos está la aplicación del orden público a la situación particular. Señalaba Portalis que:

"En esta inmensidad de cuestiones diversas, que componen las materias civiles y cuyo juzgamiento, en la mayoría de los casos, requiere menos la aplicación de un texto preciso, que la combinación de varios textos que conducen a la decisión, aunque ninguno de ellos por separado la contenga, no se puede prescindir de la jurisprudencia ni de las leyes. Así, abandonamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no cabrían en el plan de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado contenciosos que no debe, en absoluto, ocupar al legislador, y todos los problemas que inútilmente se esforzaría en prever o que una previsión precipitada no podría definir sin peligro. A la experiencia incumbe ir colmando los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, mas, hablando con propiedad, no acaban de hacerse jamás".²¹¹

²¹¹ Op. cit., p. 46.

3. Tratándose de contratos, el juez puede revisarlos cuando su contenido es contrario a los derechos fundamentales de la persona y la comunidad que sustentan al orden público y a las buenas costumbres.

El juez también puede atemperar el rigor del orden privado que el contrato crea al amparo del orden público, cuando se invoque, por ejemplo, el abuso del derecho, la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación, acciones creadas por el orden público que requieren de discrecionalidad judicial.

También pueden revisarse judicialmente los contratos que contravienen el artículo 1362° del Código Civil, por el cual éstos “...deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Cuando el juez encuentre un desequilibrio en las relaciones de poder-deber podrá conducirse de modo tal que procure restablecer el equilibrio perdido, adecuando la aplicación de las normas imperativas a su principal fundamento: los derechos fundamentales y la racionalidad y equidad en la producción y distribución de los recursos escasos.

4. En caso de oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones contractuales el juez podrá ejercer un control indirecto del contrato equilibrando las relaciones de poder-deber y posibilitando la aplicación del orden público y del contenido preceptivo del contrato a un caso concreto, siempre por medio de la aplicación de las reglas generales y particulares de interpretación establecidas en determinados códigos y leyes, según el caso; por ejemplo las establecidas en los artículos 168° a 170°, 1043°, 1400°, 1401° y 2055° del Código Civil, y acudiendo, en su defecto, a las reglas de interpretación propuestas por la doctrina.²¹²

En estos casos será importante para el juez conocer la voluntad de las partes, la cual no puede afectar los derechos fundamentales que sustentan el orden público y las buenas costumbres. Debe distinguir la voluntad interna psíquica, de la voluntad exteriorizada mediante una conducta

²¹² Respecto a la interpretación de los actos jurídicos discurrimos según la doctrina seguida por Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. Vid. Juan Guillermo Luca de Tena, *El Negocio Jurídico*. (Lima, Librería Studium Ediciones, Segunda Edición, 1987), pp. 187-215

expresiva y voluntaria que la hace adquirir vida propia, a modo de una voluntad objetivada y situada en un contexto inclusive posterior a la declaración de voluntad.

De acuerdo al referido contexto, el juez debe elegir la regla adecuada de interpretación y aplicarla a los hechos para hallar el sentido unívoco a la voluntad manifestada. Interpretar será para el juez encontrar el sentido y significado del contenido declarado en coincidencia con la intención o resultado práctico procurado a través del acto jurídico bajo el principio de la buena fe, pasando primero por enfocar correctamente el *quid* al que orientará su investigación y en segundo lugar por fijar los hechos informándose sobre los detalles del contenido preceptivo y la intención de las partes. A veces recurrirá a voluntades típicas para encontrar el sentido y significado lógico y razonable de la declaración de las partes, siendo todas éstas acordes con el pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, así como destinadas a soluciones económicamente razonables y eficientes. Como resultado de la interpretación judicial, la intención hipotética puede ser de menores o mayores alcances que el contenido ambiguo u oscuramente declarado, o puede resultar de normas supletorias; pero se habrá conocido mejor aquella intención de las partes y estar en mejor condición de proteger el equilibrio contractual, en beneficio de la parte que pudiera haber salido perjudicada.

Al respecto, el artículo 168° del Código Civil señala que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él (contenido e intención objetivados aunque el contrato no conste por escrito) y según el principio de la buena fe.

El artículo 169° del Código Civil, sobre interpretación sistemática, también se orienta a conocer la voluntad de las partes cuando establece que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. La regla se sustenta en el principio de no-contradicción entre cláusulas, estipulaciones y palabras. En el caso de contradicción, cabe combinar la interpretación restrictiva con la sistemática a fin de que no hayan efectos mayores que los queridos; o, en su defecto, la interpretación abrogante que considere no escrita la cláusula que se desvíe de principios,

o ambas si tienen categoría principal. De este modo el juez encauza el orden público y el privado aplicándolos al caso particular.

El artículo 170° del Código Civil ordena que las expresiones que tengan varios sentidos deban entenderse en el más adecuado a la naturaleza del acto según su especie negocial (compraventa, arrendamiento, etc.) y al objeto o finalidad del mismo.

De modo específico para el caso de cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, tal como vimos en el Capítulo V del presente trabajo, el artículo 1400° del Código Civil establece que las cláusulas agregadas al formulario del contrato por adhesión prevalecen sobre las de éste que sean incompatibles con las añadidas, aunque las del formulario no hubiesen sido dejadas sin efecto. Las cláusulas particulares que han sido agregadas a las cláusulas generales son las que de ordinario han sido materia de negociación entre las partes, lo que implica cierta deliberación y decisión particular y reflejan mejor la real voluntad de las partes.

Asimismo, el artículo 1401° del Código Civil señala que tratándose de estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios prerredactados por una de las partes, éstas se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra. Este artículo consagra el principio *"in dubio contra stipulatorem"* como un medio de proteger al contratante de aquél que prefigura las estipulaciones unilateralmente.

CONCLUSIONES

1. El legislador francés y sus seguidores latinoamericanos del siglo XIX tomaron partido por la creación legislativa del Derecho. Como regla general no se dio a la costumbre carácter de fuente de derecho. La excepción estaba en que la ley así lo estableciera para determinados casos. Expresado de otro modo, la ley es la única fuente de Derecho, salvo excepciones reconocidas por la ley misma. La primacía de la ley también ha sido históricamente primacía de los grupos de interés que la han gestionado, promovido o defendido.
2. Los códigos latinoamericanos del siglo XIX fueron estableciendo y desarrollando en sus Títulos Preliminares algunos principios conexos entre sí, tales como los del orden público, la irretroactividad de las leyes, la no derogación de la ley sino por otra ley (y no así por la costumbre o por el desuso) y la prohibición a los jueces de dejar de administrar justicia, que serían los pilares del sistema cerrado, coherente y seguro que debía caracterizar al orden jurídico liberal latinoamericano.
3. El principio del artículo 6 del Código Civil francés, por el cual las convenciones privadas no pueden derogar o renunciar a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, fue acogido en los Códigos Santa Cruz de Bolivia y del Estado Nor-Peruano, y los códigos colombiano, uruguayo y argentino.
4. Se constata que según los códigos latinoamericanos decimonónicos

el Estado protege la autonomía de la voluntad pero dentro de los límites de su intervención a través de: a) normas "inderogables" por la voluntad particular que son fundamentalmente de carácter prohibitivo; y, b) la protección legal, en sus Títulos Preliminares, de las "buenas costumbres" o moral social. El orden público y las buenas costumbres reflejan las relaciones históricas de poder-deber de carácter político-económico-social.

5. Los códigos latinoamericanos del siglo XIX estuvieron referidos en mayor o menor medida al concepto de las "buenas costumbres" como idea asociada a la de "orden público". Existió una cierta identificación entre las "buenas costumbres" y la moral social, de modo que no podía transgredirse la moral social así no estuviera recogida por el Derecho positivo. Puede decirse que en virtud de la ley, el sistema jurídico se fundaba en la ley sustentada en la moral social. La moral social era el referente último del sistema jurídico.

6. El Código Civil peruano de 1852 prohibía renunciar a derechos que interesasen al orden público y/o a las buenas costumbres y que no fueran meramente privados. El Código de Andrés Bello y los Códigos de Colombia, Ecuador y Uruguay permiten renunciar derechos de interés individual del renunciante mientras no esté prohibida la renuncia.

7. Según el Código Civil peruano de 1852, las "buenas costumbres" son incorporadas legalmente al derecho, en tanto no se puede renunciar a derechos si esta renuncia afecta a las "buenas costumbres". Cuando las leyes confieren derechos que interesan al orden público y/o a las buenas costumbres –y que por lo tanto no son "meramente privados"–, deben ser observadas sin excepción. Las "buenas costumbres" son una suerte de "leyes" imperativas no positivas al estar sancionadas por el artículo VII. El Código fue un reflejo de una no muy clara delimitación entre el Derecho y la Moral.

8. La Constitución de 1860, inspirándose en el principio contenido en el Código Civil de 1852, estableció que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Ese principio es uno de los pilares del sistema liberal en el que la autonomía de la voluntad sólo tiene como frontera o límite a la prohibición u obligación legal, salvo las buenas costumbres.

9. El artículo 12 del Título Preliminar del Código de Andrés Bello sigue al artículo VII del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1852. Ya no se refiere a la derogación o renuncia de las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres como lo hacía el Code francés, sino que establece cuándo puede o no renunciarse a un derecho.
10. A partir del Código Civil de Andrés Bello se hace patente una mejor conciencia y desarrollo del tema del orden público en los Códigos Civiles latinoamericanos, distinguiendo aquel código desde su primer artículo entre leyes que mandan, prohíben o permiten.
11. El Proyecto de Texeira de Freitas supera en abstracción al Código Napoleón y a la correspondiente tradición latinoamericana, pues ya no sólo son las convenciones o los contratos los que no deben transgredir las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, sino todas las acciones u omisiones con trascendencia jurídica.
12. El orden público y las costumbres calificadas de “buenas” obedecen a una historia concreta de relaciones políticas-económicas-sociales en la que se ha ido gestando una cultura y pueden ser reorientados en el presente según las aspiraciones de cada sociedad. Nuestro orden público no es inmutable, como tampoco lo es la moral social (buenas costumbres). Es histórico y a la vez un medio para que nuestra sociedad se reinvente a sí misma.
13. Factores de cambio económicos, sociales, filosóficos, e inclusive religiosos, impulsan la mutabilidad histórica del orden público y de la moral social, y con frecuencia esos cambios implican una ampliación de la autonomía de la voluntad. El Derecho es el resultado de un proceso secular de decantación conceptual en la lucha entre el patriarcalismo político-económico-social y el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, en el que se funda el derecho a la libertad. Ello se ilustra considerando lo ocurrido con los derechos de la mujer casada en el ámbito patrimonial, sujeta secularmente al poder político-familiar del *paterfamilias* o del marido. Hasta época relativamente reciente la mujer casada se ha visto marginada en la legislación civil con limitaciones sobre todo patrimoniales que le venían de preceptos de orden público de muy antigua raíz histórica.
14. La limitación territorial del ámbito espacial del orden público hace

posible la simultaneidad de diversos órdenes públicos de contenido diferente en territorios distintos. En la interrelación de las personas pueden surgir controversias con elementos vinculados a distintos órdenes públicos y es el Derecho Internacional Privado del Perú el que determina la competencia jurisdiccional exclusiva o facultativa del juez nacional y/o del juez extranjero, así como la competencia de la ley nacional o de la extranjera que eventualmente aplicará el juez peruano para cada categoría. Se salvaguarda lo dispuesto por la ley que resulte aplicable –con su correspondiente orden público- salvo incompatibilidad de ésta con el “orden público internacional” del Perú o con lo que en el Perú se entiende como “buenas costumbres”.

15. Para la paz social y el mayor beneficio de la sociedad el Estado reconoce y distribuye socialmente titularidades a los sujetos de Derecho, en las que cada cual no debe ser perturbado y tenga la potestad de excluir a los demás, estableciéndose las relaciones de poder-deber entre ellos. Las relaciones jurídicas, en sí mismas, se fundamentan en un previo reconocimiento del ordenamiento jurídico que les otorga juridicidad. Es el orden público imponiendo límites a las voluntades autónomas.

16. En la mayor parte de las relaciones jurídicas no existen una auténtica autonomía ni igualdad entre partes. Es función del Estado operar los mecanismos para dar equilibrio y equidad a las relaciones jurídicas. El Estado debe establecer reglas imperativas para la determinación de las relaciones jurídicas y sus alcances, como medio para equilibrarlas, reducir la generación de conflictos sociales y el uso inequitativo, irracional e ineficiente de los bienes escasos.

17. Cada relación jurídica “privada” es en algún grado libre y en algún grado reglada, en algún grado privada y en algún grado pública, siendo lo privado y lo público dos dimensiones complementarias del Derecho.

18. Cuando el ordenamiento jurídico da juridicidad a las relaciones establecidas por las partes, cuando establece derechos irrenunciables e indisponibles, cuando limita los derechos de una o varias de las partes de una relación jurídica o prohíbe radicalmente un tipo de relación jurídica constituyendo *numerus clausus*, estamos frente a las llamadas disposiciones de *orden público*.

19. La esencia del orden público es el carácter imperativo de la norma legal. El orden público en tanto está constituido por lo imperativo, lo preceptuado y lo prohibido implica una relación entre quien ejerce el poder de mandar o prohibir y el obligado o prohibido de dar, hacer o no hacer algo. Conforme al Código Civil peruano de 1984 la sanción por transgredir el orden público es, por lo general, la nulidad, pero la ley puede establecer sanción diversa. Dado que los actos anulables pueden ser confirmados por la parte a quien corresponda la acción de anulación, debe inferirse que las normas que establecen causales de anulabilidad no son absolutamente imperativas, sino que otorgan un derecho renunciabile a dicha parte.

20. Para identificar una norma de orden público no es suficiente constatar si existe una forma imperativa o prohibitiva. Se debe tener el concepto mismo de lo que es el orden público. En el Código Civil de 1984 expresamente se refieren al orden público el Título Preliminar, las normas sobre actos de disposición del propio cuerpo, las de necropsia, incineración y sepultura, disolución de personas jurídicas cuyos fines son contrarios al orden público, cargos impuestos por el testador, nulidad de pactos de exoneración de responsabilidad por la violación de normas de orden público, las que definen la naturaleza de las normas sobre contratos y aquéllas sobre el uso del bien por el arrendatario. Entre los *numerus clausus* o clasificaciones cerradas establecidas en el Código Civil de 1984 están las referidas a las personas incapaces, las formas previstas de personas jurídicas, la sociedad de gananciales y los patrimonios separados, las causales de separación de cuerpos y de divorcio, las formas de testar, la legítima y la porción disponible y los derechos reales posibles.

21. La supletoriedad de una norma es un carácter anterior a la celebración del acto jurídico, pues a partir de ese momento ya se puede conocer las reglas que han quedado incorporadas al mismo con igual fuerza obligatoria que las demás. Para el Código Civil de 1984 las normas sobre contratos deben entenderse en principio como supletorias, salvo que su carácter imperativo sea manifiesto.

22. En el siglo XIX y comienzos del siglo XX el sistema jurídico tenía como último referente a la moral social a través del concepto de “buenas costumbres”. En la sociedad actual existen menos consensos éticos y el

sistema jurídico podría tener mayor predictibilidad si se sustituye el concepto de “buenas costumbres” y se establece así la nulidad de los actos jurídicos que afectan a los derechos fundamentales o derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los que es parte el Estado peruano. Las buenas costumbres no pueden ser otras que las que se fundan en el orden constitucional del Estado, ya que éste es el único que puede impedir la vigencia de un acto jurídico que no transgrede ninguna ley. No puede dejarse a la libre discrecionalidad judicial la validez de los actos jurídicos entre los particulares por ser contrarios o no a las buenas costumbres. Las buenas costumbres, así como todo el orden público, tienen su cimiento en la Constitución como única fuente primigenia que puede limitar o prohibir la vigencia de cualquier otra norma jurídica o moral que no es contraria a los imperativos de ninguna ley.

23. Cada relación jurídica según el grado de oponibilidad existente en ella (dispuesto por el orden público) puede vincular a dos o más personas determinadas o a alguna persona con “todas las demás” (*erga omnes*). Este grado mayor de oponibilidad debe resultar de ciertos mecanismos (posesión y registro) que le permitan ser conocible, instituidos por el Derecho para la seguridad del sistema y para evitar o disminuir costos de transacción. La *propiedad-conocible* es la más completa relación jurídica de entre las que alcanzan ese grado de oponibilidad necesario para un intercambio seguro, por lo que resulta propicia para la creación del tejido de los derechos patrimoniales.

24. La racionalidad del tráfico económico implica que las personas modifiquen mutuamente sus relaciones a fin que los recursos escasos se distribuyan según donde resulte más eficiente su explotación y uso. La asignación de titularidades creada por el Derecho es un supuesto o premisa para el intercambio en el mercado de bienes y servicios.

25. La intervención del Estado en la determinación de las relaciones contractuales en el mercado a través del *orden público*, es un componente esencial del mercado. No es que el Estado sea sólo un árbitro. El Estado es un jugador en este juego del intercambio; aunque tiene un rol distinto: crear un equilibrio que no existe verdaderamente en la realidad de las

fuerzas económicas y que es indispensable para que el mercado exista en cuanto tal. Dicho equilibrio es creado por el Estado al reconocer los derechos y titularidades y establecer las reglas de juego, así como al desplegar los mecanismos para restablecer el equilibrio perdido. Lo que llamamos libre mercado presupone una cierta distribución de poderes-deberes garantizada por el Estado. Lo propio de los bienes que sí son escasos son las titularidades y el intercambio. Lo que llamamos libre mercado es una realidad a la vez libre y a la vez reglada, intervenida por un orden público que garantiza la libre iniciativa a la par que le impone límites.

26. En la contratación masiva, la eliminación de los costos propios de la negociación se lleva a cabo mediante la eliminación de la negociación misma, asumiendo el Estado la protección de la parte más débil y la “tutela” de los consumidores y usuarios, en sustitución de la voluntad autónoma de la parte más débil de la relación jurídica. El orden público se hace necesario para controlar los desequilibrios que pueden causarse en desmedro de dicha parte. A mayor desequilibrio mayor presencia pública del sistema jurídico. El Código Civil de 1984 ha previsto la posibilidad de un control administrativo preventivo a través de cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, prohibición de algunas estipulaciones, y ciertas reglas y principios de interpretación de las cláusulas. Asimismo, existe una legislación específica sobre protección de los consumidores y usuarios. Los consumidores y usuarios representan el fin de toda actividad económica.

27. Las normas sobre protección al consumidor, las de supervisión de la publicidad y represión de la competencia desleal protegen a la parte más débil al versar sobre la información clara y veraz para el intercambio en el mercado.

28. Las normas de orden público pueden también ser –como lo han sido muchas históricamente- el instrumento más acabado para lograr el paradigma de la sociedad inequitativa e ineficiente, dependiendo de cómo actúe legislativamente el Estado. De ello se deriva que encauzar el orden público es encauzar al Derecho mismo y a la sociedad.

29. El orden imperativo se construye siempre sobre la base de los derechos irrenunciables e indisponibles y el cimiento constitucional por el

cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Las normas que estatuyen dicha base y cimiento, reconociendo dichos derechos, son las primeras que interesan al orden público. Los derechos fundamentales de la persona humana y la comunidad son la piedra angular del edificio civil y la base común al Derecho Privado y al Derecho Público.

30. Al determinar el orden público el Estado no debe representar prevalencias excluyentes o discriminatorias de ningún tipo, sobre todo en un país pluricultural y rico en diversidad. El Estado tampoco puede ser neutral sino que debe crear –con la asignación de titularidades y el establecimiento de reglas- un equilibrio indispensable para que la sociedad y el mercado de recursos escasos sean posibles en cuanto tales.

31. El equilibrio social que el Estado crea equivale al ideal social: una sociedad en la que se respeten los derechos fundamentales de la persona y en la que los recursos escasos sean racional y equitativamente producidos y distribuidos. Restablecer al orden público del Derecho privado su función equilibrante significa ajustar el orden público a los derechos fundamentales, así como a la racionalidad en la producción y distribución de los recursos escasos, es decir al orden constitucional.

32. El presente trabajo sostiene que son posibles ciertos mecanismos de adecuación de la determinación del orden público a las necesidades de una sociedad democrática y eficiente. Estos mecanismos pueden ser legislativos o judiciales. Los legisladores deben poder examinar las leyes a la luz de los derechos fundamentales y de la racionalidad económica constitucional. Los sujetos de derecho deberían poder recurrir ante una instancia garante contra una normativa u omisión de norma que afecte derechos fundamentales y/o la racionalidad económica en desmedro de la equidad. Asimismo, deberían poder recurrir a los jueces y que éstos juzguen conduciendo la aplicación de las normas imperativas hacia su perfeccionamiento, adecuándola a su último y principal fundamento: los derechos fundamentales y las consiguientes racionalidad y equidad en la producción y distribución de los recursos escasos.

33. Si con la creación de una norma el Estado favorece la discriminación o transgrede de otro modo el orden jerárquico normativo

basado en los derechos fundamentales, el legislador deberá abstenerse totalmente de regular o de-regular. Ello implica que tampoco deberá consagrar legislativamente normas originariamente consuetudinarias que sean incompatibles con la jerarquía normativa. El legislador debiera examinar su proyecto normativo en relación a todos y cada uno de los derechos fundamentales. Para estandarizar dicho examen cada cuerpo legislativo o normativo, principiando por el Congreso, puede elaborar relaciones de ítems a revisar (*checklists*). Mediante ley pueden establecerse los principios, criterios, actores y procedimientos necesarios para esta evaluación.

34. También debe abstenerse el legislador si los beneficios netos que acarrearía la omisión normativa estatal son mayores a los que resultarían de su intervención; o si los perjuicios netos que acarrearía la abstención son menores a los que resultarían de la regulación o de-regulación, lo que hace imprescindible una verdadera evaluación económica de acuerdo a las características de cada proyecto normativo. Mediante ley se deben establecer los principios, requisitos, actores y procedimientos para efectuar dicho análisis.

35. El legislador puede regular o de-regular si favorece el reconocimiento de relaciones de poder-deber entre iguales y se sujeta a las normas de mayor jerarquía; siempre que los beneficios netos de la intervención sean superiores a los de su no intervención; o los perjuicios netos que acarrearía la intervención estatal sean menores a los que resultarían de su omisión.

36. La de-regulación se impone cuando la regulación actual consagra la desigualdad y la discriminación y/o afecta los derechos fundamentales y constitucionales y/o cuando el balance de perjuicios y beneficios de la de-regulación deja un saldo a favor de la intervención estatal de-reguladora.

37. Se debe regular cuando la ausencia de norma favorece o conduce a la desprotección de las personas y/o a la afectación de los derechos fundamentales, y la intervención estatal sea más beneficiosa o menos perjudicial que la omisión.

38. Casos relevantes de necesidad de regulación son aquéllos en los cuales no existe igualdad efectiva, no se cuenta con información perfecta, o

se dan externalidades.

39. También debe intervenir normativamente el Estado cuando son altos los costos inherentes a la negociación reconociendo alguna fórmula que reduzca los costos.

40. Cuando los costos de transacción son muy elevados y/o los riesgos muy altos, la intervención estatal puede llegar a sustituir las transacciones.

41. La regulación o de-regulación debe efectuarse también con sujeción a un debido proceso parlamentario o normativo-administrativo dependiendo de la jerarquía de la norma y las competencias; con la intervención participativa de la ciudadanía y diversos mecanismos de consulta pública, evitando, sin embargo, la transacción y acomodamiento de intereses de los grupos más fuertes.

42. El control de la intervención estatal en el ámbito normativo también podría ser promovido por los ciudadanos y determinadas instituciones por medio de un proceso de control constitucional de las leyes y demás normas, para lo cual se requiere formular en detalle una nueva acción de garantía constitucional que se adecue a las necesidades aquí sustentadas. La acción de inconstitucionalidad y la acción popular no han sido concebidas para propiciar el restablecimiento de algunos de los equilibrios perdidos a los que se refiere el presente trabajo. No son adecuados los plazos para interponer la acción o para contestar la demanda, ni la relación de personas facultadas para interponer la acción, ni los requisitos para sustentarla. Dichas acciones tampoco generan necesariamente en el órgano emisor una dinámica para replantear la materia que fue objeto de la norma dejada sin efecto, ni menos señala a dicho emisor un plazo para hacerlo y las reglas que deben imperar durante la transición de unas normas a otras.

43. La actividad judicial creativa puede encontrar medios para aplicar equitativa y eficientemente el Derecho, inaplicando normas incompatibles con otras de rango superior entre las que están las que consagran los derechos fundamentales; pero también encontrando una solución de mayor equidad y eficiencia en los principios generales del Derecho y en el Derecho consuetudinario cuando el juez esté ante un caso muy específico y/o local para el cual la ley es deficiente u omisiva. Las particularidades de la vida en sociedad y las especificidades de determinadas etnias pueden llevar a la

conclusión de que determinadas normas no han sido generadas para regularlas y que, por tanto, se está ante un vacío normativo.

44. Tratándose de contratos el juez puede revisarlos cuando su contenido sea contrario a los derechos fundamentales de la persona y la comunidad que sustentan al orden público y a las buenas costumbres. En caso de oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones contractuales el juez podrá ejercer un control indirecto del contrato por medio de la aplicación de las reglas generales y particulares de interpretación establecidas en determinados códigos y leyes. A veces podrá recurrir a voluntades típicas para encontrar el sentido y significado lógico y razonable de la declaración de las partes, siendo todas estas voluntades típicas acordes con el pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, así como destinadas a soluciones económicamente razonables y eficientes.

45. Los jueces, a diferencia de los árbitros, tienen la obligación de tutelar intereses superiores a los de las partes arbitradas. El principal criterio y la principal guía para decidir si la materia de una controversia determinada es o no arbitrable no es que ésta sea de orden público, porque también los árbitros deben respetar el orden público en sus decisiones, sino que la sociedad quiera ser juez porque también es “parte eminente”, quiera establecer el derecho y no le baste garantizarlo, por tratarse de un interés público que equivale a lo estrictamente situado dentro del orden constitucional con sus principios, derechos fundamentales protegidos y organización general de la comunidad.

BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ-CORREA, Eduardo, Curso de Derecho Romano. Segunda edición. Bogotá, Editorial Pluma, 1980. 543 pp.
- ALZAMORA, Lizardo, Derecho Romano. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1946. 520 pp.
- BECKER, Gary, Tratado sobre la familia. Madrid, Alianza Editorial, 1987. 366 pp.
- BODENHEIMER, Edgar, Teoría del Derecho. Cuarta Reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, 1974. 418 pp.
- BOGGIANO, Antonio, Derecho Internacional Privado. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978. 932 pp.
- BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano. Tercera edición. Madrid, Instituto Editorial REUS, 1965. 700 pp.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. El arbitraje comercial en México. En: El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español, Liber Amicorum en homenaje Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski. Lima, University of Ottawa - Cultural Cusco, 1989. 29 pp.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones. Lima, Ara Editores, 1991. 363 pp.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Seminario de arbitraje comercial internacional. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. 365 pp.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., Derecho Internacional Privado. Madrid, Editorial Tecnos, 1983. 316 pp.

- COING, Helmut, Derecho Privado Europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800). Traducción y apostillas: Antonio Pérez Martín. España, Fundación Cultural del Notariado, 1996. 796 pp.
- CORNEJO, Ángel Gustavo, Comentarios al Código Civil de 1852. Tomo I. De las personas y de sus derechos. Artículos 1 a 453. Chiclayo, Dionisio Mendoza-Librería y Casa Editora, 1921.
- COVIELLO, Nicolás, Doctrina general del derecho civil. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1938. VIII pp; 332 pp.
- DECLAREUIL, J., Roma y la Organización del Derecho. México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1958. 297 pp.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. 455 pp.
- DE CASTRO, Federico. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: la defensa de la competencia, el orden público, la protección del consumidor. En: Anuario de Derecho Civil, XXXV. Madrid, 1982. 98 pp.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil. Primera Parte Tomo I. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, 1991. 435 pp.
- ENNECCERUS, Ludwig, Derecho Civil. Parte General. Volumen primero. Barcelona, Bosch, 1934. 623 pp.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan Alejandro, Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. 342 pp.
- GARCÍA CALDERÓN, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana. Lima, Imprenta del Estado, 1860-62.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil. I.- La tradición romanística. Barcelona, Ediciones CEAC, 1982. 217 pp.
- GONZÁLES HUNT, César José, El orden público en Derecho Internacional Privado peruano. Tesis para optar el grado de Bachiller en

- Derecho. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986. 356 pp.
- IGLESIAS, Juan, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Sétima Edición. Barcelona, Editorial Ariel.
- JÖRS, Paul, Derecho Privado Romano. Buenos Aires, Editorial Labor, 1937. 544 pp.
- JOSSERAND, Louis, Derecho Civil. T. I, v. 1. Teorías generales del Derecho y de los derechos. Las personas. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía, 1950. Tomo I, volumen I: 469 pp.
- KASER, Max, Derecho Romano Privado. Madrid, Instituto Editorial REUS, 1968. 407 pp.
- LARENZ, Karl, Derecho Civil. Parte General. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías- Picavea. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. 851 pp.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Título Preliminar y Derecho de las Personas. Lima, Walter Gutiérrez Editor, 1991. Tomo I: 344 pp.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, Ley General de Arbitraje. Decreto Ley 25934. Unas glosas de urgencia. En: Informativo Legal Rodrigo. No. 80, Febrero 1993. Lima, Asesores Financieros S.A., 1993. 79 pp.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, El Negocio Jurídico. Lima, Segunda Edición, Librería Studium Ediciones, 1987, 456 pp.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, Para leer el Código Civil, V. El arbitraje. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1987. 199 pp.
- LUCAS SOSA, Gualberto, Nuevas perspectivas del arbitraje: un enfoque procesal desde Argentina. En: El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski. Lima, University of Ottawa - Cultural Cusco, 1989. 44 pp.
- LLOYD, Dennis, La idea del derecho, perversidad represora o necesidad social.

- Madrid, Editorial Civitas, 1985. 380 pp,
- MARSA VANCELLS, Plutarco, La mujer en el Derecho Civil. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1970. 492 pp.
- MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965.
- MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1971.
- MONTOYA ALBERTI, Ulises, El arbitraje comercial. Lima, Cultural Cuzco, 1988. 491 pp.
- PACHECO, Toribio, Tratado de Derecho Civil. Lima, a.ed.,1872. Tomo I: 378 pp.
- POLINSKI, A. Mitchell, Introducción al análisis económico del derecho. Barcelona, Editorial Ariel, 1983. 149 pp.
- PORTALIS, Jean Etienne Marie, Discurso preliminar sobre el proyecto de código civil presentado el 1º de pluvioso del año IX por la comisión nombrada por el Gobierno Consular. Tr. M de Rivacoba. Valparaíso, EDEVAL, 1978. 113 pp.
- PORTOCARRERO LANATTA, Ramiro, La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje. En: Themis Revista de Derecho N° 46 2003. Lima, 2003. 18 pp.
- RADBRUCH, Gustav, y otros, Los Fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. México, UNAM, 1967. 95 pp.
- RIPERT, Georges y Jean Boulanger, Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Tomo I. Parte General. El Derecho. Instituciones Civiles. Buenos Aires, La Ley, 1963. Tomo I: 552 pp.
- RIZZI, Miguel Angel, Tratado de Derecho Privado Romano. Buenos Aires, Editorial Arístides Quillet, 1936. 1191 pp.
- ROBLEDA, Olís, El matrimonio en el Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma, Universitá Gregoriana Editrice, 1970. 283 pp.
- RUBIO CORREA, Marcial, Para leer el Código Civil, III. Título Preliminar. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1986. 186 pp.
- RUGGIERO, Roberto de, Instituciones de Derecho Civil. Introducción y parte

- general. México, D.F., Librería de Angel Pola, 1939. Tomo I: 242 pp.
- SALMÓN G., Elizabeth, El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Themis, Revista de Derecho N° 51 2005. Lima, 2005. 7 pp.
- SAVIGNY, Friedrich Karl, Sistema del Derecho Romano Actual. Segunda edición. Madrid, Centro Editorial de Góngora. Tomo I: 469 pp.
- SILVA SANTISTEBAN, José, Curso de Derecho Peruano, Tercera edición. Lima, Imprenta del Autor, 1860.
- SOHM, Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema. Décimo Séptima Edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936. 711 pp.
- SPOTA, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Parte general. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947. Tomo I. Volumen I: 476 pp.
- TORRES LÓPEZ, Juan, Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal. Madrid, Tecnos, 1987. 108 pp.
- TOVAR GIL, María del Carmen y Javier, Derecho Internacional Privado. Lima, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, 1987. 389 pp.
- TROPLONG, M., La influencia del cristianismo en el Derecho Civil Romano. Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1947. 210 pp.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán, Derecho Privado Romano. Bogotá, Editorial Temis, 1986. 500 pp.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Instituciones del Acto Jurídico. En: Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica). Lima, Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente- Unifé, 1996. 105 pp.
- VILLEY, Michel, El Derecho Romano. Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1966. 63 pp.
- VOLTERRA, Eduardo, Instituciones de Derecho Privado Romano. Madrid, Editorial Civitas, 1988. 813 pp.

CÓDIGOS CIVILES

- ARGENTINA, Código Civil de la República Argentina, Sancionado por el Honorable Congreso el 29 de setiembre de 1869 y corregido por

- Ley de 9 de setiembre de 1882. Buenos Aires, Félix Lajouane & Cia, 1905. 986 pp.
- BOLIVIA, Código Civil de Bolivia. Estudio Preliminar del Dr. Carlos Terrazas Tórrez. Madrid, Instituto de Cultura Hispánica. Gráficas Uguina, 1959.
- BRASIL, TEXEIRA DE FREITAS, Augusto, Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino. Traducción Castellana. Buenos Aires, 1909.
- COLOMBIA, Código Civil. Con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias por Jorge Ortega Torres. Tercera edición. Bogotá, Editorial Temis, 1955. 1269 pp
- COSTA RICA, Código Civil, San José, Biblioteca de Derecho Vigente en Costa Rica, Tipografía Lehmann, 1916.
- CHILE, BELLO, Andrés, Código Civil de la República de Chile. Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello. Caracas, Ediciones del Ministerio de Educación, 1954. 611 pp.
- ECUADOR, Código Civil de la República del Ecuador, Edición hecha por la Comisión Legislativa en uso de la facultad consignada en el artículo 77 de la Constitución Política. Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1950.
- FRANCIA, DALLOZ, Petite Collection, Code Civil. Annoté D'après la doctrine et la jurisprudence. 39 Edición por M. Henry Bourdeaux. Tours, Imprimerie Mame, 1939. 977 pp.
- HONDURAS, Código Civil. Tegucigalpa, Tipografía Nacional, 1898.
- PERÚ, Código Civil. Aranda, Eusebio. 1852.
- PERÚ, CORNEJO, Angel Gustavo, Código Civil; exposición sistemática y comentario.
- PERÚ, FUENTES, Manuel Atanasio. Código Civil del Perú. 1860.
- PERÚ, Código Civil del Perú, con citas notas y concordancias, por M.A. Fuentes y M.A. de la Lama, Abogados de los Tribunales de la República. Lima, Imprenta del Estado, 1870.
- PERÚ, LAMA, Miguel Antonio de la, Código Civil del Perú. (con notas hasta 1892).

- PERÚ, LAMA, Miguel Antonio de la, Código Civil con citas, notas, concordancias y un apéndice. Lima, Librería e Imprenta Banco del Herrador, 1899.
- PERÚ, Código Civil Santa-Cruz del Estado Nor-Peruano. Edición Oficial. Lima, Imprenta de José Masías, 1836.
- PERÚ, VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Proyecto del Código Civil Peruano dividido en tres partes. 2ª Parte. Dominio y Contratos. Lima, Imprenta del Constitucional por Justo León, 1835.
- PRUSIA, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794. Dritte Erweiterte Auflage. Kiel, Luchterhand, 1996.
- URUGUAY, Código Civil. Anotado por Dr. Orestes Araujo, Drl Oscar Arias Barbé, Esc. Saúl D. Cestau, Dr. Manuel O. López. Tomo Primero. Título Preliminar de las Leyes. Libro Primero de las Personas. Art. 1 a 459, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1949.