

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS

LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA ANULACIÓN DEL

NEGOCIO JURÍDICO POR ERROR EN EL PERÚ

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

FRANCISCO MARTÍN QUIROZ BARRANTES

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

CAJAMARCA, PERÚ

2018

COPYRIGHT © 2018 by
FRANCISCO MARTÍN QUIROZ BARRANTES
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS APROBADA

LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA ANULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO POR ERROR EN EL PERÚ

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

FRANCISCO MARTÍN QUIROZ BARRANTES

Comité Científico

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dr. Nixon Castillo Montoya
Miembro de Comité Científico

Dr. Glenn Serrano Medina
Miembro de Comité Científico

Dr. Omar Álvarez Villanueva
Miembro de Comité Científico

Cajamarca - Perú

2018



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU

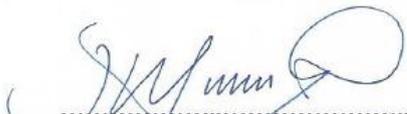
PROGRAMA DE DOCTORADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS DOCTORADO EN CIENCIAS MENCIÓN: DERECHO

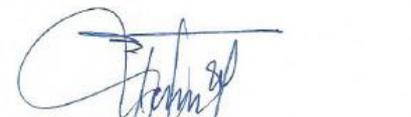
Siendo las seis y treinta de la tarde del día viernes diecinueve de octubre del año dos mil dieciocho, reunidos en el auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el Dr. Glenn Serrano Medina, Dr. Nixon Castillo Montoya, Dr. Omar Álvarez Villanueva, como integrantes del jurado titular; y en calidad de Asesor, el Dr. Joel Romero Mendoza. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA ANULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO POR ERROR EN EL PERÚ**; presentada por el M.Cs. FRANCISCO MARTÍN QUIROZ BARRANTES, con la finalidad de optar el Grado Académico de **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó *Aprobar* con la calificación de *diecisiete (17) Excelente* la mencionada Tesis; en tal virtud, el M.Cs. FRANCISCO MARTÍN QUIROZ BARRANTES, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las *8:00* horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Nixon Castillo Montoya
Jurado Evaluador


.....
Dr. Omar Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador


.....
Dr. Glenn Serrano Medina
Presidente Jurado Evaluador

A:

Mis padres Silvia y Miguel por su ejemplo de vida e incansable apoyo.

Parecemos esperanzados en destruir toda la obra de Dios.

De la nada nos hizo y nosotros luchamos
por retornar a la nada; y nos empeñamos
lograrlo tan de prisa como él nos hiciera.

–Donne.

TABLA DE CONTENIDO

Ítem	Página
DEDICATORIA	v
GLOSARIO.....	xv
DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	xvii
RESUMEN.....	xix
ABSTRACT.....	xx
INTRODUCCIÓN.....	1

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del problema.....	3
1.1.1. Contextualización	3
1.1.2. Descripción del Problema.....	4
1.1.3. Formulación del Problema	6
1.2. Justificación e importancia	6
1.2.1. Justificación científica	6
1.2.2. Justificación técnica – práctica.....	6
1.2.3. Justificación institucional y personal	6
1.3. Delimitación de la Investigación	7
1.3.1. Delimitación temporal	7
1.3.2. Delimitación poblacional	7
1.3.3. Delimitación teórica	7
1.4. Limitaciones.....	7
1.5. Objetivos.....	7
1.5.1. Objetivo General.....	7
1.5.2. Objetivos Específicos	8

1.6. Antecedentes de la investigación.....	8
1.7. Hipótesis.....	9
1.7.1. Hipótesis.....	9
1.7.2. Variables.....	9
1.8. Métodos de investigación.....	9
1.8.1. Métodos Generales.....	10
1.8.2. Métodos propios de derecho.....	10
1.9. Tipo de investigación.....	14
1.9.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	14
1.10. Diseño de la investigación.....	14
1.11. Unidad de análisis.....	15
1.12. Técnicas e instrumentos de recopilación e información.....	15
1.12.1. Técnicas.....	15
1.13. Técnicas para el procesamiento y análisis de información.....	16

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Marco Epistemológico de la investigación.....	17
1.2. Marco doctrinal de las teorías particulares en el campo de la ciencia en la que se ubica el objeto de estudio.....	23

CAPÍTULO II

ENFOQUE CONSTITUCIONAL

1.1. Estado de derecho.....	29
1.2. Estado Constitucional de Derecho.....	34

1.3. Derechos fundamentales	41
1.3.1. Definición.....	41
1.3.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales	44
1.3.3. Estructuras de las normas de derecho fundamental	45
1.3.4. Conflicto de reglas.....	48
1.3.5. Colisión de principio.....	48
1.4. Derrotabilidad.....	49
1.5. Principios Vs Reglas	49
1.6. El derecho fundamental a la propiedad	50
1.6.1. Origen económico.....	50
1.6.2. Evolución histórica.....	51
1.6.3. Presupuesto ontológico y fundamento de la Propiedad	52
1.6.4. Definición.....	55
1.6.5. Contenido social de la propiedad.....	56
1.6.6. Características de la propiedad	57
1.6.7. Modos de adquisición de la propiedad.....	59
1.6.7.1. La apropiación	60
1.6.7.2. El hallazgo.....	62
1.6.7.3. Descubrimiento de tesoros	62
1.6.7.4. Acciones fluviales	63
1.6.7.5. Acciones de edificaciones industriales	64
1.6.7.6. Usucapion.....	65
1.6.7.7. Transmisión de la propiedad mueble	66
1.6.7.8. Transmisión de la propiedad inmueble	67
1.6.8. La propiedad como derecho fundamental.....	69

CAPÍTULO III

HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO

1.1. Definición de hecho jurídico	74
1.2. Clasificación de los hechos jurídicos.....	79
1.3. Negocio jurídico	88
1.3.1. Origen de la concepción del negocio jurídico.....	88
1.3.2. Doctrinas	89
1.3.2.1. Voluntarista.....	90
1.3.2.2. Antropológica.....	92
1.3.2.3. Preceptiva.....	94
1.3.2.4. Institucionalista o normativista	96
1.3.2.5. Axiológica	98
1.3.2.6. Ecléctica	100
1.4. Estructura del negocio jurídico	100

CAPÍTULO IV

INEXISTENCIA, INEFICACIA E INVALIDEZ

DEL NEGOCIO JURÍDICO

1.1. Inexistencia del negocio jurídico	107
1.2. Ineficacia e invalidez del negocio jurídico	109
1.3. Nulidad y anulabilidad	115

CAPÍTULO V

EL ERROR EN EL NEGOCIO JURÍDICO

1.1. Definición.....	121
1.2. Clases de error	123

1.3. Requisitos	125
1.3.1. La esencialidad del error.....	125
1.3.1.1. Errores esenciales en nuestro Código Civil.....	126
1.3.1.1.1. Error <i>in substantia</i>	126
1.3.1.1.2. Error <i>in qualitate</i>	127
1.3.1.1.3. Error <i>in quantitae</i>	129
1.3.1.1.4. Error de hecho y derecho	129
1.3.1.1.5. Error en el motivo	130
1.3.1.1.6. Error sobre la identidad del negocio	130
1.3.1.1.7. Error <i>in corpore</i> y error en persona	131
1.3.2. La reconocibilidad del error.....	131
1.3.3. El perjuicio del errante	132

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Fundamento del deber de reparar.....	134
1.2. Definición	140
1.3. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones	
responsabilidad extracontractual.....	144
1.4. Funciones de la responsabilidad civil.....	146
1.4.1. Función de demarcación.....	146
1.4.2. Función preventiva	147
1.4.3. Función resarcitoria	150
1.4.4. Función punitiva	152

CAPÍTULO VII

LA RESPONSABILIDAD PRE CONTRACTUAL

1.1. Concepto	155
1.2. Origen.....	157
1.3. Fundamento de la responsabilidad precontractual	159
1.3.1. Doctrina contractualista	159
1.3.2. Doctrina extracontractual.....	161
1.4. La culpa <i>in contrahendo</i> en los sistemas alemán e italiano	162
1.5. La culpa <i>in contrahendo</i> en el Código Civil peruano de 1984.....	153

CAPÍTULO VIII

LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, REPARACIÓN INTEGRAL Y RAZONABILIDAD

1.1. Los principios del Derecho	168
1.2. El principio de buena fe.....	171
1.2.1. Buena fe subjetiva	175
1.2.2. Buena fe objetiva.....	176
1.3. El principio de reparación integral de la responsabilidad civil	178
1.4. El principio de razonabilidad	181

TERCERA PARTE

CAPÍTULO I

RESULTADOS, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS FORMULADA

1.1. El derecho fundamental a la propiedad y la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error	184
---	-----

1.2. La función preventiva de la responsabilidad civil y su importancia en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	189
1.3. El principio de la buena fe en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error	190
1.4. El principio de reparación integral en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	191
1.5. El principio de razonabilidad y la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.....	192

CAPITULO II

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

1.1. El derecho a ser indemnizado de quien ha sufrido daño	194
1.2. La prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error regulada en el artículo 207 del Código Civil en el Estado Constitucional de Derecho	196
1.3. La prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico error y el derecho fundamental a la propiedad.....	198
1.4. La función preventiva de la responsabilidad civil en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	202
1.5. El principio de buena fe en la procedencia de la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	203
1.6. El principio de reparación integral en la procedencia de la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	205
1.7. El principio de razonabilidad y la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error	206

CAPITULO III

PROPUESTA NORMATIVA

1.1. El derecho a ser indemnizado de quien ha sufrido daño	208
1.2. La prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error y el derecho fundamental a la propiedad	209
1.3. La función preventiva de la responsabilidad civil en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	210
1.4. El principio de la buena fe en la procedencia de la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	211
1.5. El principio de reparación integral en la procedencia de la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.....	212
1.6. El principio de razonabilidad en la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.....	212
1.7. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional	213
1.8. Análisis costo-beneficio.....	213
CONCLUSIONES	215
RECOMENDACIONES.....	217
BIBLIOGRAFÍA.....	218

GLOSARIO

Ab-initio. Desde su origen.

Actus. Acto jurídico.

Accidentalia negotii. Elementos accidentales del negocio jurídico.

Ad probationem. Con el propósito de prueba.

Ad solemnitatem. Solemnidad que se exige para que un negocio jurídico sea válido.

Affidamento. Tutela de la confianza

Allgem Landrecht. Obra jurídica en la que se codificaron las leyes civiles de Prusia terminada en el año 1791.

Allgem Burgerl Gesetzbuch. Obra jurídica en la que se codificaron las leyes civiles de Austria.

Begriffjurisprudenz. Jurisprudencia de fines.

Ex novo. De nuevo, o que algo se ha de retomar desde el principio

Essentialia negotii. Elementos esenciales del negocio jurídico

Factum. Hecho.

Fattiespecie. Situación de hecho o caso.

Genealogie der begriffe. Genealogía de los conceptos.

Gentlemen`s agreement. Pacto entre caballeros.

Ipsa iure. De pleno derecho.

In genere. En general.

Interessenjurisprudenz. Jurisprudencia de conceptos.

Kbegriffe und grundsätze. Conceptos y principios.

Latu sensu. Sentido amplio o extenso.

Lex facit regem. La ley hace la ley.

Lex posterior derogat legi priori. Le posterior deroga a la ley anterior

Lex specialis derogat legi generali. Ley especial deroga a ley general

Lite. Pleito, proceso.

Machtstaat. Estado bajo el régimen de fuerza

Negotium juridicum. Negocio jurídico.

Nullus. Nulo.

Obbligo. Obligación.

Pacta sunt servanda. Lo pactado obliga a las partes.

Per lege. El poder se ejerce a través de leyes generales y abstractas.

Polizeistaat. Estado bajo el régimen de policía.

Ratio legis. Esencia o espíritu de la norma.

Rex facit legem, El rey de la ley.

Sine qua non. Esencial, del cual no se puede prescindir

Suportes fácticos. Está referido a los hechos de la realidad.

Sub lege. Todo poder se encuentra sometido a ley.

Tatbestand. Hecho.

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

- a) Negocio Jurídico:** Es la norma jurídica privada de origen social, que permite a los particulares autorregular sus intereses para satisfacer sus necesidades compatibles con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico.
- b) Nulidad de negocio jurídico:** “Es una sanción legal destinada a privar de sus efectos jurídicos propios y queridos a los negocios incursos en una de las causales legalmente establecidas” (Torres, 2007, p.765).
- c) Error:** “Es la ausencia de conocimiento (ignorancia) o conocimiento equivocado de la realidad, o de aquello que comúnmente es aceptado como realidad, que da lugar a la formación de una voluntad cuyos efectos no son queridos por el sujeto y que, por lo mismo, no la hubiese declarado de haber advertido que está en error” (Torres, 2007, p.680).
- d) Responsabilidad civil:** “Es la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto” (Roppo, 2001, p.63).
- e) El derecho fundamental a la propiedad:** Es un derecho individual que se divide en dos planos, libertad de acceso y libertad de ejercicio, ya que el negocio jurídico y el derecho subjetivo a la propiedad, están al servicio de la libertad de los individuos, pero con finalidades diferentes, la propiedad tiene una finalidad estática de conservación y tutela, mientras que el negocio jurídico tiene una finalidad dinámica de desarrollo y renovación, empero, ambos se rigen por los principios de iniciativa y autorresponsabilidad privada (Gonzales, 2005).
- f) La función preventiva de la responsabilidad civil:** “La responsabilidad civil previene de dos formas: de manera general, pues el ciudadano trata de evitar que se le apliquen las consecuencias desfavorables de determinada norma, y, a través

de la prevención especial en la medida en que se influye en las acciones futuras de la misma persona” (Diez Picazo, 1999, p.44).

g) Buena fe: Es el deber de lealtad de conducta constreñible en las relaciones intersubjetivas de las partes negociales que es exigible a ellas, y que es un parámetro de valoración necesario para la actividad investigadora del intérprete que se verá forzado a darle a las declaraciones y comportamientos, a ser interpretado, en el sentido que se desprenda contextualmente de los mismos, suponiendo que los sujetos a los que resultan atribuibles, ellos lo han exteriorizado en respeto de los deberes de corrección y lealtad (Palacios, 2002).

h) Principio de reparación integral: Consiste en lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella a la que se encontraba si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar (Naveira, 2004).

i) Principio de razonabilidad: “Importa la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley -y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente- un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquélla sea razonable, justo y válido” (Bidart, 2008, p.118).

RESUMEN

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, hemos analizado la prohibición de obtener una indemnización a la parte perjudicada con la declaración de la anulación del negocio jurídico por error que celebró establecida en el artículo 207 de nuestro Código Civil de 1984, concluyendo que debe ser excluida de nuestro ordenamiento jurídico, pues vulnera el derecho fundamental a la propiedad, la función preventiva de la responsabilidad civil, así como los principios de buena fe, reparación integral y la razonabilidad.

Para ello, se ha determinado que la justificación de la referida prohibición que estableció el legislador de 1984, está basada en la reconocibilidad del error, es decir, en la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración de reconocer el error de su contraparte, sin embargo, ésta es contraria a principios básicos que inspiran a nuestro a nuestro ordenamiento jurídico, ya que desconoce el deber del que conocía o debía conocer el error de comunicar a su par la causa que acarreará la invalidez del negocio jurídico, lo cual demuestra la falta de razonabilidad y coherencia del Código Civil de 1984 al regular la responsabilidad civil, que lejos de establecer una solución justa instaurando un sistema resarcitorio para el contratante que sufre un daño sin su culpa por haber confiado en la celebración de un contrato, optó por abandonarlo injustificadamente.

Palabras Clave: Estado Constitucional de Derecho, negocio jurídico, error, responsabilidad civil, derecho fundamental a la propiedad, función preventiva, buena fe, reparación integral, razonabilidad.

ABSTRACT

In the framework of the Constitutional Law, we have analyzed the prohibition of obtaining compensation for the aggrieved party with the declaration of the annulment of the legal transaction due to an error, established in article 207 of our Civil Code of 1984, concluding that be excluded from our legal system, because it violates the fundamental right to property, the preventive function of civil liability, as well as the principles of good faith, comprehensive reparation and reasonableness.

For this, it has been determined that the justification of the referred prohibition is based on the recognizability of the error, that is, on the concrete possibility that the recipient of the declaration has to recognize the error of its counterpart, however, such "justification" ignores the duty of the person who knew or should know the error of communicating to his partner the cause that will bring about the invalidity of the legal business, which demonstrates the lack of reasonableness and coherence of the 1984 Civil Code in regulating civil liability, which far from establishing a just solution by establishing a compensatory system for the contracting party that suffers damage without his fault for having relied on the conclusion of a contract, opted to abandon it unjustifiably.

Keywords: Constitutional State of Law, legal business, error, civil liability, fundamental right to property, preventive function, good faith, comprehensive reparation, reasonableness.

INTRODUCCIÓN

Uno de los fines de un Estado Constitucional de Derecho es lograr un derecho civil justo, así, quien causa un daño a otro tiene la obligación de repararlo, situación que es acogida a través de la responsabilidad civil, la que va a restablecer en su integridad el equilibrio alterado, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico cuando se declara la anulación de un negocio jurídico por error, el Código Civil de 1984 en su artículo 207 prohíbe que cualquiera de las partes perjudicadas con dicha anulación pueda obtener una indemnización por el daño sufrido, lo cual es contrario al derecho civil justo que anhelamos, ya que no sólo contraviene el derecho fundamental a la propiedad sino también los principios de la buena fe, reparación integral, razonabilidad y la función preventiva de la responsabilidad civil, pues, lejos de disuadir a las partes para que actúen de manera correcta y leal en los negocios jurídicos que celebran, los incentiva a que tengan un comportamiento opuesto a ello.

En efecto, el derecho civil no puede ser ajeno a la evolución y cambios de una sociedad, por ende, se debe procurar la máxima protección de los derechos fundamentales y principios que lo rigen dejando de lado figuras jurídicas o reglas anacrónicas que se opongan a los mismos.

En ese sentido, la importancia de esta investigación radica en la protección adecuada y coherencia que debe adoptar nuestro ordenamiento jurídico respecto al contratante que sufre un daño sin su culpa por haber confiado en la celebración de un negocio jurídico derogando el mencionado artículo 207 del Código Civil, a fin de evitar propiciar conductas desleales que causen daño a los celebrantes del mismo.

Para lograr dicho objetivo, hemos utilizado los métodos inductivo, analítico, exegético, hermenéutico, dentro de éste al literal, sistémico, histórico y teleológico, además del dogmático, así como las técnicas de fichaje y análisis de contenido, lo que nos ha permitido realizar un estudio minucioso de la indicada norma prohibitiva, encontrando la

razón de ser que llevó al legislador para regularla y en base al cuestionamiento razonado de ello, establecer los principales fundamentos jurídicos para su derogación y así establecer la procedencia de la indemnización de anulación del negocio jurídico por error.

Finalmente, debemos señalar que para una comprensión coherente de lo investigado, comenzaremos desarrollando el enfoque constitucional del problema planteado, luego lo que se debe comprender por hecho, acto y negocio jurídico, asimismo, identificaremos la distinción entre inexistencia, nulidad, anulabilidad y el error en el negocio jurídico, para posteriormente ocuparnos de la responsabilidad civil, de la responsabilidad precontractual, de la función preventiva de la responsabilidad civil, así como de los principios de buena fe, reparación integral y razonabilidad.

CAPÍTULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del Problema

1.1.1. Contextualización

La presente investigación se ha circunscrito en nuestro ordenamiento jurídico civil vigente y versa sobre la incoherencia e irrazonabilidad de una norma prohibitiva que debe ser excluida del mismo, a fin de otorgar al celebrante de un negocio jurídico que confió en su celebración y sufre un daño sin culpa una protección adecuada.

Así pues, dentro del marco normativo que regula una de las patologías del negocio jurídico, se encuentra el artículo 207 del Código Civil, el cual establece los efectos indemnizatorios de la anulación del negocio jurídico por error, prohibiendo la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda obtener una reparación por el daño que se le ha causado.

En efecto, en un Estado Constitucional como el nuestro, la responsabilidad civil debe ser entendida como “un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica” (León, 2007, p.50), es decir, si se altera el equilibrio económico o moral de una persona, el responsable de ello es obligado a repararlo, sin embargo, en los casos en los que se declare la anulación del negocio

jurídico por error, se prohíbe que la parte afectada con dicha situación pueda ser indemnizada, lo cual es irrazonable.

En ese sentido, en esta investigación se ha determinado los principales fundamentos jurídicos para que se permita que aquella persona que ha sufrido un daño producto de la declaración de anulación de un negocio jurídico por error, pueda ser indemnizada y no consentir de manera arbitraria la generación de daño.

1.1.2. Descripción del problema

El derecho civil tiene tres pilares fundamentales que son la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil, en ese contexto, la investigación realizada se centra en esta última, en el negocio jurídico y en uno de los vicios que afecta su validez como es el error.

Así pues, por la responsabilidad civil aquella persona que ha causado un daño a otra está en la obligación de repararlo, lo cual es consustancial en un Estado Constitucional como el nuestro, salvo excepciones estrictamente razonables como por citar algunas, la usencia de culpa en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones o cuando se ejerce regularmente un derecho, o se otorga un mayor grado de realización a algún derecho fundamental (legítima defensa o estado de necesidad justificante) en la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, la institución civil por la cual nuestro ordenamiento jurídico ha concedido a las personas regular sus intereses con la finalidad de satisfacer sus necesidades, es el negocio jurídico a través de la autonomía de la voluntad, empero, éste puede ser ineficaz, debido a “la incapacidad para producir sus efectos, bien porque ha sido mal constituido, o bien porque

ciertas circunstancias exteriores a él, impiden tales efectos” (De Castro y Bravo, 1985, p.76), y con ello generar un daño a cualquiera de los celebrantes y la consecuente obligación de repararlo.

Esto es, al ser el negocio jurídico una manifestación de voluntad de lo realmente deseado, ésta debe ser sanamente formada, sin embargo, suelen presentarse vicios que van a afectar su validez, como son el error, el dolo, la violencia y la intimidación, siendo sobre el primero de ellos sobre el que nos hemos ocupado, en ese sentido, el error es la ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado de la realidad, que genera la formación de una voluntad cuyos efectos no son queridos y que el individuo no la hubiese declarado de haber advertido que está en error.

Así entonces, cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, la regla general es que la parte afectada pueda demandar una indemnización por el daño que se le ha ocasionado y obtenga una reparación por ello, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico prohíbe que al declararse la nulidad de un negocio jurídico por error, alguna de las partes celebrantes pueda obtener una indemnización por el daño que se le ha causado, tal y como lo establece el artículo 207 del Código Civil, que prescribe: “La anulación del acto por error no da lugar a la indemnización entre las partes”. No obstante, tal prohibición es arbitraria e incoherente dentro de nuestro sistema de responsabilidad civil como el nuestro, ya que avala la producción de daño de manera injustificada, vulnerando el derecho fundamental a la propiedad, la función preventiva de la responsabilidad civil, así como los principios de buena fe, reparación integral y razonabilidad que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los principales fundamentos jurídicos para la procedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error en el Perú?

1.2. Justificación e importancia

1.2.1. Justificación científica

El problema planteado, ha versado sobre aspectos no investigados como es la posibilidad de ser indemnizado que debe tener aquel que ha sufrido un daño por la anulación por error de un negocio jurídico que celebró, en efecto, a través de esta investigación se incorporará un nuevo marco teórico, a fin de derogar la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error que establece el artículo 207 del Código Civil de 1984.

1.2.2. Justificación técnica-práctica

Esta investigación obedece a la necesidad de afrontar un problema jurídico de trascendental importancia dentro de un Estado Constitucional de Derecho, como es la imposibilidad que tiene de ser indemnizado aquel que ha sufrido un daño producto de la anulación del negocio jurídico por error, pues, se está consintiendo de manera injustificada causar un daño sin la obligación de repararlo.

1.2.3. Justificación institucional y personal

A través de esta investigación se generó los principales fundamentos jurídicos para el reconocimiento a ser indemnizado a aquel que se le ha causado un daño por la anulación del negocio jurídico por error y con ello restablecer su equilibrio patrimonial o moral, con lo cual nuestra Escuela de Post Grado logrará cumplir uno de sus roles como es la solución de problemas jurídicos sociales.

Asimismo, el problema planteado contribuirá al afianzamiento de conocimientos en la línea de especialización, como es el Derecho Civil, específicamente en negocio jurídico y la responsabilidad civil, considerando nuevas doctrinas y su implicancia en la Ciencia del Derecho.

1.3. Delimitación de la Investigación

1.3.1. Delimitación Temporal

Esta investigación se realizó sobre legislación e instituciones que se encuentran vigentes en la normatividad civil peruana, como es nuestro Código Civil de 1984.

1.3.2. Delimitación Poblacional

Dado el tipo de investigación no es posible señalar un universo y una muestra poblacional, ya que se desarrollarán aspectos teóricos-formales del derecho.

1.3.3. Delimitación Teórica

Para esta investigación se abordó la teoría de la nulidad del negocio jurídico y de la responsabilidad civil, específicamente la anulación del negocio jurídico por error y la responsabilidad civil precontractual.

1.4. Limitaciones

Las limitaciones de esta investigación estuvieron dadas por la escasa bibliografía nacional y extranjera.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar los principales fundamentos jurídicos para la procedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error en el Perú.

1.5.2. Objetivos Específicos

- a) Analizar la regulación prohibitiva de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error en nuestro Código Civil.
- b) Determinar la relevancia del derecho fundamental a la propiedad en la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.
- c) Examinar la importancia de la función preventiva de la responsabilidad civil en la prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.
- d) Analizar los principios de buena fe, reparación integral y razonabilidad en la prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error.
- e) Elaborar una propuesta normativa para la derogación de la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

1.6. Antecedentes de la investigación

Con relación al tema materia de investigación no se ha encontrado investigaciones relacionadas en la Universidad Nacional de Cajamarca, en la Universidad Antonio Guillermo Urrelo, Universidad Privada San Pedro Filial Cajamarca, Universidad Alas Peruanas Filial Cajamarca y en la Universidad Privada del Norte filial Cajamarca.

Asimismo, se debe precisar que en los portales Web de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Privada San Martín de Porres, tampoco se han encontrado investigaciones relacionadas.

Empero, en el Perú se ha publicado el artículo “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)”, por

Escobar, F. (2004), así como también el artículo “Error y Tutela de la confianza: directrices dogmáticas para la calificación de la reconocibilidad del error”, por Palacios, E. (2013), y el Capítulo denominado “Actualidad de Jhering. La responsabilidad precontractual por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular”, en el Libro “La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas”, de León, L. (2007).

1.7. Hipótesis

1.7.1. Hipótesis

Los principales fundamentos jurídicos para la procedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error en el Perú son: el derecho fundamental a la propiedad, la función preventiva de la responsabilidad civil; y, los principios de la buena fe, reparación integral y razonabilidad.

1.7.2. Variables

- a) El derecho a ser indemnizado de quien ha sufrido un daño.
- b) El derecho fundamental a la propiedad.
- c) La función preventiva de la responsabilidad civil.
- d) El principio de la buena fe.
- e) El principio de reparación integral.
- f) El principio de razonabilidad.

1.8. Métodos de Investigación

Los métodos que se utilizaron en la presente investigación son:

1.8.1. Métodos Generales

a) Método deductivo

Este método nos permitió refutar los conceptos respecto a la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, así como explicar los efectos negativos de mantenerse dicha proscripción.

c) Método sintético

Con él se reconstruyó la razón esencial de la responsabilidad civil, así como del error, partiendo de los derechos fundamentales y principios del derecho que los inspiran, a fin de comprender cabalmente a los mismos y verificar la hipótesis planteada.

d) Método analítico:

A través de este método pudimos disgregar los conceptos de error, responsabilidad civil, buena fe, derecho fundamental a la propiedad, función preventiva de la responsabilidad civil, reparación integral y razonabilidad, para su respectivo estudio, crítica y conclusión, a fin de determinar la necesidad de la derogación del artículo 207 del Código Civil de 1984.

1.8.2. Métodos propios del derecho

a) Método Exegético

Constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen en el texto legislativo. La exégesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario, por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. Para los exegetas toda norma es idónea para la argumentación. En ese sentido, para esta investigación, se analizó el

artículo 207 del Código Civil de 1984, que regula la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

b) Método Hermenéutico

Por éste método se buscó alcanzar el verdadero sentido de los textos interpretándolos, pero, a diferencia de la exégesis, se utiliza otros elementos como el contexto social en el que se elaboró el texto a interpretarse; así entonces, a través de él, se encontró la justificación de la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, así como los principales fundamentos jurídicos para su derogación y procedencia.

b.1) Método Literal

A través de él, utilizando las reglas gramaticales y del uso del lenguaje se va a encontrar el sentido de una norma en el texto de la misma; en efecto, este método sirvió para indagar el significado del artículo 207 del Código Civil que prohíbe a las partes obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

b.2) Método Sistemático

Consiste en determinar qué quiere decir una norma atribuyéndole los principio o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras, pero que no están claramente expresadas en el texto normativo; así pues, a través de la teoría de la responsabilidad civil y de los principios de buena fe, reparación integral y razonabilidad, se estableció la contradicción y la necesidad de la exclusión de nuestro ordenamiento jurídico de la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

b.3) Método Histórico

Analiza los contextos anteriores que puedan influir en el entendimiento actual de las normas, a fin de determinar cuál fue la intención reguladora del legislador; en ese sentido, a través de éste método se establecieron las razones del legislador para prohibir la indemnización del negocio jurídico por error, lo que permitió refutarlas y demostrar la hipótesis planteada.

b.4) Método Teleológico

Busca el sentido de una norma, más allá del simple texto de la misma, ya que exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; así entonces, dicho método sirvió para establecer la finalidad por la cual el legislador prohibió que la parte afectada por la anulación de un negocio jurídico por error pueda ser indemnizado y a partir de ello demostrar la arbitrariedad de la misma.

b.5) Método de la *Ratio Legis* o Método Lógico:

Este método se alza por encima de la simple explicación gramatical del texto normativo. Busca más bien, la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma. Si el método literal responde a la pregunta ¿Qué dice la ley?, el método de la *ratio legis* se pregunta ¿Para qué se dicta la norma? ¿Cuál fue la razón por lo que la norma existe? ¿Qué fines se hallan detrás de la norma? En tal sentido, este método se utilizó para determinar la necesidad de la derogación de la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

c) Método Dogmático

Se llama también conceptualismo o institucionalismo. La aplicación de los dogmas tiene una sola explicación: la de servir al fin teórico, de ayudar al intérprete a entender las instituciones jurídicas, y al fin práctico de hacer posible la explicación de las normas del modo más de acuerdo a las exigencias del caso concreto. Una investigación jurídica dogmática concibe al problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa.

Frente a la exégesis, el método dogmático alcanza un mayor rigor. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con las normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera y ocasionalmente a la jurisprudencia, así pues, éste método fue utilizado para analizar al Estado Constitucional de Derecho, al negocio jurídico, al error, al derecho fundamental a la propiedad, a la buena fe, a la función preventiva de la responsabilidad civil, a los principios de reparación integral y razonabilidad y su implicancia en la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

d) Método de la *Ratio Legis* o Método Lógico

Se alza por encima de la simple explicación gramatical del texto normativo, busca más bien, la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma. Si el método literal responde a la pregunta ¿Qué dice la ley?, el método de la *ratio legis* se pregunta ¿Para qué se dicta la norma? ¿Cuál fue la razón por lo que la norma existe? ¿Qué fines se hallan detrás de la norma? En tal sentido, este método se utilizó para determinar la necesidad de la derogación de la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

1.9. Tipo de investigación:

1.9.1. De acuerdo al fin que se persigue:

a) Básica:

El análisis de la investigación fue básico porque partió de un marco teórico y permaneció en él, su finalidad radicó en realizar un estudio teórico a fin de modificar la teoría de la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

b) Descriptiva-explicativa:

Se desarrolló una fiel representación o descripción del fenómeno estudiado como es la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error y a partir de sus características y elementos se determinó la necesidad de su exclusión de nuestro ordenamiento jurídico.

c) Propositiva:

La investigación realizada es propositiva debido a que se cuestionó una norma prohibitiva vigente como es el artículo 207 del Código Civil y se determinó su incoherencia y falta de razonabilidad dentro del sistema de responsabilidad civil que acoge nuestro ordenamiento jurídico.

1.10. Diseño de la Investigación

La presente investigación es de tipo no experimental-transaccional, pues no se manipularon variables, ni se construirán realidades o situaciones, sino que se investigó un fenómeno jurídico, tal y como se presenta la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, observando situaciones ya existentes y recolectando los datos doctrinarios del error, del derecho fundamental a la propiedad, de la función preventiva de la responsabilidad

civil y de los principios de buena fe, reparación integral y razonabilidad, para luego describir las categorías y explicar su incidencia e interrelación en un momento dado.

1.11. Unidad de análisis

Esta investigación al ser básica, es decir, que tiene como finalidad la obtención y recopilación de información para construir una base de conocimiento jurídico que se agregará a la ya existente, carece de unidad de análisis, por cuanto se va a analizar doctrina utilizando la argumentación.

1.12. Técnicas e Instrumentos de recopilación de información

Las técnicas que se utilizaron en la presente investigación, están relacionadas con la recolección y sistematización de la información teórica obtenida y son:

1.12.1. Técnicas

a) Técnica del fichaje

Se utilizó para la recolección literal de las diversas teorías, conceptos y doctrinas formuladas por juristas e investigadores nacionales y extranjeros respecto al problema propuesto, con el objeto de no alterar la información a ser referida y citada en la redacción de esta investigación.

b) Análisis de contenido

El análisis de contenido es una técnica para describir sistemáticamente la forma y el fondo del material escrito o hablado; así entonces, por ella, se obtuvo información relevante respecto a la existencia de una parte perjudicada en la anulación del negocio jurídico por error y a la posibilidad que ésta sea indemnizada.

1.13. Técnicas para el procesamiento y análisis de la información

La presente investigación tiene un enfoque con tendencia cualitativa, pues no se efectuarán mediciones ni aproximaciones estadísticas, ya que se realiza el análisis de los datos obtenidos como consecuencia de la interpretación de las normas de la responsabilidad civil y de la prohibición de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Marco epistemológico de la investigación

Dentro de la filosofía del derecho varias son las teorías que definen al Derecho, así pues, como lo sostiene Torres (2011), desde el punto de vista estatal-formalista, cuyo ideal principal por alcanzar es la seguridad jurídica, el derecho es un sistema de normas integrantes del ordenamiento jurídico, elaboradas de acuerdo con criterios y procedimientos establecidos por el propio ordenamiento; a la vez, para la concepción sociológico-realista, que enfatiza el vínculo entre derecho y sociedad, sólo es Derecho válido el conjunto de normas que real y efectivamente rigen la vida social en un momento y lugar determinados, pues, lo fundamental es que sea eficaz, es decir, que tenga aplicación efectiva en la vida de relación social; asimismo, desde el punto de vista óntico-valorativo, la definición del derecho debe hacer referencia al valor justicia, el que constituye el valor principal para alcanzar por el Derecho; del mismo modo, para la concepción individualista Kant (como se citó en Torres, 2011), el derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio de uno puede acordarse con el del otro siguiendo una ley general de libertad.

No obstante, dichas teorías que se fundamentan en algún aspecto del derecho por separado han sido ampliamente superadas, pues, como lo refiere Recaséns (1971) al Derecho hay que entenderlo en su realidad plenaria, y circunscrito por la realidad de la cual emerge y para la cual se produce.

En ese contexto, surgió la teoría tridimensional del derecho, para la cual el Derecho es una obra humana con forma de normatividad impositiva inexorable, para satisfacer unas necesidades sociales, de acuerdo con las exigencias de unos valores y que obtiene eficacia en la realidad colectiva, realidad susceptible de ser contemplada desde una triple perspectiva: como hecho, como valor y como norma (Reale, 1953), o dicho en otros términos, una realidad histórico-cultural que posee esencialmente tres dimensiones, las cuales constituyen elementos esenciales de toda experiencia jurídica: es un hecho espiritual, en el cual y por el cual se concretan históricamente valores, ordenándose normativamente relaciones intersubjetivas respecto de las exigencias complementarias de los individuos y de la comunidad. Así pues, hecho, valor y norma, son las tres dimensiones esenciales de la experiencia jurídica (Recaséns, 1971).

Agrega, Recaséns (1971) que “en toda realidad jurídica hallamos siempre la presencia del hecho, del valor y de la norma -dimensiones inseparables-. El hecho, que tiene lugar en el espacio y en el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma. En todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, el hecho de una energía espiritual que, imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como norma” (p.48).

En efecto, el concepto de derecho en el que se enmarca la presente investigación, es el de la teoría tridimensional del derecho dentro del paradigma del constitucionalismo, entendiéndose por aquél, el sistema de normas creadas para la satisfacción de necesidades sociales en base a éstas, las que están orientadas a la máxima realización de valores supremos de dicha sociedad.

Así pues, dentro de la referida concepción del derecho, se entenderá por negocio jurídico a la norma jurídica privada de origen social que permite a los particulares autorregular sus intereses para satisfacer sus necesidades compatibles con los

valores que inspiran el ordenamiento jurídico; asimismo, por el derecho fundamental a la propiedad, deberemos comprender al instrumento supremo que posibilita la libertad de actuación del individuo en la vida económica de la sociedad a fin de garantizar al propietario una amplia libertad para acceder a la propiedad, pero una vez alcanzado ese objetivo, garantizar a la vez, la libertad en el ejercicio de su derecho, proscribiendo toda interferencia estatal cuyo fin sea despojar al individuo de su propiedad (Gonzales, 2005).

Igualmente, por responsabilidad civil se comprenderá al sistema por el cual el Estado busca reducir al extremo las conductas dañosas y reprochables, otorgando una protección idónea a los derechos individuales patrimoniales y así lograr que éstos puedan obtener una compensación si son afectados restableciéndolos al estado anterior a su vulneración o a su equilibrio, a fin de garantizar la convivencia social armoniosa que es uno de sus fines supremos, y, a la función preventiva de la misma, como la reacción del Estado para obligar a reparar el daño causado generando una reacción psicológica intimidatoria general e individual.

A la vez, el principio de buena fe será estudiado como el elemento de la vida con relación humana que se ha incorporado al derecho, el que lo ha dotado de precisiones técnicas, adaptándose a un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones (De la Puente, 2007); del mismo modo, por el principio de reparación integral de la responsabilidad civil se entenderá que está dirigido a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que esté colocado en una situación lo más parecida posible a aquella a la que se encontraba si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar (Naveira, 2004); y, el principio de razonabilidad será aquel que importa la exclusión de toda arbitrariedad e irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos (Bidart, 2008).

Dicho ello, el problema de investigación planteado versa sobre la unidad del ordenamiento jurídico, por el cual todas las normas deben estar relacionadas entre sí en una estructura jurídica, de manera que las normas inferiores le deben su validez formal y material a la norma fundamental, así pues, la validez formal se presenta cuando la norma ha sido elaborada por los órganos competentes para su creación y conforme al procedimiento respectivo establecido por la Constitución, mientras que la validez material está referido a que el contenido prescriptivo de la norma no debe ser contradictorio a la norma fundamental (Bobbio, 2013), ya que se determinará las razones por las que una norma de rango legal contraviene un derecho fundamental y principios del derecho civil.

Para tal fin, se abordará como objeto de estudio el artículo 207 del Código Civil, que prohíbe la indemnización en la anulación del negocio por error, así como también el derecho fundamental a la propiedad, los principios de la buena fe, reparación integral y razonabilidad, y la función preventiva de la responsabilidad civil, utilizando el método inductivo-deductivo, pues, se determinará la esencia de cada uno de ellos para arribar a la contrastación de la hipótesis formulada.

Ahora bien, el criterio para establecer la validez material del artículo 207 del Código Civil, está ubicado en el paradigma del constitucionalismo, el cual está relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Es decir, “una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales” (Carbonell, 2009).

Del mismo modo, Atienza (2011) sostiene que un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los Estados constitucionales), se caracteriza por una Constitución extremadamente “invasora”, capaz de condicionar tanto la legislación

como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable.

En efecto, el desarrollo histórico del Estado de derecho al Estado Constitucional, se produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico: 1) el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, 2) el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución; y, 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad; por ende, el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta (Pérez, 2002).

En consecuencia, el constitucionalismo es un modelo distinto al Estado de Derecho, por tanto, también una concepción diferente del Derecho, pues, en su significado prevalece la Constitución como fuente del Derecho y no la ley, es decir, aquella va a ser la fuente de toda producción jurídica que está compuesta por principios que son distintos a las reglas o preceptos, por lo que su aplicación e interpretación también será distinta a través del método de ponderación y no la sola subsunción.

Para comprender mejor lo antes señalado; siguiendo a Prieto (2003), debemos indicar que los elementos caracterizadores de este constitucionalismo fuerte son los siguientes:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de

interpretación prioritario. Tercero, eficacia o aplicación directa. Es una consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico -singularmente de una ley- para desplegar su fuerza vinculante, por eso en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. Cuarto, garantía judicial, con independencia de que resulten viables distintas fórmulas de articulación, creo que un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los litigios a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución. Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatario a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que se quieran y nacen de la propia Constitución, en sus relaciones horizontales de Derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos. Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte cuanto más costosa sea la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a la mayoría legislativa.

Esto es, para el constitucionalismo la Constitución es el centro del sistema jurídico, la que está inspirada en principios que se interpretan mediante la ponderación y no la subsunción, por lo que viene a ser omnipotente, y la ley debe analizarse siempre al amparo de la Constitución, convirtiendo al juez en un actor activo más allá de legalista, cuyas decisiones deben tener fundamento en la Constitución y su discrecionalidad será controlada a través de su argumentación en la que se expresan sus razones jurídicas.

De dicho modelo se desprende que los derechos fundamentales se caracterizan por albergar un contenido especial que los diferencia de los de configuración legal, asimismo, en él la interpretación de una ley debe realizarse conforme a la Constitución, o a los derechos fundamentales o principios consagrados en ella.

Así entonces, el constitucionalismo nos ha servido para analizar la norma prohibitiva contenida en el artículo 207 del Código Civil y determinar el fundamento constitucional para su derogación.

1.2. Marco doctrinal de las teorías particulares en el campo de la ciencia en la que se ubica el objeto de estudio

La presente investigación se ubica en dos instituciones del derecho civil, que son el negocio jurídico y la responsabilidad civil, las que a continuación se precisan:

El negocio jurídico, es entendido como aquella autorregulación de intereses conformada por una o más declaraciones de voluntad realizadas con el fin de alcanzar un resultado práctico tutelado por el ordenamiento jurídico; por ende, cuando los negocios jurídicos son celebrados de acuerdo al ordenamiento jurídico producen efectos jurídicos. Así entonces, la eficacia es el objetivo del ordenamiento jurídico respecto de los negocios jurídicos, por cuanto lo que se busca es que los particulares puedan satisfacer sus más variadas y múltiples necesidades a través de sus promesas y declaraciones de voluntad y para ello es necesario que las mismas sean capaces o autorizadas para producir efectos jurídicos, bien se trate de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas.

Sucede sin embargo, que en muchos supuestos los negocios jurídicos no producen nunca efectos jurídicos o dejan de producirlos, en estos casos nos encontramos frente a supuestos de ineficacia negocial. De esta manera puede señalarse que los negocios jurídicos ineficaces “son aquellos que nunca han producido efectos jurídicos, o aquellos que habiéndolos producido dejan de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del mismo negocio” (Taboada, 2002, p.310).

Así entonces, el negocio jurídico puede ser ineficaz, debido a la incapacidad para producir sus efectos, bien porque ha sido mal constituido, o bien porque ciertas

circunstancias exteriores a él impiden tales efectos (De Castro y Bravo, 1985), en ese sentido, la ineficacia puede provenir de la invalidez del negocio jurídico; o, de causa extrañas al mismo, a la primera se la denomina ineficacia estructural, por invalidez u originaria, la que puede deberse a causas inherentes a la estructura del negocio jurídico, que puede ser cuando el negocio se ha celebrado contraviniendo normas que establecen su validez, así como cuando adolece de algún defecto por el que la ley autoriza su invalidación y cuando el negocio jurídico es simulado; y, la segunda, llamada ineficacia funcional, que proviene de causas extrañas a la estructura del negocio jurídico las que pueden ser por la condición, el plazo, la resolución, la rescisión, el mutuo disenso, la revocación, la retractación, entre otros (Torres, 2007).

Ahora bien, cuando el negocio jurídico adolece de la falta de un elemento sustancial o de defectos o vicios en el momento de su celebración son sancionados con nulidad sea absoluta o relativa, así pues, si el negocio carece de los elementos esenciales para su validez, o cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, nuestro ordenamiento lo sanciona con nulidad absoluta privándolo de su fuerza vinculante de autorregulación de intereses; en cambio cuando no le faltan elementos esenciales, pero estos presentan vicios se sanciona con anulabilidad, es decir, el negocio jurídico anulable, es inválido pero eficaz, su ineficacia es sucesiva, sobreviene como consecuencia de la declaración de nulidad, empero, éste puede ser convalidado por confirmación o por prescripción, lo que no sucede en el negocio jurídico nulo.

En consecuencia, como el negocio jurídico es manifestación de voluntad, ésta debe ser sanamente formada, empero, suelen presentarse vicios de la voluntad que afectan su validez, como son el error, el dolo, la violencia y la intimidación.

Ahora bien, el error consiste “en la ausencia de conocimiento (ignorancia) o conocimiento equivocado de la realidad, o de aquello que comúnmente es aceptado como realidad, que da lugar a la formación de una voluntad cuyos efectos no son queridos por el sujeto, y que por lo mismo, no la hubiese declarado de haber advertido que está en error” (Torres, 2007, p.694). Éste puede ser error en la voluntad o error vicio y error en la declaración o error obstativo, el primero, consiste en la ignorancia o en la representación falsa de la realidad (de los acontecimientos, de los bienes, de las personas o del derecho), que determina la mal formación de la voluntad, por ejemplo cuando se pretende pagar un bien en dólares creyendo que son ecuatorianos cuando son americanos, o cuando se compra un anillo creyendo que es de oro cuando es de cobre dorado, o cuando se compra un terreno en una playa para construir un edificio, pero éste es ha sido un relleno sanitario; mientras que el segundo recae sobre la declaración, es decir, haber declarado algo que no se deseaba, por ejemplo, cuando por desconocer el idioma declaro vender por diez cuando quería vender por cien (Torres, 2007).

Asimismo, los requisitos fundamentales que determinan que el error sea relevante como vicio de la voluntad para que pueda declararse la anulabilidad del negocio jurídico, son que debe tratarse de un error sustancial, es decir, que sea la razón determinante de la voluntad; que sea conocible por el destinatario de la declaración para que pueda alegarse como causal de anulación, esto es, que el destinatario de la declaración, usando una normal diligencia está en la posibilidad de reconocer que el declarante está en error, así como que debe causar perjuicio al errante.

Por otro lado, debemos indicar que a través del tiempo, han existido diversas formas de reparación del daño causado, pasando desde la venganza irrestricta o la ley del ojo por ojo hasta la reparación integral del daño.

En efecto, actualmente la responsabilidad civil, es entendida como un fenómeno, que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica (León, 2007, p.50), esto es, si se altera el equilibrio económico o moral de una persona, el responsable de ello es obligado por el ordenamiento jurídico a reparar dicho equilibrio.

Asimismo, la responsabilidad civil se la subdivide en responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y responsabilidad extracontractual, en el primer supuesto se trata de una situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución, parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida, mientras que en el segundo supuesto se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles.

No obstante, para que se configure la responsabilidad civil, sea por incumplimiento de obligaciones o extracontractual, tiene que existir la concurrencia de cinco elementos, siendo estos: i) La Imputabilidad: es decir, la capacidad que tiene un sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona, ii) La ilicitud o antijuricidad, que es la verificación de que los daños causados no estén permitidos por el ordenamiento jurídico, pues existen supuestos donde el daño sí es autorizado por el ordenamiento jurídico, iii) El criterio de imputación, el cual consiste en el supuesto justificante de atribución de responsabilidad del sujeto, vale decir, a título de que va a responder quien ocasionó el daño, esto es por dolo o por culpa (criterio de imputación subjetivo) o por o por haber utilizado o desarrollado un bien o actividad riesgoso o peligroso (criterio de imputación subjetivo), debiendo precisar que a este elemento también se le denomina factor de atribución, iv) Nexos causal, el cual consiste en la vinculación o relación de conexidad que debe existir entre el evento lesivo y el daño producido, cabe señalar que esta relación de conexidad muchas

veces no es tan sencilla de comprender, pues existe una causalidad jurídica y una causalidad física, por la primera se va a incorporar a la reparación del daño a un tercero que no participó de manera efectiva en la producción del daño, sin embargo, ha tenido una posición de garante; y la segunda está referida a la casualidad natural o relación de causa efecto, y; v) El Daño, constituido por las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídicamente tutelado, el cual puede ser patrimonial y extrapatrimonial, el primero se subdividen daño emergente referido disminución inmediata de la esfera patrimonial, y en lucro cesante, referido a la ganancia, la utilidad o ventaja dejado de percibir; y el segundo, se subdivide en daño a la persona, constituido por daño biológico o daño a la salud física o al cuerpo o soma y el daño moral constituido por el daño a la psiquis o a los sentimientos, y el daño al proyecto de vida.

Ahora bien, la responsabilidad civil pre contractual, establece que comportamientos ligados a la formación de un contrato pueden provocar daños y crear responsabilidad hacia el dañado; en efecto, quien está envuelto en una tratativa tiene interés que ésta sea conducida por la contraparte de manera leal y seria. El interés a la lealtad y seriedad de la tratativa está protegido por la imposición del deber de buena fe a cargo de las partes envueltas. La buena fe, es entendida aquí como regla de conducta: por consiguiente como sinónimo de corrección. El deber de corrección impone evitar durante la tratativa comportamientos que impliquen intención o conciencia de infligir a la contraparte daños injustos, pero impone también evitar comportamientos, fuentes de daño injusto, que prescindan de tal intención y conciencia y se reduzcan más bien a la superficialidad, desatención o incompetencia (Roppo, 2009).

CAPÍTULO II

ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Aquel que sufra un daño en su patrimonio por la anulación de un negocio jurídico por error, no tendrá protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico, es una conclusión que se desprende de una interpretación literal del artículo 207 de nuestro Código Civil de 1984, el cual prescribe: "La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes"; sin embargo, esta conclusión nos servirá para darnos cuenta de la equivocada concepción del Derecho que tenemos, pues, lejos de asumir una posición constitucional respecto a la mencionada regla, nos limitamos a hacer un juicio de subsunción de ella, propio del paradigma de Estado de derecho que ha sido ampliamente superado luego de la Segunda Guerra Mundial; valga esta proposición para darnos cuenta de lo anacrónico que puede llegar a ser nuestro razonamiento como operadores del derecho y consecuentemente perjudicial para un justiciable.

En efecto, como bien sabemos, toda forma organizada de vida, requiere para su subsistencia de una regulación jurídica, aunque ésta sea mínima, ya que es imprescindible para asegurar la coexistencia, empero, ello también necesita de la presencia de una organización política que viene a ser el Estado, ya que el derecho será el medio de expresión del poder estatal.

Así pues, para poder hacer una explicación coherente de cómo una regla de derecho, en concreto la antes mencionada, debe ser analizada dentro de la concepción del Estado Constitucional de derecho, vamos a partir haciendo referencia al paradigma de Estado de Derecho, luego al Estado Constitucional de Derecho, a los derechos

fundamentales, a su estructura y contenido esencial, así como a la derrotabilidad y al derecho fundamental a la propiedad.

1.1. El Estado de Derecho

Como antecedente histórico, podemos señalar que el Estado de derecho representa una visión construida a partir del término de las revoluciones europeas, hacia mediados del siglo XIX, cuando los Estados europeos, tras guerras sucesivas, van inclinando su situación política hacia un *statu quo* de relativa mayor estabilidad fundamentalmente política. El simple Estado de derecho deviene en un Estado social a partir del mensaje de las revoluciones europeas por los derechos de los ciudadanos. El poder omnímoto del monarca ya había quedado rezagado desde bastante atrás, cuando Juan sin Tierra en 1215 se ve instado, sin retroceso, a aceptar una carta mínima de derechos a favor de los ciudadanos anglosajones frente al poder de los normandos, consagrándose, por primera vez, el derecho al debido proceso (Figuerola, 2011).

La acuñación específica de dicha expresión fue planteada por el jurista Adam Müller en 1809 y delimitada por Robert Von Mohl en 1829, en su exposición sobre el Derecho Público del Reino de Wuttemberg. Posteriormente, este último ampliará sus puntos de vista en 1832, en su libro Estado de Derecho, en oposición al denominado Estado de Poder o Estado de Policía, cuyos fundamentos doctrinarios surgieron de los planteamientos expuestos por Nicolás de Maquiavelo; vale decir, inspirados en el principio de que el fin justifica los medios, por lo que el gobernante actúa a discrecionalidad y sin parámetro alguno frente a los miembros del Estado. (García, 2010, p.158).

Por otro lado, y ya en el ámbito sustancial, Zagrebelsky (2011) sostiene que:

La expresión Estado de derecho, es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho, indica sólo un valor y alude a una sola de las direcciones del desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* (o Estado bajo el régimen de fuerza) y del *Polizeistaat* (Estado bajo el régimen de policía): no más *rex facit legem*, (el rey de la ley) sino *lex facit regem* (la ley hace la ley). (p.156).

En el mismo sentido Valadés (2004) refiere que “el Estado de derecho, es una respuesta al Estado absolutista caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. Es decir, aparece para instaurar el ejercicio del poder racionalizado, en donde no tiene cabida el capricho, el abuso, la absorción de todas las decisiones y la impunidad” (p.63).

Por su parte, Bobbio (1990) distingue tres significados para la expresión “Estado de derecho”. El primero al que denomina significado débil, es el que utiliza Kelsen al afirmar que todo Estado es Estado de derecho. Si entendemos por Estado el orden jurídico, ningún Estado existe sin orden jurídico, son lo mismo. Un segundo significado, sería el del iusnaturalismo extremo, que sólo denomina “Estado de derecho” a aquellos ordenamientos en que se respetan en su totalidad los llamados derechos naturales. Finalmente, encontramos una definición intermedia

de Estado de derecho: sería aquella forma de gobierno donde el poder se ejerce “*sub lege*” y “*per lege*”. *Sub lege*, significa que todo poder se encuentra sometido a ley y *per lege* que el poder se ejerce a través de leyes generales y abstractas. Esta última acepción corresponde al paradigma clásico de Estado de derecho. Del sometimiento de los poderes públicos a la ley, elaborada por la mayoría como expresión de la voluntad general, surge el principio de legalidad. La ley es la que condiciona la actuación de los gobernantes y éstos se encuentran sometidos a ella y bajo su imperio.¹

García (2010), define al Estado de derecho como un modelo de convivencia política bajo la égida de reglas jurídicas claras y precisas; y plantea una relación armoniosa entre gobernantes y gobernados, en donde los primeros se colocan al mando del gobierno del Estado a condición de que sus acciones se encuentren imbuidas de una vocación de servicio ciudadano. En ese contexto, asegura a los gobernados frente al abuso y la arbitrariedad gubernamental, así como promueve su realización existencial y coexistencial. Asimismo, señala que la primigenia noción del Estado de derecho comprendió lo siguiente: a) La renuncia a toda idea u objetivo transpersonal del Estado. Es decir, el cuerpo político no era una

¹ De similar criterio es Ferrajoli (2001), quien señala que con la expresión “Estado de derecho”, se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, “Estado de derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son Estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, “Estado de derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

creación divina ni comprendía en forma alguna un orden sacro. Más bien, hacía referencia a una comunidad al servicio del interés común mediante la creación y sometimiento a un orden jurídico; b) Los objetivos y tareas del Estado estaban dirigidos a afirmar la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y el desarrollo individual; c) La organización del Estado y la regulación de su actividad se establecía conforme a principios racionales.

Así entonces, por Estado de derecho, debemos entender a aquel modelo de convivencia política, donde se logra la separación funcional de poderes, a través de normas generales fruto de la participación ciudadana, representada por el poder legislativo, y en el cual se protegen derechos individuales y sociales, además que estas normas se encuentran limitadas por un ordenamiento jurídico; por ende, para este modelo los actos del Estado están limitados por un marco jurídico supremo que es la Constitución guiado por el principio de legalidad y el respeto de los derechos fundamentales.

En ese sentido, las características del Estado de derecho, siguiendo a Díaz (2000), las podemos resumir en las siguientes:

- a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que -como ya se señalaba en el artículo 6 de la Declaración Francesa de 1789- “la ley es la expresión de la voluntad general”, esto es, creada (pero no por debajo de unos mínimos) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social. Es decir, imperio no de cualquier ley sino de aquellas que son producto de la libre participación popular (con la Constitución en la cúspide).
- b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, (no escisión ni confusión de ellos), con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas. La intención que representa la soberanía popular es quien suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental.

- c) Fiscalización de la Administración: actuación según la ley en todos los órdenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales. Interdicción de la arbitrariedad y respeto irrestricto, pues al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicancias, por todos los funcionarios y servidores del Estado. Junto a ello, pero diferenciado, control político de los Gobiernos desde el Parlamento.
- d) Protección de derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo), así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos. La protección de las libertades y los derechos fundamentales constituye “la razón de ser” del Estado de Derecho.

Igualmente, García (2010) sostiene:

Entre las pautas básicas para la construcción del Estado de Derecho se pueden mencionar las siguientes:

- a) Principio de legalidad que determina la sujeción del Estado y los particulares a las leyes dictadas por el parlamento.
- b) Principio de jerarquía normativa, que determina la visión piramidal del ordenamiento jurídico.
- c) El principio de publicidad de las normas, que determina la garantía del conocimiento general del contenido de las disposiciones legales.
- d) El principio de irretroactividad de las normas, que determina que la vigencia de las disposiciones legales opera hacia el futuro; salvo el caso en materia penal, siempre que su contenido resulte más favorable al reo o procesado.
- e) El principio de seguridad jurídica, que determina el respeto a los preceptos legales vigentes al momento de la celebración de los contratos o expedición de resoluciones administrativas o judiciales; así como la realización de cualquier acto de relevancia jurídica. Esta pauta basilar expone que las normas vigentes serán aplicadas en sus consecuencias –

deberes y derechos- sin excepción, cada vez que fácticamente se produzcan los supuestos por ellas previstos.

f) El principio de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los órganos de poder del Estado, que determina la garantía de medidas punitivas contra las autoridades gubernamentales transgresoras del orden jurídico; y la facultad de recurrir a los órganos de administración de justicia a efectos de corregir los actos de poder que infringen la ley o afectan derechos fundamentales. (p. 164)

En suma, del mencionado paradigma queda claro que en el contexto en que surgió, fue concebido como un triunfo ante el autoritarismo que se vivía, pues se logró garantizar, aunque limitadamente, derechos y libertades fundamentales, la división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y el imperio de la ley, por ende, de los juicios de subsunción, lo que llegó a acuñar la frase que el Juez es la boca de la ley, pues debía limitarse a declarar lo que ella establecía.

En ese contexto, si el artículo 207 de nuestro Código Civil de 1984, establece que: "La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes"; no existe mayor controversia en percatarnos que ninguna de las partes podrá ser indemnizada por el daño que ha sufrido en la anulación de un negocio jurídico por error, empero, dicho razonamiento, se ha limitado a hacer un juicio de subsunción respecto a una norma con rango de ley, lejos de encontrar la razón subyacente de ella, así como el derecho fundamental que se puedan afectar con la misma.

1.2. Estado Constitucional de Derecho

Ahora bien, a partir de la Segunda Guerra Mundial se produce un punto de quiebre de la concepción del Estado de derecho y por ende del Derecho, generándose un fenómeno progresivo que se denomina constitucionalización, surgiendo así el constitucionalismo.

En efecto, el constitucionalismo, es un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales (Carbonell, 2009).

De igual modo Prieto (2003) refiere:

El neoconstitucionalismo es un tipo de Estado de derecho, una teoría del derecho y una ideología; sobre el tipo de estado de derecho; el neoconstitucionalismo, entendido como una forma de organización política adscribible a la tipología del Estado de Derecho, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico; esta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más "neutro" de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo, se traduce aquí en una limitación del poder político, y en especial, del que se considera el más amenazador de los poderes, el legislativo que encarna la voluntad de la mayoría, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En este esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero se trata en principio de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política.

La segunda tradición, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que a veces se llama “agenda política”; incluso en áreas como puedan ser el modelo económico, la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc. También en líneas generales, cabe decir que ésta es la concepción del constitucionalismo nacido de la revolución francesa, cuyo programa transformador quería tomar cuerpo en un texto jurídico supremo. Sin embargo, aquí la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo; pero como quiera que ese pueblo actúa a través de sus representantes, a la postre será el legislativo quien termine encarnando la rousseaunina voluntad general, que, como es bien conocido, tiende a concebirse como ilimitada. Este constitucionalismo, se resuelve más bien en legalismo: es el poder político de cada momento, la mayoría en un sistema democrático, quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuando aparece “prometido” en la Constitución. En el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente, quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir cuál ha de ser la orientación política en numerosas materias. Agrega dicho autor, que no cabe duda que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, pues la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo, de ahí que quepa hablar del constitucionalismo como un perfeccionamiento del Estado de Derecho. (p.106).

A la vez, sobre la teoría del derecho Prieto (2003), señala que el neoconstitucionalismo representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho. y como ideología, puede identificarse como aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización.

Por su parte Atienza (2009) refiere, que un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los Estados constitucionales), se caracteriza por una Constitución extremadamente "invasora", capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable.

De ello se desprende, que en el desarrollo histórico del Estado de derecho al Estado Constitucional, se produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico: 1) el desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, 2) el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución; y, 3) el desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad; por ende, el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta (Pérez, 2002)².

² Häberle (como se citó en Aguilera, 2010) sostiene:

La Constitución de un Estado democrático, es una "obra abierta" con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable. No es un documento histórico muerto, sino un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos

En consecuencia, el constitucionalismo es un modelo distinto al Estado de derecho, pues en él prevalece la Constitución como fuente del derecho y no la ley, es decir, aquella va a ser la fuente de toda producción jurídica y por ende irradia a todo el ordenamiento jurídico y tiene carácter vinculante.

Para comprender mejor lo antes señalado; siguiendo a Aguiló (2008) debemos señalar que los factores de la constitucionalización son los siguientes:

- 1) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación), se entiende inmodificabilidad o resistencia a (dificultad para) su modificación. Se trata de una condición necesaria y bien puede decirse que cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.
- 2) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución. En realidad, al igual que el factor anterior, se trata también de una condición necesaria para la constitucionalización de un orden jurídico. Implica que la validez desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce además lo que podríamos llamar "reserva de Constitución": ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución.

conforman "la sociedad abierta de intérpretes constitucionales" (Häberle, 2001). Del mismo modo, Comanducci, citado por Aguilera Portales, propone distintas formas de plantear el neoconstitucionalismo: como método, como teoría y como ideología. El aspecto metodológico se encargará de plantear la vieja fórmula de conexión entre derecho y moral, inclusive, algunos enfatizan que hay el deber ético de obedecer la Constitución y leyes que sean conformes a ella. El teórico brinda una opción mediante el proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico, contrario al paradigma clásico, legicentrista y de interpretación subsuntiva, esto es, la norma constitucional interpretada a partir de valores y principios fundamentales. El aspecto ideológico enfatiza la limitación del poder político a través de la creación de mecanismos para tutelar a los derechos fundamentales (p.123).

- 3) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución. Ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan -independientemente de su estructura y de su contenido- como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece de esta manera la vieja categoría de normas programáticas, entendidas como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.
- 4) Se produce una “sobreinterpretación de la Constitución”. Es decir, se huye de una interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional puede extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos.
- 5) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones de Derecho Público, las relaciones entre ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones entre derecho privado entre ciudadanos (entre particulares).
- 6) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiende a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. De todas las interpretaciones posibles de una ley, el juez debe descartar todas aquellas que vulneren (o sean incompatibles) con la Constitución.
- 7) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas, a) actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o las disputas políticos entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales, y; c) los jueces tienden a no mostrar

actitudes de autoeliminación o autorrestricción hacia las llamadas cuestiones políticas (p.13)³.

Esto es, para el constitucionalismo la Constitución es el centro del sistema jurídico, pero ésta está inspirada en términos de principios que se interpretan mediante la ponderación y no la subsunción, por lo que viene a ser omnipotente, y la ley debe analizarse siempre al amparo de la Constitución, convirtiendo al juez en un actor activo más allá de legalista, cuyas decisiones deben tener fundamento en la Constitución y su discrecionalidad será controlada a través de su argumentación en la que se expresen razones jurídicas.

En suma, el constitucionalismo como teoría del derecho, se resume en cinco epígrafes que son: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del

³ Igualmente, Cárdenas (2016) refiere:

El neoconstitucionalismo se caracteriza por lo siguiente: a) Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral; b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas, c) El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentación, contextual y procedimental, d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte, e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras. f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta teórica sino en sus ámbitos herméticos, contextuales y procedimentales. g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya se apoya, principalmente en la calidad de la argumentación, h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución, j) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador ("legislador negativo" según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática, j) Se intenta poner fin a las teorías de la argumentación, a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart y k) No hay neutralidad avaloratividad en el derecho. (p.39).

legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas (Prieto, 2003).

En ese sentido, de dicho modelo se desprende que los derechos fundamentales se caracterizan por albergar un contenido especial que los diferencia de los de configuración legal, asimismo, en él, la interpretación de una ley debe realizarse conforme a la Constitución, o a los derechos fundamentales o principios consagrados en ella.

Definido ello, y a fin de profundizar lo antes mencionados, debemos ocuparnos de los derechos fundamentales.

1.3. Derechos Fundamentales

1.3.1. Definición

Ferrajoli (como se citó en Aguilera, 2009) sostiene, que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos con capacidad para obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Del mismo modo Peces-Barba (1995), refiere que el concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que comprende la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y

también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.

Por su parte Añón (2015) señala que los derechos fundamentales son un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados, y establecen, asimismo, los fines básicos a los que éstos deben orientarse. En el Estado Constitucional los derechos fundamentales son a la vez garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico y derechos subjetivos, en tanto que libertades, potestades, pretensiones e inmunidades normativas protegidas por el ordenamiento jurídico. Junto a esa doble dimensión –objetiva y subjetiva- se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente a la acción de los poderes públicos, incluido el legislador y también en las relaciones entre particulares.

Así entonces, los derechos fundamentales son aquellos contenidos esenciales que valen como anteriores y superiores al Estado, que pueden estar positivizados o no, que vinculan la actuación de los poderes públicos y privados y orientan las políticas públicas y las relaciones entre privados hacia fines determinados.

Asimismo, siguiendo a Añón (2015) vamos a describir tres tesis de los derechos fundamentales que son:

- a) Tesis de la integridad de los derechos: La cual postula la existencia entre las distintas categorías de derechos, de una relación de continuidad, indivisibilidad e independencia entre los mismos. Está basada en dos aspectos: De un lado en la tesis histórica, que muestra el

reconocimiento de todos los derechos como resultado de una serie de luchas: así ha sido con las libertades religiosas, políticas, penales, con los derechos laborales, educativos, habitacionales y culturales. En consecuencia, surge la idea de que su conquista ha consistido centralmente en el reconocimiento de poderes, esto es, de espacios capaces de resistir en ámbitos diferentes, los efectos opresivos de micro y macro poderes que desprovistos de límites y controles, representan una amenaza para la autonomía individual y colectiva de las personas, sobre todo de los miembros más vulnerables de una sociedad. De otro lado, sopesando la dimensión valorativa de los derechos fundamentales, que nos pone en condiciones para considerar que todos los derechos fundamentales -sean civiles, políticos, sociales o culturales- son en realidad derechos a una igual libertad, esto es, estrategias jurídicas que persigan la minimización de la arbitrariedad y la maximización de la autonomía o de la autodeterminación de las personas y los grupos, sin discriminaciones ni exclusiones.

- b) Tesis de la continuidad estructural de los derechos: Frente a la difundida concepción que distingue de manera radical entre derechos civiles o libertades -caracterizados por exigir para su realización únicamente deberes negativos o de abstención que justifican su mejor protección- y derechos de prestación -de los que se afirma que sólo se realizan mediante acciones positivas y costosas-, es posible afirmar que todos los derechos fundamentales, en su contenido básico y esencial, son derechos mixtos, híbridos, cuya tutela comporta para el poder obligaciones positivas y negativas, de hacer y de no hacer, costosas y no costosas.
- c) Tesis de la distinción entre derechos y garantías: Por derecho subjetivo se entiende cualquier expectativa positiva -de prestación- o negativa -de no sufrir lesión- adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, y a estos efectos establece la distinción entre garantías primarias o sustanciales-consistentes en obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, que pueden ser positivas o negativas-, y garantías secundarias o jurisdiccionales, para hacer referencia a las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando se

constanten en el primer caso actos ilícitos y en el segundo, actos no válidos que violen derechos subjetivos y con ellos sus correspondientes garantías primarias. Ambos tipos de garantías tienen funciones distintas, pues, las primeras están orientadas a la satisfacción primaria y material de los derechos, mientras que las segundas operan en un segundo nivel como remedio dispuesto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o por los actos inválidos.

Al respecto consideramos que las tres definiciones antes mencionadas nos son excluyentes entre sí, sino que cada una de ellas abarca un punto de vista desde el cual deben ser comprendidos los derechos fundamentales, razón por la cual hemos formulado la definición antes señalada.

1.3.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales

Parejo (1981) señala que el contenido esencial de los derechos fundamentales, es aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal, y no como otra cosa.

Por su parte Castillo (2004) refiere que el contenido esencial de un derecho fundamental, está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance. Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano; de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, se ha de insistir, no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual.

Empero, para comprender dicho concepto se debe señalar en primer lugar que es más adecuado no distinguir entre núcleo duro y “parte accidental”, esto es, aspectos o manifestaciones del derecho disponibles por el legislador, por el riesgo de vaciamiento del contenido del derecho que comporta. El contenido esencial no es el contenido intocable, de modo que hasta el límite de sus fronteras se pueda reglamentar en sentido restrictivo, pero no más allá de tal límite, sino que es un contenido determinable con razonabilidad que no desnaturaliza el derecho. Por ello, en rigor, el contenido esencial no es la última valla que defiende un pequeño reducto inexpugnable para que aún pueda decirse que existe el derecho, sino que implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias. En segundo lugar, parece que los derechos y, por tanto, su contenido esencial, no pueden tratar de delimitarse exclusivamente desde sí mismos, sino que deben tomar en cuenta el necesario ajustamiento con otros bienes (Serna y Toller, 2000).

Así entonces, el contenido esencial de un derecho fundamental no está preestablecido, sino que es determinable con razonabilidad y una vez definido en general y determinado en situaciones concretas se convierte en intangible.

1.3.3. Estructura de las normas de derecho fundamental: Reglas y Principios

“Si el derecho actual está compuesto por reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas

significa, a grandes rasgos es distinguir la Constitución de la ley” (Zagrebelsky, 2011, p.278).

El punto decisivo para la distinción entre las reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más, ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa, que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma, es o bien una regla o un principio (Alexy, 2002).

Del mismo modo Zagrebelsky (2011) sostiene:

Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas en efecto se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de los que ellas mismas significan. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas de principios son a menudo expresiones un tanto banales, “producto de

una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc, y que, más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*. En pocas palabras a las reglas se obedece y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de la que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión; las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en casos concretos, y sólo en casos concretos se puede entender su alcance. (p. 280).

De ello se desprende que las normas se dividen en reglas y principios y que entre ellas existe una diferencia cualitativa, por ende, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible o en diferente grado y su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas; mientras que las reglas son mandatos definitivos que pueden ser cumplidos o no, es decir, son determinaciones en el ámbito fáctica y jurídicamente posible.

1.3.4. Conflicto de Reglas

Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida por lo menos una de las reglas. Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas, cuando no es posible la inclusión de una cláusula de excepción, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida, no se dice todavía nada acerca de cuál de ellas debe ser tratada así. El problema puede ser solucionado a través de reglas tales como *“lex posterior derogat legi priori”* y *“lex specialis derogat legi generali”*, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez (Alexy, 2002).

En efecto, frente a un conflicto entre reglas una de ellas debe ser declarada inválida y por ende inaplicable para el caso concreto, en base a supuestos determinados como la temporalidad, la especialidad o jerarquía e inclusive en una de ellas se puede haber establecido que no será aplicable a determinados supuestos de hecho.

1.3.5. Colisión de principios

No obstante, la colisión de principios debe ser solucionada de manera totalmente distinta. Cuando dos principios están en colisión -tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia

puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso (Alexy, 2002).

“Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios -como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2002, p. 95).

Esto es, cuando dos principios colisionan se debe analizar las circunstancias del caso concreto, a fin de que uno de ellos preceda al otro en razón a su mayor grado de realización, por ende, de ninguno de ellos se declara su invalidez, sino su mayor satisfacción al derecho fundamental que acoge.

1.4. Derrotabilidad

Admitir que un sistema jurídico es capaz de regular todas las situaciones de hecho con relevancia jurídica y por lo tanto aplicar a cada una de ellas una consecuencia jurídica es ilusorio, en ese sentido, la derrotabilidad de las disposiciones normativas (principios y reglas) debe ser entendida, como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción, es decir, existe un abanico de posibilidades no determinadas que suponen casos en los que el enunciado jurídico se satisface, pero aun así no se le aplican las consecuencias jurídicas, en virtud de ella, hasta las conductas socialmente más reprochables pueden encontrar en el campo de los hechos una justificación legal que atenúe su condena o incluso la libere de ella, este punto sostiene que dicha exoneración no requiere una tipificación expresa, sino que puede ser construida por medio de la interpretación (García, 2013).

En ese sentido, por la derrotabilidad debemos comprender que todos los principios pueden ser derrotables en tanto están siempre sujetos a las condiciones de un caso concreto en el que se determinará el mayor grado de realización de uno sobre otro, lo que no significa que este último carezca de validez, sino que debe ceder para que el derecho fundamental sea mejor satisfecho.

1.5. Principios vs Reglas

Ahora bien, para poder apartarse de una regla de forma razonada y en mérito a la arbitrariedad e inconsistencia de la misma, como es la del artículo 207 del Código Civil, debemos basarnos en el sistema de principios que dotan de coherencia a la institución o sector normativo de que se trate, para nuestro caso el derecho fundamental a la propiedad, la razón de ello es que en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución tiene fuerza vinculante y es de aplicación directa, por ende, los principios sirven para establecer el significado y ámbito de aplicación de una regla.

1.6. El derecho fundamental a la propiedad

1.6.1. Origen económico

Gonzales (2005) sostiene que los motivos económicos de la aparición de la propiedad, son la escasez de materias primas y recursos naturales, lo que genera la necesidad de establecer instituciones que aseguren la colocación y asignación de los recursos en manos de quien mejor sabrá explotarlos, sin que por ello padezca la seguridad del tráfico, así, la asignación de derechos de propiedad implica otorgar la explotación de un recurso sólo a un sujeto, excluyendo a todos los demás de su uso, de esta manera, el propietario tendrá la seguridad de que la inversión realizada en la explotación del recurso no se perderá, y en caso de producirse la amenaza o vulneración de su derecho podrá contar con un marco institucional que le

permita solicitar tutela y protección. Otro de los motivos es el fenómeno llamado internalización de las externalidades; la externalidad implica el coste de una actividad productiva que es cargada a una persona ajena (externa) a dicha actividad.

1.6.2. Evolución Histórica

En el derecho romano encontramos diversas concepciones de propiedad, ya sea colectiva, copropiedad familiar o la propiedad individual, en el que se desarrollan las facultades *ius utendi* o de uso, *fructu* o de goce y *abusus* o de disfrute. En la época feudal, se dividió el dominio directo del señor feudal y dominio útil del que cultiva, lo que dio origen a diversas afectaciones a la propiedad generando el llamado régimen de manos muertas, que eran los bienes y las tierras pertenecientes a Dios (Mendoza, 2013).

Posteriormente, durante la vigencia de la escuela del derecho natural, se reconoce a la propiedad como un derecho natural del hombre –intrínseco a su naturaleza-, por lo que debía tutelarse de las afectaciones de los poderes políticos y/o de terceros, no obstante, se debe precisar que los límites de la misma se encontraba en el respeto de los derechos de los demás (Mendoza, 2013).

La revolución francesa origina una reacción antiabsolutista que condujo a que los nobles “renunciaran” sin indemnización a sus privilegios de la propiedad, por ello se señala que ello significó una transmisión de propiedad del dominio eminente al dominio útil, es así que desde esa fecha sólo existe este último, es decir, aparece la propiedad libre de ataduras y se considera que en manos de sus titulares debía producir las más beneficiosas consecuencias de índole económica y beneficiosa para la comunidad en su conjunto (Ramírez, 2007).

En efecto, actualmente, la propiedad “es prácticamente la única forma de dominio, a ella se le da plena justificación práctica. Así se exponen entre otras las siguientes razones para su supervivencia: a) es un derecho justo y legítimo, b) es la condición de la independencia y de la libertad del hombre; c) es la condición del mejor rendimiento económico; d) es la prenda de la paz social” (Ramírez, 2007, p.45).

1.6.3. Presupuesto ontológico y fundamento del derecho a la propiedad

Gonzales (2005) explica el presupuesto ontológico de la propiedad señalando que en una sociedad al ordenar las relaciones que se establecen entre sus miembros, se enfrenta con el problema práctico de determinar si estas relaciones tienen que ser reguladas desde una autoridad central o por los mismos interesados de acuerdo al interés que les resulte conveniente, en ese sentido, en los ordenamientos que se reconoce la propiedad privada, el negocio jurídico y la propiedad son los típicos instrumentos jurídicos de autonomía privada destinados a satisfacer los más variados fines prácticos, así, el negocio jurídico y los derechos subjetivos, entre ellos la propiedad, están al servicio de la libertad de los individuos pero con finalidades diferentes, pues, la propiedad tiene una finalidad estática de conservación y tutela, mientras que el negocio jurídico tiene una finalidad dinámica de desarrollo y renovación, pero ambos se rigen por los principios de iniciativa y autorresponsabilidad privadas, en ese sentido, la posibilidad de disponer de los propios intereses en el ámbito de las relaciones sociales y económicas representa un elemento esencial de la libertad y constituye hoy un valor irrenunciable de la civilización.

Agrega, Gonzales (2005) que la propiedad es definida como un señorío pleno jurídico sobre cualquier objeto externo de valor económico y

susceptible de valoración, la cual responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo que conlleva al propietario a un tener, pero que simultáneamente se manifiesta en un excluir a los terceros, este sentimiento profundamente arraigado en los seres humanos por apropiarse de las cosas u objetos que lo rodean, tiene como propósito satisfacer sus necesidades y lograr el pleno desarrollo de su personalidad, empero, la pertenencia de los bienes no se agota en el ámbito patrimonial o económico, sino que guarda una estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona, así el principio fundamental del derecho del cual arranca toda regulación es el respeto recíproco, es decir, el reconocimiento de la dignidad del otro, las relaciones jurídicas ya no se rigen por el derecho del más fuerte sino por el principio del respeto recíproco "sé una persona y respeta a los demás como personas", esta situación conlleva necesariamente al reconocimiento de un ámbito muy extenso de libertad, la cual sólo es posible con la aparición de la autoridad del Estado, bajo esas condiciones la propiedad requiere ser protegida por el Estado como un derecho, pero ese mismo derecho protegerá al individuo del Estado.

Así entonces, el presupuesto ontológico de la propiedad es que constituye el natural sentimiento humano de apropiarse de las cosas para satisfacer sus necesidades y lograr el desarrollo de su personalidad, empero, ello se basa en que es un derecho subjetivo basado en los derechos fundamentales a la libertad y dignidad del individuo, que se rige por los principios de iniciativa privada (puesto que sin libertad no existiría la posibilidad de apropiarse de una cosa para satisfacer necesidades y lograr el desarrollo de la personalidad) y autoresponsabilidad (la propiedad no es un derecho absoluto sino que debe respetar a los derechos de

terceros), cuya finalidad es mantener su conservación, así como la posibilidad de disponer de sus propios intereses.

Por otro lado, en lo concerniente al fundamento de la propiedad, debemos indicar que Planiol y Ripert (como se citó en Ramírez 2007), sostienen que la propiedad individual, justifica ampliamente su existencia por los servicios que ella ofrece a la humanidad; en el mismo sentido, Salvat (como se citó en Ramírez, 2007), señala que la propiedad se justifica por los grandes beneficios que reporta a la sociedad, porque ella sirve de estímulo a la producción en todas sus formas, en consecuencia, al adelanto de las ciencias, de las artes, de la industria, y, al desarrollo y progreso de los medios para hacer la vida más cómoda y feliz.

Sobre ello Ramírez (2007) refiere que la justificación que hoy tiene la propiedad, responde a la evolución del sistema capitalista, así, a medida que se iba logrando el nuevo orden burgués, la justificación de la propiedad privada iba desplazándose hacia el Derecho Natural, esto es, hacia las determinaciones esenciales de la naturaleza humana y presentándose como un derecho innato anterior al Estado, inviolable y sagrado. La propiedad llegará así a alcanzar una doble posición, como derecho innato del ciudadano, que el Estado no puede violar, y como institución del Derecho privado que por cuanto afecta a los modos de adquisición, tutela y límites que se realizan en relaciones interprivadas.

De lo antes expuesto, se colige que el fundamento de la propiedad es que es un derecho innato del individuo, sobre el cual se establece un sistema económico y de circulación de riqueza, razón por la cual requiere su necesaria protección por parte del Estado, pues con ello garantizará la libertad y dignidad de sus ciudadanos.

1.6.4. Definición

Grossi (como se citó en Gonzales, 2005) sostiene que la propiedad se ha identificado siempre con la pertenencia más intensa de un sujeto sobre una realidad externa del mundo físico, como la suma de poderes proyectados de un individuo sobre un objeto determinado del cosmos.

Igualmente, De los Mozos (como se citó en Gonzales, 2005), refiere que la propiedad moderna se construye como un derecho de atribución sobre las cosas o los bienes que confiere a su titular un poder o un haz de facultades para actuar en su beneficio, resultando especialmente protegido por el ordenamiento jurídico.

Para Colin y Capitan (1942), “la propiedad es el poder de usar una cosa y de aprovechar toda la utilidad que es susceptible de procurar de un modo exclusivo y perpetuo” (p.541).

Por su parte De Ruggiero (1952), señala que “la propiedad es el señorío general e independiente de la persona sobre la cosa para los fines reconocidos por el derecho y dentro de los límites por él establecidos” (p.534).

Del mismo modo, Albadalejo (1974) sostiene que “la propiedad es el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud ésta -en principio- queda sometida directa y totalmente, es decir, en todos sus aspectos y utilidades que puede proporcionar a nuestro señorío exclusivo” (p.192).

Por su parte Gonzales (2005) sostiene que la propiedad es un derecho subjetivo, lo cual implica el reconocimiento normativo del interés de un sujeto sobre un bien, mientras los terceros quedan colocados en situación de extraneidad total, ya que éstos no tienen un deber concreto frente al

titular del derecho, así pues, no hay relación de cooperación, sino de atribución o pertenencia; además, que la propiedad no es idéntica a la suma de todas las facultades particulares contenidas en ella, sino un derecho abstracto igual en todas partes, sin perjuicio de la multiplicidad de formas de dominio y uso, correspondientes al gran número de peculiaridades fácticas y jurídicas de los objetos.

Dicho ello, por la propiedad debemos entender que es un derecho subjetivo abstracto de pertenencia, que implica un poder jurídico pleno sobre una cosa, empero, esta plenitud está referida a las facultades que le concede el ordenamiento jurídico a la propiedad en estricto respecto al derecho de dignidad de terceros.

1.6.5. El contenido social de la propiedad

La concepción liberal de la propiedad la concebía como un derecho absoluto de usar y abusar de los bienes sin límites, frente a la cual surge el contenido social de la propiedad entendida como aquella que busca el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo e inhumano (Hernández, 1989).

Gonzales (2005), refiere que sobre el contenido social de la propiedad existe la doctrina extrínseca e intrínseca de la función social, para la primera la función social no la debe cumplir cada titular, sino que la cumple y desarrolla la institución de la propiedad, es decir, se basa en la afirmación de que los límites al ejercicio del derecho, promovidos por la función social de la institución, se encuentran fuera de la faz interna del derecho subjetivo; mientras que para la doctrina intrínseca, el titular de un derecho subjetivo lo es mientras ejercita el derecho conforme a la finalidad que el ordenamiento asigna a esa ventaja o poder, ello en razón a que ya

no hay verdaderos derechos subjetivos, sino que en cada situación jurídica de ventaja o poder se incluye el interés público cuyo defecto determinará una falta de legitimación o incluso la pérdida del derecho como sanción.

Así entonces, “la doctrina social de la propiedad pretende justificar las limitaciones a este derecho, evitando una concepción de la propiedad como un espacio exclusivo y excluyente de la voluntad del titular” (Gonzales, 2005, p.500).

En ese sentido, no es difícil aceptar que todos los derechos subjetivos sufren limitaciones de diversa índole, ya que no existen derechos absolutos, ni siquiera los de carácter fundamental, por ende, desde el punto de vista constitucional, la función social de la propiedad, que es un criterio de política legislativa, no hace presión interna sobre el concepto de propiedad, sino únicamente externa, ya que la propiedad garantizada por la Constitución es anterior a ella y viene delimitada por las leyes, por tanto, el legislador no puede ampararse en la función social para privar al propietario de su facultad de goce consustancial al contenido de la propiedad, ya que ello convertiría la protección constitucional de la propiedad en una mera retórica, produciéndose en los hechos una expropiación sin indemnización (Gonzales, 2005).

En consecuencia, por el contenido social de la propiedad debemos entender a la política legislativa que va a establecer los límites a la misma sin vulnerar o privar su esencia de derecho fundamental.

1.6.6. Características de la propiedad

Para Gonzales (2005) la propiedad tiene las siguientes características:

- a) Es un derecho real: es decir, es un ámbito de poder que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien (inherencia), generando la pertenencia de éste a un sujeto.

Por su parte Avendaño (1997) sostiene que es un derecho real porque la propiedad confiere a su titular las facultades de persecución y de preferencia; y además establece respecto de la cosa una relación directa e inmediata.

En efecto, la propiedad es un derecho real debido a que el *animus* de pertenencia del sujeto recae sobre una cosa.

- b) Es un derecho absoluto: es la síntesis de todos los poderes sobre un bien y, por ello, es el derecho real de contenido más amplio.

No obstante, esta característica debe ser entendida dentro de las facultades permitidas por el ordenamiento jurídico.

- c) Es un derecho exclusivo: como consecuencia del ser de la propiedad, las ventajas de un bien son reservadas a una sola persona. El propietario tiene un monopolio, sólo él tiene la posibilidad de servirse y sacar provecho del bien que le pertenece, por tanto, dicho titular puede oponerse a la intromisión de cualquier tercero sobre su pertenencia, y para eso el ordenamiento jurídico le otorga los oportunos remedios de tutela. Esta facultad de exclusión constituye el núcleo negativo de la propiedad privada.

Sobre ello Avendaño (1997) sostiene la propiedad es *erga omnes*, esto es, se puede oponer a todos y excluye de su ámbito a todo otro titular.

Así entonces, la propiedad es exclusiva porque sólo le pertenece a su titular y excluye a su vez a terceros, por ende, el propietario está facultado para rechazar cualquier intromisión a su derecho.

- d) Es un derecho perpetuo: Significa que la propiedad está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide las hipótesis excepcionales de algunas propiedades temporales.

Al respecto, Lacruz (1989) refiere que “la perpetuidad significa que el derecho de dominio está llamado a durar ilimitadamente entre las manos de sus sucesivos dueños hasta el infinito, sin perjuicio de que a un titular concreto se le atribuya tal derecho sólo por un tiempo cierto y limitado, pues cabe un pacto tal en nuestro derecho” (p.180).

Igualmente, Avendaño (1997) indica la propiedad sólo se extingue cuando el bien desaparece o cuando es abandonado, no así por el simple no uso del titular.

Esto es, la propiedad es un derecho perpetuo porque permanece de manera indefinida en sus dueños y se extingue sólo cuando ésta desaparece.

1.6.7. Modos de adquisición de la propiedad

Los “modos de adquisición del dominio son los hechos o actos de los que puede resultar la adquisición de este derecho real” (Mariani, 2004, p.311), así pues, para desarrollar este tema partiremos de la clasificación que divide a las causas de adquisición de la propiedad entre derivativas y originarias.

En efecto, por las causas de adquisición derivativas “se produce un fenómeno de transmisión en donde el titular deja de serlo voluntariamente a fin de que el otro adquiera el bien singular en su reemplazo” (Gonzales,

2005, p.613), mientras que por las causas de adquisición originarias “no existe transmisión voluntaria de uno a otro, sino un fenómeno de pérdida de propiedad, al que se suma el nacimiento de una nueva propiedad sin tener como causa la anterior, es decir, surge *ex novo*” (Gonzales, 2005, p.314), o como lo sostiene Orrego (2017), hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquiera otra persona (la ocupación, la accesión, la prescripción y la ley), esto es, se adquiere el dominio no de otro, sino que prescindiendo por completo del antecesor en el dominio, en el supuesto que lo haya habido.

Esto es, la propiedad se adquiere de manera originaria cuando surge este derecho sin que exista transmisión de la misma por su titular anterior o con presidencia del mismo, y de manera derivativa cuando el titular de la propiedad voluntariamente deja de serlo a fin de transmitirla a otra persona, dicho ello pasaremos a explicar los principales modos de adquisición que acoge nuestro ordenamiento jurídico:

1.6.7.1. La apropiación

Existe apropiación cuando se aprehende una cosa con ánimo de hacerse dueño de la misma (Lafaille, como se citó en Mariani, 2004).

Por su parte, Gonzales (2005) sostiene

La apropiación es un título de adquisición de propiedad respecto a los bienes que no tienen dueño o que presentan graves dificultades para que el dueño pueda ser conocido. El derecho tiene horror al vacío (léase a las situaciones de incertidumbre) y, por ello atribuye la propiedad al poseedor, tradicionalmente esta figura se aplica a los bienes sin dueño (*res nullius*), a los abandonados (*res derelictae*) y a los derechos de caza y pesca (p.616).

En el mismo sentido Ramírez (2007) señala que es la toma de posesión a título de propietario: 1º de un bien mueble *nullius*, 2º Pero el bien está en el comercio jurídico; en suma, la aprehensión es un modo originario de adquirir la propiedad de bienes muebles *nullius* a través de un acto unilateral, propiedad que se adquiere por la mera toma de posesión.

Esto es, la apropiación es la aprehensión a título de dueño de un bien mueble que no lo tiene o que razonablemente se lo desconoce.

Dentro de esta modalidad de adquisición de la propiedad encontramos a la caza y la pesca, la que se encuentra regulada en el artículo 930 del Código Civil que prescribe: "Los animales de caza y pesca se adquiere por quien los coge, pero basta que hayan caído en las trampas o redes, o que heridos sean perseguidos sin interrupción", respecto de lo cual Gonzales (2005) sostiene:

La apropiación se produce por la aprehensión de la presa, esto es, la toma de posesión sobre el bien; no obstante ello, la ley considera otros mecanismos sucedaneos de ocupación. Así pues, desde el momento de la captura de redes o trampas, o desde el momento en que se produce la herida en el animal –en caso de ser perseguido inmediatamente hasta su aprehensión- se entiende consumada la apropiación, es decir, la adquisición de la propiedad del bien vacante. En consecuencia, se reputará Propietario a quien produzca la herida decisiva del animal y continúe con su persecución, y no a un hipotético promer ocupate casual (p.623).

1.6.7.2. El hallazgo

“La teoría del hallazgo estudia el destino de los bienes muebles encontrados, los cuales se presumen perdidos o extraviados, a no ser que conste –o se pueda de hechos significativos- su carácter de bienes sin dueño o abandonados” (Álvarez, como se citó en Gonzales, 2005).

En ese sentido, Gonzales (2005) refiere que “el hallador será el que encuentra y recoge el bien perdido. No basta ser el primero en divisar el objeto, es necesario recogerlo como mecanismo idóneo para entrar en posesión. Igualmente a lo que sucede en la apropiación, si el sujeto recoge el bien para efectos de examinarlo y luego lo deja donde estaba, entonces no se habrá convertido en hallador, y no se le aplicarán las normas previstas para el hallazgo” (p.626).

1.6.7.3. Descubrimiento de tesoros

Mariani (2004), indica que se entiende por tesoro “todo objeto que no tiene dueño conocido y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros o en los lugares públicos destinados a la sepultura de los muertos” (p. 223).

En el mismo sentido Ramírez (2007) señala que “tesoro es un objeto o bien mueble de valor que, por cualquier motivo (verbigracia guerra, terremoto), queda enterrado o sepultado (en un predio o inmueble) u oculto (en un mueble) y cuyo dueño no es –o no puede ser- conocido. Por último, no se trata de riqueza natural, como las minas por ejemplo” (p.173).

Al respecto Gonzales (2005) sostiene “el tesoro es un hallazgo falto de dueño por lo antiguo. La antigüedad del hallazgo exime de buscar al propietario a través de la publicación del hecho y confiere unos derechos específicos al dueño del terreno en el que el objeto fue encontrado” (p.632).

Esto es el tesoro es el hallazgo de un bien mueble de valor que no tiene dueño por la antigüedad del mismo, que está enterrado u oculto.

1.6.7.4. Acciones fluviales

Dentro de las acciones fluviales nos vamos a ocupar del aluvión y la avulsión.

El aluvión, “consiste en el incremento o acrecentamiento de tierras (o sedimentos de cascajos) que se forman sucesiva, paulatina e imperceptiblemente en los fundos y predios rivereños (o sea, confinantes con la ribera o margen de los ríos) por defecto de la corrientes de las aguas” (Ramírez, 2007, p.191), en el mismo sentido, Picazo y Gullón (como se citó en Ramirez, 2007), señalan que el aluvión es el arrastre de tierra, lúgamo y otras circunstancias que el curso normal de un río lleva consigo. Este lento arrastre produce al mismo tiempo que erosión en sus tierras, sedimentación de las sustancias arrastradas en otras, es decir, imperceptibles y paulatinos desplazamiento de tierras.

De igual modo, Gonzales (2005) refiere “el aluvión consiste en las uniones de tierra o incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes de agua, los cuales pertenecen al propietario del fundo” (p.639).

Por otro lado, la avulsión “es la agregación violenta por acción de una corriente de agua, cuando un río parte una heredad y lleva parte de ella a otra, es decir, que la violencia o fuerza de un río arranca una porción de un terreno o campo ribereño y la adhiere a otro también ribereño” (Ramírez, 2007, p. 193).

Igualmente, Gonzales (2005) indica que “la avulsión se produce cuando una parte considerable y conocida de un fundo contiguo al curso de un río o torrente es arrancado de él y transportado por la fuerza de las aguas hacia un fundo inferior hacia la rivera opuesta” (p.640).

Esto es, el aluvión es el acrecentamiento de un terreno por el arrastre constante que ocasiona el curso de un río, de las tierras de otro predio ribereño, mientras que la avulsión consiste en el desprendimiento violento de parte de un terreno ribereño a consecuencia de la corriente de agua, que es llevado a otro.

1.6.7.5. Accesión de edificaciones o industrial

Para Ramírez (2007) es aquella forma de accesión inmobiliaria que resulta por obra del hombre, en ella se regulan los conflictos que se originan entre el dueño del suelo o terreno y el propietario del edificio, es decir, de lo construido sea porque se ha edificado en terreno ajeno o con materiales ajenos.

Ahora bien, la construcción en terreno ajeno se da cuando una persona con materiales propios edifica o construye sobre un terreno que no le pertenece; esa circunstancia pasa a ser, en principio, por efecto de la accesión, propiedad del dueño del suelo, sin embargo, la ley establece diferencias y resuelve los conflictos que

se presenten según que el edificador haya construido de buena o mala fe en el terreno ajeno (Ramírez, 2007).

Así, respecto a la edificación de buena fe en terreno ajeno, el artículo 941 del Código Civil establece “Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial del terreno”, de lo que se colige que el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el valor del terreno; mientras que si el propietario obra de mala fe, le corresponde al constructor elegir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial del terreno y si el constructor obra de mala fe, se aplica con mayor razón la máxima “*superficies solo cedit*” y, en consecuencia, el dueño del terreno se convierte automáticamente en titular de la edificación, sin obligación de pagar el valor de ésta (Gonzales, 2005).

1.6.7.6. Usucapión o prescripción adquisitiva de dominio

La prescripción adquisitiva de dominio, es una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien por efectos del tiempo, la que se configura conjugando la inercia del titular despojado con la posesión de quien se irroga el derecho, generando además la extinción de la acción reivindicatoria del anterior dueño (Gonzales, 2005).

Esto es, es una institución jurídica por la cual el poseedor de un bien, busca adquirir la propiedad del mismo a través de una posesión pública, pacífica y continua y bajo la influencia del tiempo, es decir, “es un modo originario de adquirir el derecho de propiedad, pues su adquisición no se basa en derecho anterior alguno; el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera sino que se convierte en titular del mismo, con independencia que antes lo fuese otra persona, porque ha venido comportándose como tal, y es como consecuencia que un nuevo derecho incompatible con el anterior, se establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien antes lo tuviera sobre el mismo” (Ledezma, 2008, p. 681).

Por otro lado, en lo concerniente a las causas derivativas de adquisición de la propiedad o cuando media contrato tenemos a las siguientes:

1.6.7.7. La transmisión de la propiedad mueble

La legislación peruana considera un sistema mixto en cuanto a la transmisión o enajenación de la propiedad, a saber: 1) En materia de bienes muebles, la transferencia se efectúa por la tradición, 2) En los bienes inmuebles, por la sola convención o contrato (Ramírez, 2007, p.213).

La tradición “consiste en la entrega de la posesión de la cosa con ánimo del que da (*tradens*) y del que recibe (*accipiens*) de transmitir y adquirir, respectivamente, el derecho (propiedad, usufructo u otro que sea) sobre ella” (Albadalejo, como se citó en Ramírez, 2007).

A su vez, Ramírez (2007) sostiene que la tradición consiste:

En la entrega (no necesariamente material, puede ser jurídica) de la posesión de un bien mueble por parte de quien enajena (no siempre el propietario) con ánimo o finalidad traslativa (usualmente es la propiedad), de ahí podemos concluir señalando ciertos requisitos indispensables: 1. La tradición supone entrega, empero ella no es necesariamente material, puede ser jurídica; 2. Esta entrega se verifica por cualquier persona. Puede hacerla el propietario o cualquier otra persona que se crea con derecho, 3. La entrega es con estricta finalidad traslativa. Hay un ánimo del transferente (*tradens*) de transferir y del que recibe (*accipiens*) de adquirir el derecho que no siempre es el de propiedad, y, 4. Es un medio ordinario de adquirir la propiedad (mueble) entre vivos. La tradición es por eso un modo derivado de adquirir el dominio, sólo opera entre personas vivas, por acto jurídico (p.214).

De ello se colige que para nuestro ordenamiento jurídico la transferencia de la propiedad mueble se realiza con la tradición, es decir, con la entrega de la posesión de la cosa material o jurídica, que realiza el transferente al adquirente o a un tercero autorizado por éste.

1.6.7.8. La transmisión de la propiedad en bienes inmuebles

El artículo 949 del Código Civil establece que “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

Gonzales (2005) sostiene que nuestro Código opta claramente por el principio consensualístico, el que señala que el consentimiento perfecciona la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor deba ser considerado propietario de la cosa.

De igual manera Ramírez (2007) señala que el artículo 949 del Código Civil enuncia el principio de que la propiedad inmobiliaria se adquiere y transmite por la sola obligación, en otras palabras, sólo el intercambio de voluntades o *solus consensus* perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria, de tal suerte que el contrato de compraventa de un inmueble, es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea las obligaciones de dar) y su modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador).

Así entonces, los modos de adquirir la propiedad son originario y derivativo, el originario puede ser, hechos jurídicos en sentido estricto o actos jurídicos en sentido estricto, en los primeros es irrelevante la voluntad humana ya que los efectos jurídicos están predeterminados por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo el aluvión o la avulsión, y en los segundos si bien interviene el ser humano y el ordenamiento jurídico valora su intervención sólo respecto de la vinculación, los efectos jurídicos son determinados por el ordenamiento jurídico como por citar alguno el hallazgo y la prescripción adquisitiva de dominio; mientras que los derivativos son a consecuencia de los negocios jurídicos, esto es, de la autorregulación de intereses de los particulares para satisfacer sus necesidades, en los cuales la propiedad se transfiere por el sólo consenso de los celebrantes del mismo.

En ese sentido, quien celebra un negocio jurídico derivativo de propiedad, por el conceso del mismo adquiere la propiedad del bien materia de transferencia desde ello, es decir, para el adquirente dicho bien pasa a formar parte de su esfera patrimonial, así como también las expectativas económicas que se generen producto de la celebración de dicho negocio jurídico, y para el transferente se introduce en su patrimonio la retribución percibida por dicho negocio (puede haber incurrido en gasto con la esperanza de obtener una ganancia) y a la vez las expectativas generadas, ya que quienes se vinculan para la celebración de un negocio jurídico lo hacen para regular sus intereses y satisfacer sus necesidades.

1.6.8. La propiedad como derecho fundamental

La propiedad privada “ha ocupado siempre un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos en los que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada” (Diez, 2003. p.448).

A la vez, Rey (2001) sostiene que “el derecho a la propiedad privada no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, por tanto al Estado de Derecho, también lo está a principios democráticos, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia. Toda libertad es efímera sino existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible” (p.248).

En ese sentido, Castillo (2006) refiere que el derecho constitucional a la propiedad tiene una dimensión subjetiva y objetiva, respecto a la primera indica que se ha de reconocer como contenido constitucional de un derecho fundamental todo un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular, a través de cuyo ejercicio se conseguirá

lograr la finalidad del reconocimiento del derecho de propiedad, mientras que por la segunda, el contenido constitucional de un derecho fundamental no se agota con su dimensión de libertad o subjetiva, sino que abarca igualmente una dimensión objetiva, prestacional o social. A través de esta dimensión, y dado el especial significado de los derechos fundamentales, el poder político se vincula a los derechos fundamentales comprometiéndose a garantizar y favorecer su plena vigencia, adquiriendo con ello una serie de obligaciones, no sólo negativas de no acción, sino especialmente positivas de acción. En lo que respecta al derecho de propiedad, es innegable la existencia de esta dimensión y de los correspondientes deberes que de ahí se generan para el poder político. Todos estos deberes –de acción y de no actuación–, como no podía ser de otra manera, van en la línea de promover la plena vigencia de un contenido constitucional

Por su parte, Gonzales (2005) precisa que la propiedad es un derecho individual que se divide en dos planos, libertad de acceso y libertad de ejercicio, ya que el negocio jurídico y el derecho subjetivo, entre ellos la propiedad, están al servicio de la libertad de los individuos, pero con finalidades diferentes, la propiedad tiene una finalidad estática de conservación y tutela, mientras que el negocio jurídico tiene una finalidad dinámica de desarrollo y renovación, empero, ambos se rigen por los principios de iniciativa y autorresponsabilidad privada, en ese sentido, la posibilidad de disponer de los propios intereses en el ámbito de las relaciones sociales y económicas representa un elemento esencial de la libertad y constituye hoy un valor irrenunciable de la civilización, por ello no llama la atención que desde el primer constitucionalismo se haya reconocido a la propiedad como un derecho fundamental de la persona.

Así entonces, la propiedad es un derecho fundamental que acoge al sentimiento humano innato de apropiarse de las cosas para satisfacer sus necesidades y lograr el desarrollo de su personalidad, al cual le es consustancial la libertad y dignidad del individuo, que se rige por los principios de iniciativa privada (puesto que sin libertad no existiría la posibilidad de apropiarse de una cosa para satisfacer necesidades y lograr el desarrollo de la personalidad) y autoresponsabilidad (ya que la propiedad no es un derecho absoluto sino que debe respetar a los derechos de terceros), cuya finalidad es mantener su conservación, así como la posibilidad de disponer de sus propios intereses.

Así pues, el derecho fundamental a la propiedad se encuentra consagrado en el inciso 2), artículo 16 y en el artículo 70 de nuestra Constitución, sobre cuya regulación Gonzales (2005) refiere que es “el instrumento que posibilitan la libertad de actuación del individuo en la vida económica, en este caso específico se trata de garantizarle al propietario una amplia libertad para acceder a la propiedad, pero una vez alcanzado ese objetivo se garantiza la libertad en el ejercicio de su derecho, de esta manera queda proscrita toda interferencia estatal cuyo fin sea despoja al individuo” (p.518).

En consecuencia, “el derecho a la propiedad que reconoce la Constitución es un derecho individual de libertad, propio de su naturaleza de derecho subjetivo, lo que implica el reconocimiento normativo del interés de un sujeto sobre un bien, mientras los terceros quedan colocados en situación de extraneidad total, ya que éstos no tiene un deber concreto frente al titular del derecho” (Gonzales, 2005, p.518).

En ese sentido, “la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica. Al respecto, Gregorio Badeni, comenta que, incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción” (STC N.º 0008-2003-AI/TC).

Así entonces, queda claro que el derecho fundamental a la propiedad, comprende no sólo el ámbito de dominio de los derechos reales, sino también a los intereses apreciables económicamente, en consecuencia, la frustración de una expectativa concreta, producto de la declaración de anulabilidad de un negocio jurídico, forma parte del derecho fundamental a la propiedad.

Dicho ello, podemos señalar que en el modelo del Estado Constitucional de Derecho los derechos fundamentales, se caracterizan por albergar un contenido especial que los diferencia de las reglas, así como que la interpretación de éstas debe hacerse tomando como base los derechos fundamentales, pues estos irradian a toda norma infraconstitucional.

Así entonces, el artículo 207 de nuestro Código Civil de 1984, establece una regla prohibitiva, que consiste en negar la posibilidad de que la parte afectada con la declaración de anulabilidad del negocio jurídico por error,

pueda ser indemnizada, empero, en una sociedad como la nuestra, acaso el receptor no puede abstenerse de advertir su error al declarante con el fin de lucrarse y como consecuencia de ello causarle un daño, o el declarante incurrir en error por una equivocación grosera y al declararse la anulabilidad se frustrarían las expectativas del destinatario causándole un perjuicio.

En efecto, una de las consecuencias de la irradiación del derecho fundamental a la propiedad, es la protección de la misma cuando ésta ha sido alterada a través de la responsabilidad civil a fin de que se restablezca el equilibrio perturbado, la que a su vez tiene como base el principio de reparación integral, por el cual se busca que la reparación sea en la misma magnitud del daño causado y el de razonabilidad que establece que toda exclusión de responsabilidad debe ser extremadamente justa.

Por tanto, ante el conflicto entre una regla que vulnera el derecho a la propiedad al restringir que sea reparado, como es el citado artículo 207 del Código Civil de 1984, y el derecho fundamental a la propiedad, establecido en el artículo 2), inciso 16), de nuestra Constitución Política, debe prevalecer el mencionado derecho ya que éste está siendo limitado injustificadamente al no permitir siquiera la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional para obtener una indemnización por el daño causado en la anulación del negocio jurídico por error.

CAPÍTULO III

HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO

1.1. Definición de Hecho Jurídico

A continuación, desarrollaremos la clasificación de los hechos jurídicos, pues ello nos permitirá distinguir las diferencias entre hecho, acto y negocio jurídico, así como cuál es la teoría que adopta nuestro Código Civil de 1984, en su Libro II.

En efecto, se señala que al ser el hecho un suceso que transforma el mundo externo, el hecho jurídico será todo acontecimiento que genera efectos jurídicos; así, León refiere que hecho jurídico es un *a priori*, que lleva en sí una determinación ontológica, así como que definirlo es una tautología, ya que en el mundo de los hechos unos caen dentro del reino del derecho y otros no, y que la elección de ello lo realiza el hombre, así como que es más apropiado llamarlo hecho “jurígeno” (León, 1997).

Por su parte, Betti (2000) sostiene que hechos jurídicos son los “hechos a los que el Derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones jurídicas preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas” (p.3)⁴. En el mismo sentido Vidal (1998) indica que

⁴ Agrega el mencionado autor que, “el esquema lógico del hecho jurídico, reducido a su expresión más simple, se obtiene mostrándolo como un hecho dotado de ciertos requisitos, presupuestos por la norma, que inciden en una situación preexistente (inicial) y la transforma en una situación nueva (final), de modo que constituya, modifique o extinga, poderes y vínculos o calificaciones y posiciones jurídicas. La eficacia constitutiva, modificativa o extintiva, se le atribuye al hecho

“la noción doctrinaria de hecho jurídico se remonta a Savigny, para quien es el hecho que produce una adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos. De ahí, la generalizada noción de que el hecho jurídico es todo hecho que produce una consecuencia de derecho y a la que se le agrega, como un vocablo más propio, el de jurígeno. Así pues, hecho jurídico o jurígeno, en la noción generalizada de la doctrina, viene a ser el hecho que, por sí, o junto con otros, produce efectos jurídicos y se constituye mediata o inmediatamente, en fuente de toda relación jurídica o en causa de su extinción” (p.31).

Igualmente, Torres (2007) refiere que “los hechos son o no son jurídicos según que tengan o no consecuencias jurídicas ligadas por el Derecho. En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes, tienen consecuencias de Derecho y otros no. A los primeros se les denomina jurídicos y a los otros se les llama hechos no jurídicos o simplemente hechos” (p.36).

Las referidas nociones son acordes a la de Moreyra (2005) quien sostiene que “hay hechos que no interesan al derecho, son hechos no jurídicos y no generan consecuencia alguna de derecho, son jurídicamente intrascendentes porque carecen, a juicio del legislador, de resonancia económica o social y debido a ello, la ley no les asigna efectos. Hay otros sucesos que, generalmente, si interesan al derecho, y éste hace que produzcan consecuencias jurídicas, por ello se les denomina hechos jurídicos. Hecho jurídico, en su sentido más amplio, es toda

jurídico en relación a la situación en que se encuadra, en cuanto que forma con ella (como supuesto de hecho) objeto de previsión y de estimación jurídica por parte de la norma que declara aquella eficacia. La valoración de un hecho como jurídico se expresa justamente, al unir a la situación jurídica prevista en la que él incide (supuesto de hecho), una situación jurídica nueva, que se refiere a aquella preexistente y desde la que se desenvuelve” (Betti, 2000, p. 3).

causa o situación de hecho al que la ley hace capaz de generar un efecto de derecho” (p.44)⁵.

Así entonces, de acuerdo a la mencionada doctrina, hecho jurídico es todo acontecimiento que genera efectos jurídicos, para lo cual, tal acontecimiento debe estar previsto en el ordenamiento jurídico, concretamente en un supuesto normativo, y es éste quien al verificar su configuración en el mismo, le otorgará efectos jurídicos creando así un hecho jurídico, esto es, es el derecho quien atribuye trascendencia jurídica a determinados acontecimientos, creando nuevos, evidentemente con eficacia jurídica, caso contrario estaríamos solamente ante un hecho; lo cual quiere decir, que no podrían existir hechos jurídicos que no produzcan efectos jurídicos.

Sin embargo, existen supuestos que escapan a dicha inferencia lógica inductiva, y consecuentemente la invalidan, generando que las referidas nociones sean reformuladas y mejor comprendidas; por ejemplo, la figura de los esponsales, que se encuentra regulada en el artículo 239 de nuestro Código Civil de 1984, el cual prescribe: “La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma”; esto es, existe un supuesto normativo que regula la promesa de contraer matrimonio que se realizan dos novios, pero ante su incumplimiento no existe

⁵ De similar opinión es Compagnucci (1992) quien sostiene que, “resulta sendero común afirmar que son los hechos los que dan basamento al derecho y que por lo tanto sin hechos no hay derecho. Los hechos jurídicos son sólo aquellos que tiene relevancia jurídica, es decir, producen efectos jurídicos. Vemos así que cuando a lo fáctico el derecho le otorga una consecuencia jurídica, el hecho es jurídico. En cambio cuando se le priva de esas consecuencias, por carecer de ellas o negárseles efectos a los que tenía anteriormente, el hecho no es jurídico” (p.1); y también Albadalejo (1993) que define al hecho jurídico como “todo acontecimiento o estado –en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)– al que por su sola realización, o conjuntamente con otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho Objetivo” (p.5).

posibilidad alguna de coaccionar a quienes celebraron dicha figura para que cumplan con su “promesa”, por ende, dicho acontecimiento no produce efectos jurídicos intersubjetivos para ello, a pesar de que se encuentra debidamente regulado como un hecho jurídico hipotético.

En efecto, para comprender la naturaleza real de los hechos jurídicos, debemos entender el modo en que un hecho se convierte en jurídico, en ese sentido Navarreta (2008) sostiene que “la característica de los hechos jurídicos es la capacidad de producir efectos jurídicos, en virtud de su previsión de una norma. Todo el dinamismo del sistema privatístico se fundamenta en la categoría de los hechos jurídicos. Se trata de un género muy amplio, que incluye no solo la realidad diversificada, sino también las tipologías jurídicas diferentes en los contenidos y en la normativa. Elemento unificador, es sólo el acto de inicio: la previsión en el hecho jurídico hipotético de una norma que confiere al hecho relevancia jurídica, haciéndolo idóneo para producir efectos jurídicos” (p.292).

En el mismo sentido, Von Tuhr (1947) señala:

De igual manera que los acontecimientos del mundo externo, el mundo jurídico está sujeto al principio de razón suficiente. Entre *factum* y efecto jurídico existe una relación de causalidad que no descansa en el orden natural sino en la voluntad de la ley, y, así como la causalidad en los acontecimientos naturales, en último análisis se basa en la estructura del pensamiento humano. La modificación jurídica únicamente acontece cuando se ha realizado el *factum* que exige; cuando existe el *factum* correspondiente al mandato de la ley, ella sigue con necesidad ineludible, en cierto modo automáticamente, y en el momento mismo en que el *factum* se perfecciona: lo mismo que en la naturaleza física, entre causa jurídica y efecto no existe un lapso susceptible de medición (p.3).

Igualmente, Galgano (2001) sostiene que “en los términos más generales se suele definir como hecho jurídico todo acontecimiento, natural o humano, cuya verificación haya sido enlazada por el ordenamiento jurídico con un efecto jurídico determinado, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas (p.79).

Por su parte Morales (2010) refiere:

El hecho jurídico forma parte de un conjunto llamado mundo jurídico. Este mundo está conformado por los sujetos, objetos, actos y hechos. ¿Qué los hacen jurídicos? Constituyen datos esenciales de la juridicidad: (a) la norma jurídica y (b) los hechos por ella calificados. Sin norma jurídica y sin la concurrencia de los hechos por ella previstos no es posible hablar de derecho. Cualquier tentativa de tratar el fenómeno jurídico sin considerar conjuntamente esos dos elementos llegará fatalmente a fracasar, por despreciar su propia sustancia. De ahí que es fundamental estudiar la norma jurídica vinculada con la realidad. Por eso para un estudio del fenómeno jurídico deben ser considerados los datos siguientes: (i) la existencia de la norma jurídica, con vigencia, que describe el mundo jurídico, definiendo abstractamente los hechos de la realidad [*soportes fácticos*] y atribuyendo a los hechos jurídicos respectivos la eficacia jurídica propia, (ii) la eficacia de la norma jurídica, que está constituido por su incidencia en la realidad [*soporte fáctico*], juridizándolo (=creando el hecho jurídico); (iii) la verificación de la eficiencia de los elementos de la realidad [*soporte fáctico*], constatando la perfección de los actos jurídicos *latu sensu* lícitos y la aptitud de los hechos jurídicos de producir su eficacia final. Nótese que en el nivel (i) se menciona a la norma jurídica en función del hecho jurídico hipotético y del efecto jurídico hipotético. En el nivel (ii) aparece en el mundo jurídico el hecho jurídico concreto. Y en el nivel (iii) aparece en el mundo jurídico el efecto jurídico concreto. De otro lado, el espacio y el tiempo forman parte del mundo de la realidad. Todo fenómeno de la realidad puede ser considerado espacial y temporalmente. Espacialmente se configura el objeto, temporalmente se configura el hecho. Los dos niveles están estrechamente ligados. Los mismos objetos humanos son los sujetos del espacio y los actos humanos son los hechos del tiempo porque se desarrollan temporalmente. Así como los hechos están vinculados a los objetos, también los actos están relacionados a los

sujetos. Entonces, en el mundo de los seres humanos no hay duda que nos movemos en dos niveles. En el espacio están los objetos y los sujetos. En el tiempo están los hechos y los actos. De ahí que la norma jurídica y el mundo real están intensamente ligados. No se puede hablar del uno sin el otro. Los objetos, los sujetos, los hechos y los actos están permanentemente moviéndose en la realidad. Lo que hace la norma jurídica es normar esos elementos del espacio para permitir crear un lenguaje jurídico hipotético y concreto (p.18).

Por tanto, para definir qué es un hecho jurídico no sólo se debe tomar en cuenta el clásico binomio que contempla que se produzca un acontecimiento y que éste deba estar previsto en un supuesto normativo, sino que además se le debe agregar un tercer elemento referido a la eficacia de la norma, es decir, que el acontecimiento tenga la posibilidad de producir efectos jurídicos; así entonces, hecho jurídico es aquel acontecimiento previsto hipotéticamente por un supuesto normativo y que eventualmente pueden producir efectos jurídicos.

Definido lo que debemos entender por hecho jurídico, ahora procederemos a explicar su clasificación para poder establecer las diferencias entre acto jurídico y negocio jurídico.

1.2. Clasificación de los Hechos Jurídicos

“Los hechos jurídicos pueden ser naturales (como la muerte o el nacimiento de un ser humano, un aluvión que destruye las plantaciones), o humanos (como el contrato o el delito). Todo suceso o falta de él proviene de la naturaleza o del comportamiento humano, tan cierto es esto, como que en el universo solo existen objetos y sujetos” (Torres, 2007, p.34).

Agrega el mencionado autor:

A los hechos humanos se los denomina actos y pueden ser voluntarios si han sido realizados con discernimiento intención y libertad o involuntarios

cuando falta alguno de estos elementos o todos ellos. Los voluntarios pueden ser lícitos si son conformes con el ordenamiento jurídico, e ilícitos si son contrarios al ordenamiento jurídico (verbigracia, el robo, el fraude). Los actos lícitos a su vez, pueden ser: a) con manifestación de voluntad encaminada a conseguir directamente una consecuencia de Derecho consistente en crear, regular, modificar o extinguir alguna relación jurídica (el matrimonio, el testamento, el contrato), a estos se les denomina actos jurídicos o negocios jurídicos; o, b) sin que la manifestación de voluntad esté destinada a crear, modificar o extinguir directamente relaciones jurídicas (pintar un cuadro, sembrar un fundo), a estos se los denomina actos meramente lícitos o simplemente actos lícitos. De otro lado, los actos humanos voluntarios ilícitos pueden ser dolosos si han sido realizados con intención (el homicidio, la inejecución deliberada de las obligaciones contractuales) o culposos cuando han sido realizados por negligencia o imprudencia (un accidente de tránsito que causa daño a una persona, la inejecución de la obligación por negligencia del deudor) (Torres Vásquez, 2007, p.35).

En el mismo sentido, Vidal (1998) señala:

El hecho jurídico puede estar constituido por un acontecimiento de la naturaleza y también por sucesos originados por la intervención humana; los hechos naturales son los que se producen independientemente de la voluntad humana, cuya causa radica en fenómenos de la naturaleza, pero cuyos efectos deben ser considerados necesariamente para la calificación del hecho como jurídico. La cuestión que se plantea es si los hechos naturales pueden interesar al Derecho o si le son relevantes. Si el hecho da lugar a una adquisición, modificación o extinción de un derecho será necesariamente un hecho jurídico. Por el contrario, será irrelevante al derecho si no se produce ninguna consecuencia jurídica. Los hechos humanos son los que se producen con la intervención de la voluntad humana y que, por ello, le son dependientes. Por esta presencia de la voluntad humana son necesariamente hechos jurídicos. Es generalizado el criterio de que los hechos humanos pueden ser voluntarios e involuntarios, pero ambos caracterizados por la voluntariedad, entendida ésta como el aspecto activo y dinámico de la vida humana, como su fuerza animadora dirigida hacia algo o contra algo. Por ello, los hechos humanos voluntarios

son aquellos que se quieren voluntariamente, aunque sus efectos puedan o no haber sido previstos, mientras que los hechos humanos involuntarios son aquellos que se realizan sin intención, y aún sin discernimiento, pero con voluntariedad, derivándose una consecuencia no deseada ni prevista (p.36).

Por su parte, Cifuentes (2004) sostiene que “los hechos jurídicos pueden ser, hechos externos o naturales y humanos, los primeros se producen con total independencia del hombre, mientras que los segundo no; en actos voluntarios e involuntarios, los que se distinguen si son ejecutados con discernimiento, intención y voluntad; en lícitos e ilícitos, precisando que la licitud es lo permitido, mientras que la ilicitud, lo prohibido, donde la primera se vincula con el ejercicio de la libertad personal, ya que lícito es, todo lo que no está prohibido (p.25).

Empero, de la revisión de las mencionadas clasificaciones se puede apreciar que no existe una clara y justificada distinción entre los distintos tipos de hechos y sus efectos jurídicos, vale decir, no se puede distinguir objetivamente, cuál ha sido el criterio para realizar tales clasificaciones y acogerla sin cuestionarla, sería dejar a un lado el objetivo de este Capítulo, que es realizar una clasificación razonada de los hechos jurídicos.

Así entonces, para comprender la clasificación del hecho jurídico, la doctrina clásica alemana, recurre a la voluntad como criterio determinante; en ese sentido, Von Tuhr (1947) sostiene que “para el derecho privado tiene importancia prevaleciente los actos humanos, esto es, la conducta humana que incide en el mundo exterior, y, en particular la declaración de voluntad, pues, el estado jurídico del derecho privado está sujeto en gran medida a la voluntad de los interesados. También puede tener significado jurídico, hechos de la vida espiritual interna, aunque no aislados, sino en relación con hechos exteriores; ejemplos: intenciones, motivos, supuestos, conocimiento o ignorancia de hechos, dolores físicos y morales. Frente a los hechos de la vida espiritual está la masa de los hechos objetivos: modificaciones

del mundo externo (por ejemplo: nacimiento y muerte), creación, modificación, unión, separación y extensión de cosas, etc” (p.7).

En la doctrina italiana, Betti (2000) señala:

Los hechos jurídicos pueden ser clasificados según distintos criterios, que se deducen: a) de su naturaleza objetiva, por sí sola; b) del modo como son considerados y valorados por el orden jurídico y; propiamente, según la influencia que éste atribuye al comportamiento humano; a) Bajo el primer aspecto, los hechos se distinguen en: 1º Hechos en sentido estricto y estados de hecho, según que se agoten en eventos instantáneos o bien configuren situaciones de carácter más o menos duradero; 2º Hechos positivos y negativos, según que consistan en el mudar o en el perdurar, sin variación de un estado de cosas actual, previamente determinado; 3º Hechos (supuestos) simples y complejos, según que consten de un solo hecho o de varios elementos de hechos conexos, sean estos contemporáneos entre sí o bien sucesivos en el tiempo; b) Bajo el segundo aspecto, se distingue: I) Actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto, y; II) Actos lícitos y actos ilícitos. La distinción entre actos y simples hechos jurídicos se formula en relación a la influencia jurídica que le sea o no reconocida a la voluntad humana. La distinción entre actos y hechos jurídicos, sólo tendrá sentido en cuanto admita por base el modo en que el ordenamiento jurídico considere y valore un hecho dado. Si el orden jurídico toma en consideración el comportamiento del hombre en sí mismo y, al atribuirle efectos jurídicos, valora la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina, el hecho se deberá calificar de acto jurídico. Y, en cambio deberá ser calificado de hecho cuando el Derecho tenga en cuenta el hecho natural como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente concurrente, o bien cuando, pese a considerar la acción del hombre sobre la naturaleza exterior, no valora al hacerlo tanto al acto humano en sí mismo como el resultado de hecho que acarrea, es decir, la modificación objetiva que aporta al estado de cosas preexistente (p.435).

Por su parte, Santoro (1964) precisa:

De ordinario, suelen considerarse hechos jurídicos en sentido estricto, los hechos naturales, entendiéndose por tales, los hechos productores de consecuencias no efectuados por el hombre, como el nacimiento o la muerte de las personas físicas o las modificaciones de la materia circundante, frente a los cuales los hechos humanos se conceptuarían como actos jurídicos. Pero, el criterio de distinción entre los hechos y los actos debe centrarse, por el contrario, en la trascendencia de la voluntad humana del hecho. El hecho, incluso el realizado en concreto, por un hombre y un voluntario respecto de éste, no deja de ser un hecho en sentido estricto si, al hacer depender de él consecuencias jurídicas, el ordenamiento prescinde de la circunstancia de que provenga o no del hombre, o de que, proviniendo del hombre, sea o no voluntario. En otras palabras, son actos solamente aquellos hechos que para ser idóneos que para producir consecuencias deben ser voluntarios. Hay que catalogar, por tanto, en la categoría de los meros hechos jurídicos no sólo los hechos extra humanos de la naturaleza, sino también los hechos que son del hombre, pero que podrían no serlo, y que son voluntarios, pero que podrían no serlo. No puede objetarse que en los hechos humanos la atribución de los efectos jurídicos depende de la individualización del sujeto agente. No puede deducirse, en efecto, que tales hechos hayan de considerarse actos en sentido estricto, porque la atribución subjetiva de los efectos no se deriva de la naturaleza de aquellos hechos, sino del nexo de causalidad existente entre los efectos y la realización del hecho. Para todos los hechos es verdadera la afirmación de que, verificándose el hecho, se derivan necesariamente las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico (p.114).

En el mismo sentido, Navarreta (2008) refiere:

La clasificación de los hechos jurídicos debe ser examinada sobre dos aristas, a) la distinción basada sobre la naturaleza, lícita o ilícita del acto, y; b) la clasificación basada sobre la llamada fenomenología de la voluntad, vale decir, sobre la incidencia de la voluntad del sujeto respecto a la producción del efecto jurídico; el primer criterio permite distinguir los actos que generan efectos que son lícitos de los actos que no producen efectos

si son ilícitos, porque violan reglas del derecho. Entre los actos lícitos pueden mencionarse el contrato (por ejemplo, un contrato de compraventa), que, para producir efectos debe ser lícito, mientras si es ilícito, resulta nulo y, consecuentemente, improductiva de efectos. Viceversa, entre los actos ilícitos puede incluirse el ilícito civil (por ejemplo, la responsabilidad extracontractual). Un comportamiento dañoso es fuente de efectos jurídicos, en particular del deber [*obbligó*] al resarcimiento del daño, si es ilícito, porque sin justificación lesiona un interés jurídicamente protegido, piénsese en el asesinato de un hombre ocasionado por una conducta voluntaria o culposa; viceversa, el mismo comportamiento es justificado por ley (por ejemplo cuando concurren presupuestos de la legítima defensa) o no compromete un interés jurídico, el acto en cuanto ilícito, no genera el efecto del deber [*obbligó*] al resarcimiento del daño; b) Clarificada esta primera distinción, más complejo es ilustrar este segundo criterio de clasificación que tuvo históricamente una importancia fundamental, pero que actualmente tiene y debe ser considerada en una perspectiva renovada. La clasificación tradicional está basada sobre el dato estructural de la relevancia de la voluntad de un sujeto en la producción de los efectos jurídicos y, por tal razón, distingue al interior del hecho jurídico entre: Actos según los cuales el efecto jurídico se produce en cuanto es querido por el sujeto (voluntad de los efectos): el contrato y la más amplia categoría del negocio jurídico (en un contrato de compraventa, por ejemplo, las partes, no quieren solo realizar el acto; sino también producir los efectos de la transferencia de la propiedad sobre un bien y el pago del precio). Actos según los cuales el efecto jurídico se genera porque el sujeto quiere el acto independientemente de la voluntad del efecto (voluntad del acto): el acto jurídico en sentido estricto (por ejemplo en el acto ilícito el sujeto debe conocer su conducta, pero no es necesario que quiera el efecto del deber [*obbligó*] de resarcimiento del daño que el acto produce). Hechos según los cuales el efecto se produce únicamente por acontecimiento material o por un comportamiento humano que prescinde de la voluntad de un sujeto (irrelevancia de la voluntad): hechos jurídicos en sentido estricto (por ejemplo, el aumento espontáneo de plantas hace adquirir su propiedad de quien es titular del fundo prescindiendo de su voluntad). Tal articulación deriva del peculiar resalto atribuido—especialmente en una fase de evolución del pensamiento jurídico- a la voluntad del sujeto de producir efectos, sea en la concepción

del contrato, sea en la construcción de la más extensa categoría del negocio jurídico, caracterizada propiamente como elemento unificador de la voluntad de los efectos jurídicos (p.292).

La referida autora concluye señalando que, la clasificación interna de los hechos jurídicos se distingue entre: Actos de autonomía privada, según los cuales se ejercita un poder privado autónomo de reglamentación de intereses destinado a producir efectos jurídicos. Actos jurídicos en sentido estricto, según los cuales el privado no ejercita algún poder autónomo, pero debe simplemente querer o ser consciente del hecho que ejecuta; y, hechos jurídicos en sentido estricto, que son acaecimientos naturales o comportamiento humanos, según los cuales es irrelevante la voluntariedad del comportamiento (Navarreta, 2008).

Morales (2010) sostiene “que las legislaciones, doctrinas y jurisprudencias regulan y protegen intereses y no voluntades, por ende, el hecho jurídico ya no se fundamenta en la voluntad, sino en el interés, lo que no significa que la voluntad no exista o no sea importante, sino que tiene una participación menor en la definición de hecho jurídico; cabe precisar, que el interés es aquella situación de necesidad humana que será satisfecha mediante un bien” (p.16).

Asimismo, el mencionado autor refiere:

En un sentido amplio los hechos jurídicos son los que conducen a la producción de efectos jurídicos. Estos hechos dan origen a la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, lo que es lo mismo, a la adquisición, modificación o a la extinción de derechos subjetivos y de las correspondientes obligaciones. En los hechos jurídicos involuntarios el propio hecho se produce independientemente de la voluntad humana. Por casualidad, una voluntad coexiste con el hecho, pero no tiene ninguna relevancia jurídica. Por el contrario, en los hechos jurídicos voluntarios, la voluntad es la que provoca el propio hecho al cual se dirige. En los hechos jurídicos voluntarios ilícitos, los efectos resultan de la ley (contra la voluntad) y son de dos tipos. Los delitos (intencional) y los cuasi delitos (no intencional). Los hechos jurídicos voluntarios lícitos son de dos clases: a.

En los actos jurídicos en sentido estricto, los efectos resultan de la ley (concuerdan con la voluntad). Ellos son los actos reales y los actos cuasi-negociales. El descubrimiento de un tesoro en terreno ajeno no cercado ni sembrado es un acto real y la promesa recíproca de contraer matrimonio es un acto cuasi-negocial. El acto jurídico en sentido estricto, produce sus efectos independientemente de la voluntad, aunque no raras veces existe coincidencia entre los efectos producidos y la voluntad del sujeto. Los efectos de un acto jurídico se producen por la ley, en virtud de normas imperativas, sin importar si tales efectos son considerados por la voluntad o no; b. En los negocios jurídicos los efectos resultan de la voluntad o son imputados a ella. El negocio jurídico produce sus efectos, que son efectos jurídicos, porque ellos fueron queridos por la voluntad. El negocio jurídico es un acto volitivo final en cuanto a los efectos previstos; es un acto creador respecto de la conformación a las relaciones jurídico – privadas. (p.32).

De ello, se desprende que clasifica los hechos jurídicos en: a) hechos jurídicos en sentido estricto, que son acaecimientos naturales o comportamientos humanos, según los cuales es irrelevante la voluntariedad de comportamiento. b) Los actos jurídicos en sentido estricto, que son los actos que simplemente se quiere o se conoce el hecho que ejecuta. Aquí los autores de los actos jurídicos en sentido estricto tienen que tener capacidad natural. c) Los actos de autonomía privada, que son los actos según los cuales se ejercita un poder privado autónomo de reglamentación de los intereses destinado a producir efectos jurídicos. Aquí los autores de los negocios jurídicos tienen que tener necesariamente capacidad natural y capacidad normativa (Morales, 2010).

Así entonces, para realizar una clasificación de los hechos jurídicos, se debe tener en cuenta que éstos no sólo se fundan en la fenomenología de la voluntad, sino principalmente en el interés; que viene a ser la necesidad humana que será satisfecha; pero sin dejar de lado la voluntad, en ese sentido, los hechos jurídicos pueden ser clasificados en:

- a) Hechos jurídicos en sentido estricto: que son los acontecimientos humanos o naturales en los cuales es irrelevante la voluntad; vale decir, los efectos estarán predeterminados por el ordenamiento jurídico, sin interesar la intervención del sujeto, por ejemplo el nacimiento, la muerte, la prescripción extintiva.
- b) Actos jurídicos en sentido estricto: es aquel por el cual el acto en sí mismo no tiene el poder de producir efectos jurídicos, sino que estos son producto del ordenamiento jurídico; vale decir, en el acto interviene el ser humano, pero las consecuencias están predeterminadas por ley, el ordenamiento valorará la intervención del sujeto sólo respecto de la vinculación y no a la producción de efectos jurídicos pues ello ya ha sido preestablecido por él, por ejemplo el reconocimiento de un hijo, el matrimonio.
- c) Actos de autonomía privada o negocio jurídico: es el ejercicio del poder privado de las partes de reglamentar sus intereses destinados a producir efectos jurídicos, existe una valoración de la libertad de vinculación, por tanto, de creación normativa (autorregulación de intereses).

En consecuencia, la diferencia sustancial entre acto jurídico y negocio jurídico, es que al primero los efectos jurídicos le son otorgados por el ordenamiento jurídico independientemente de la voluntad, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo, el matrimonio, etc; mientras que en el negocio jurídico son las partes quienes regulan los efectos jurídicos que desean para la satisfacción de sus intereses, los cuales evidentemente deberán estar dentro del marco permitido por nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, cuando el artículo 140 de nuestro Código Civil de 1984, prescribe que el “El acto jurídico es la declaración de voluntad destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)”; conforme a la distinción antes precisada; ha acogido la clasificación basada en la voluntad, empero, hace referencia al negocio jurídico o acto de autonomía privada, es decir, a la libertad que concede el ordenamiento jurídico para la autorregulación de intereses.

1.3. Negocio Jurídico

1.3.1. Origen de la concepción de Negocio Jurídico

Ferri (2001) sostiene que:

Los estudiosos están suficientemente de acuerdo en identificar las raíces de la elaboración de la Teoría General del negocio jurídico en el iusnaturalismo alemán (propenso a la afirmación de la primacía de la razón) de tendencia wolffiana, que conducirá a Daniel Nettelbladt a elaborar una parte general del Derecho, en la que se fijaron los *Kbegriffe und Grundsätze* (conceptos y principios), comunes a la totalidad del sistema, así como a introducir en la literatura jurídica alemana, quizás por vez primera, la formulación del *negotium juridicum*, junto como un intento de sistematización conceptual de la institución, más consciente de otros efectuado por la doctrina, precedentemente, en torno del *actus*” (p.190).

Agrega dicho autor, que se debe subrayar la tendencia de la cultura alemana hacia la elaboración de sistemas y teorías generales para cada rama del saber jurídico, al que se debe su gran desarrollo, a inicios de 1880, bajo la influencia del pensamiento kantiano. La tendencia característica de la cultura alemana, desarrollada a comienzos del Siglo XIX (Betti, 2001).

A la vez, indica que todos los estudios jurídicos, se debieron a un discípulo de Kant: Anselm Feuerbach, que derivó del viejo método iusnaturalístico-tras reconocer la insuficiencia de éste como punto de referencia de una ciencia jurídica renovada- “la posibilidad de una organización racional ideal del material jurídico”. A esta organización científica del Derecho común y del Derecho privado contribuyeron sucesivamente, Hugo, Falck, Reyscher

y la escuela histórica alemana, cuyo representante más ilustre fue sin lugar a dudas, Friedrich Carl von Savigny, quien reconocía en el Derecho romano, justamente, “el ideal de una concepción jurídica científica” (Betti, 2001).

1.3.2. Doctrinas

La doctrina civilística se ha acostumbrado a construir el largo itinerario de pensamiento formado en torno del negocio jurídico, en dos bandos: las teorías subjetivas y las teorías objetivas. Se trata, por cierto, de reconstrucciones algo acomodadizas, pues gran parte de los autores (sobre todo, cuando su voluntad va de la mano con un sereno realismo), salda las contingencias subjetivas con las objetivas, tal y como sucede, por lo demás, en la fisonomía misma de la institución (Betti, 2001).

Las teorías subjetivas fundan la esencia del negocio jurídico en la voluntad de su autor. Esta tendencia se constata cuando la voluntad se considera predominante sobre la declaración o cuando la intención del intérprete se concentra, no tanto en la voluntad –entendida, prácticamente como elemento psicológico (interno a la declaración)- sino en la declaración misma, a través de la cual, la voluntad se ha manifestado hacia el exterior; mientras que las teorías objetivas concentran su atención en el tema de los efectos, el cual tiende a ser desvinculada de la voluntad, para ser reconducido al ordenamiento jurídico⁶ (Betti, 2001).

⁶ Ferri (2001) refiere que es posible, identificar la matriz cultural de las teorías objetivas en la progresiva sustitución de las propuestas de la *Begriffjurisprudenz* (jurisprudencia de fines), ante la aparición de la *Zweckjurisprudenz* (jurisprudencia de intereses) y la *Interessenjurisprudenz* (jurisprudencia de conceptos), es decir, en la progresiva afirmación de un examen de las instituciones jurídicas “en su funcionalidad práctica; más como instrumentos de trabajo que permiten resumir las experiencias de la realidad, que como hipótesis de trabajo, que conduzcan a la elaboración de los conceptos y a las construcciones científicas.

En efecto, dentro de estas dos categorías, la doctrina ha realizado una clasificación con mayor precisión, las cuales desarrollaremos a continuación:

1.3.2.1. Doctrina Voluntarista

Para la concepción voluntarista, el negocio jurídico es la declaración de voluntad dirigida a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; en ese sentido Savigny citado por Scognamiglio (2004), sostiene que es la manifestación de la capacidad natural de la persona para inducir cambios mediante actos de voluntad. Para dicho autor, deben entenderse como negocios o declaraciones de voluntad, aquellos hechos jurídicos que no sólo constituyen actos libres, sino en los cuales, además, la voluntad del agente está encaminada, inmediatamente, a la constitución o a la extinción de una relación jurídica.

Según esta teoría, “la voluntad constituye la esencia del negocio, el elemento fundamental o, para decirlo con Schall, el agente real del negocio jurídico; y solo por su naturaleza de hecho interior, psíquico, es que requiere un elemento exterior, a través del cual manifestarse. El significado práctico de la concepción se identifica, a la luz de las experiencias posteriores de la doctrina, en dos puntos principales: por un lado, la voluntad interna prevalece sobre la declaración en caso de divergencia; por otro lado, la voluntad produce por su fuerza intrínseca sus propios efectos jurídicos” (Scognamiglio, 2004, p.42).

Palacios (2000) sostiene:

A esta doctrina, denominada como la “teoría de las consecuencias”, tiene su fundamento en el conocido dogma de la voluntad. Según ésta, la voluntad es la base para la producción de efectos jurídicos: el querer individual en sí y por sí es tutelable de manera obligatoria por el ordenamiento. La única limitación posible a la autonomía de la voluntad es el orden público y las buenas costumbres (límites extrínsecos). Ello supone una posición protectora del ordenamiento jurídico, que se halla subordinado y limitado en su actuación, ante el simple querer de los particulares (que no sea contrario, al orden público y a las buenas costumbres), a brindar tutela jurídica. En síntesis existe una total ausencia de la función calificadoras en el ordenamiento⁷ (p.30).

De lo expuesto, se evidencia que para esta teoría, la voluntad es la esencia del negocio jurídico, pues, es ella la que va a producir una transformación de situaciones con eficacia jurídica, ya sea creándolas, regulándolas, modificándolas o extinguiéndolas, sin embargo, la crítica principal que se le hace es que la voluntad de los particulares no es aislada, por ende, no puede estar exenta de la cooperación de sus semejantes y de un control por parte del ordenamiento jurídico, en ese sentido, Palacios refiere que desde el punto de vista ideológico, en el modelo de la sociedad en que vivimos, existe la necesidad de cooperación y de afianzar la supremacía del factor social, hecho que conlleva y fundamenta la

⁷ Se debe hacer notar “la vinculación de esta teoría con la Escuela del Derecho Natural, al exaltar la primacía de la razón, y con la Escuela Histórica, en la revalorización del espíritu popular. Ambas teorías concluían en reconocer un poder creativo de derecho a la voluntad de los particulares, el mismo que se debe colocar en la raíz del querer. La concepción del negocio jurídico como declaración de voluntad, colocando al centro de su conceptualización a la voluntad, como elemento preeminente y determinante de los efectos, impone que la verificación del contenido del acto venga reconduciendo a la voluntad efectiva del agente” (Palacios, 2002, p.30).

negación total de la omnipotencia del querer individual, lo que se aprecia en los países en vía de desarrollo como el nuestro, en los que es ilusorio e inútil centrarse en el establecimiento de protección de los intereses particulares que no se encuentren respaldados por el interés social. Asimismo, desde el punto de vista dogmático la expresión “declaración” o “manifestación” de voluntad, no es apta para resumir la esencia normativa del negocio, pues da lugar a fórmulas irreales y artificiosas, ya que si bien la declaración de voluntad es parte esencial de la estructura del negocio, su definición dada no hace más que describirla, dejando de lado el aspecto autorregulador del negocio jurídico, como facultad o poder otorgado a los particulares, lo que sin duda alguna, constituye su esencia caracterizante (Palacios, 2002).

1.3.2.2. Doctrina Antropológica

Para la concepción antropológica, “el negocio es una declaración. La declaración expresa la voluntad de una mutación jurídica. La voluntad de quien declara es una voluntad de mutación de relación jurídica, esto es, una voluntad normativa y preceptiva, que puede establecer deberes y derechos de otras personas” (Morales, 2010, p.109).

El negocio “aparece como declaración, como programa, como participación de este programa. El negocio como declaración, programa óptimamente las mutaciones de derechos o de otras situaciones jurídicas. Los derechos son creaciones del pensamiento humano, son ideas; las mutaciones de los derechos son abstracciones de segundo grado, y también son ideas. Donde

hay una idea consciente y la capacidad de expresar con palabras las abstracciones, las mutaciones tienen un nombre. Este maravilloso instrumento llamado negocio implica un comportamiento (denominado por la voluntad), e implica una declaración que objetivamente suena como propósito [intento] de que exista una determinada mutación de una relación jurídica” (Morales, 2010, p.110).

En el mismo sentido, Scognamilio (2004) señala que esta teoría se apoya principalmente, en una exigencia de orden práctico: que para la protección del tráfico y de la confianza ajena, la declaración, al menos en los negocios *inter vivos*, debe producir sus efectos, ya sea que esté sostenida o no por una voluntad interna correspondiente.

Vale decir, esta doctrina otorga preeminencia a la declaración de la voluntad, concuerde o no con la voluntad interna, considerando que ella en sí misma es la realización de la voluntad, sin embargo, resulta insuficiente para definir al negocio jurídico, pues lo que hace, es determinar qué voluntad debe prevalecer, esto es, la voluntad interna o la voluntad declarada, en otros términos, define al negocio jurídico sólo como la voluntad exteriorizada.

En ese sentido, se critica a esta teoría señalando que no es otra cosa que una solución del problema de la predominancia de la voluntad o de la declaración; se hace coincidir justamente con otro el de la definición del negocio. La necesidad de ampararse siempre en esta última noción, además, del hecho de que el negocio no podría definirse adoptando el concepto de declaración,

de por sí genérico y vacío de contenido, y aquí conviene recordar que, según una autorizada observación, la teoría de la declaración debe ser entendida, justamente en el sentido de que la voluntad obra sólo a través de la declaración, sin que se niegue que el negocio consiste siempre en una “voluntad declarada” (Scognamiglio, 2004).

1.3.2.3. Doctrina Preceptiva

Para la concepción preceptiva, el negocio jurídico es definido como un acto de autonomía privada en el sentido de actos de autodeterminación o de autorregulación de intereses, así Betti (2000) sostiene que el negocio jurídico, es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo (típica en ese sentido).

Betti (2000) profundiza dicha definición señalando:

En el análisis de los elementos de que consta, o mejor en el análisis de los aspectos bajo los que se le considera esta definición, el negocio da lugar a tres distintas cuestiones: a) cómo es (forma); b) qué cosa es (contenido); por qué es (causa). Las dos primeras cuestiones atañen a la estructura (que es forma y contenido); la tercera a la función. A la primera cuestión se debe responder que es un acto consistente, ora en una declaración, ora en un simple comportamiento. A la segunda se responde que contiene y da vida a una disposición, un precepto de autonomía privada en orden a concretos intereses propios de quien lo formula, precepto destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a desplegar inmediatamente los efectos correspondientes. La

declaración, por tanto, tiene una naturaleza preceptiva o dispositiva, y, en consecuencia, carácter vinculante; el comportamiento tiene igualmente, por sí, tal carácter. Con ello se quiere decir que declaración y comportamiento no son simples revelaciones externas, manifestaciones complementarias de un estado de ánimo interno o de un propósito; no son mera enunciación o indicio de un contenido psicológico cuya existencia sea ya jurídicamente trascendente como tal y demostrable en otra forma; enunciación o indicio en una pura eficacia representativa o probatoria y sin fuerza operante propia. Sino que, por el contrario, son determinación ordenadora de una línea de conducta frente a los demás, disposición con la que el individuo dicta reglas a sus relaciones con otros y que alcanza, por tanto, una trascendencia esencialmente social y una eficacia operativa propia, no válida en otra forma; eficacia que primero, lógicamente, se despliega sobre el plano social y después, merced a la sanción del Derecho, está destinada a producirse también sobre el jurídico (p.58).

En el mismo sentido, Albadalejo (1993) refiere que “el negocio jurídico es un instrumento facilitado a la autonomía privada para que los sujetos autorregulen sus propios intereses y relaciones según su voluntad. Ahora bien, el declarante no se limita a querer platónicamente lo que manifiesta, sino que su declaración lo es de una voluntad imperativa; y el derecho concede a esa voluntad expresada, eficacia reguladora. Es él, el que hace que, de lo querido por el sujeto, una reglamentación, convirtiendo en *lex privata* el conjunto de cláusula en que lo querido queda plasmado (p.33).

Vale decir, para esta teoría el negocio jurídico es aquella potestad que otorga el ordenamiento jurídico a los particulares para que en función a sus necesidades autorregulen sus intereses, esto es, serán ellos quienes fijarán los términos y las condiciones de los negocios jurídicos que celebren, los cuales tendrán fuerza vinculante, empero, se critica a esta teoría por ser incompleta, pues, tiene como referencia a la teoría de la declaración de voluntad y se basa en lo que las partes quieren celebrar.

En ese sentido, Scognamiglio (2004) refiere que sólo permite un alejamiento parcial de la teoría de la declaración de la voluntad, y que da lugar a ulteriores y más graves dificultades, pues no hace otra cosa que poner en lugar de la fórmula declaración de voluntad- indicadora al mismo tiempo de la voluntariedad del acto y de su contenido peculiar-, otra fórmula del “precepto querido”.

1.3.2.4. Teoría Institucionalista o Normativista

Para la concepción institucionalista, el negocio jurídico tiene dos niveles, uno subjetivo referido a la potestad de darse un ordenamiento jurídico y otro objetivo consistente en el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos se constituyen para sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros.

Morales (2002), citando a Santi Romano indica que “el negocio antes de ser fuente de derecho subjetivo, es fuente de normas; normas subordinadas a aquellas estatales y por eso secundarias y complementarias; normas no autoritativas, pero vinculadas a ellas, como en los contratos, al menos con la aceptación de quienes

están involucrados como en los testamentos; pero siempre normas y, por eso, leyes; leyes, pero privadas, no públicas” (p.168)⁸.

Sobre esta teoría Palacios Martínez (2002) sostiene:

La concepción normativa, parte de la afirmación de considerar al negocio como fuente de derecho objetivo, basándose principalmente en el aspecto normativo de éste, en la medida que contiene normas que entran en vigor y permanecen vigentes durante un período más o menos largo de tiempo. La explicación de esta posición se encuentra en la construcción de la teoría de pluralidad de ordenamientos jurídicos, propugnada por Santi Romano, y en la afirmación kelseniana de que los aspectos, aparentemente opuestos, de formación y de regulación del Derecho se dan de manera indiscutible en el negocio jurídico y que una peculiaridad importante del Derecho, es la de poder regular su propia creación. Así, el Derecho objetivo creado por el negocio estaría en la escala jerárquica de las fuentes normativas como último peldaño. En tal sentido, se pone énfasis en que la ley ordinaria no es sólo una norma, sino que a su vez es supuesto de hecho de una norma superior: la constitucional. Para esta teoría, en síntesis, el hecho de que el negocio sea supuesto de hecho de una norma jurídica, no impide que a su vez sea creador de

⁸ Asimismo, el mencionado autor, refiere que: “para esta teoría, el negocio jurídico es fuente normativa porque no es un simple hecho o comportamiento, sino también es un acto calificativo (además de regulador) de los hechos o comportamientos que deben realizarse. La esencia y el fundamento de la autonomía no es tanto ser manifestación de libertad, sino en ser manifestación de poder de los privados, y más precisamente, del poder de crear, en concurrencia con otras fuentes, reglas objetivas de conducta, o, si se prefiere, normas jurídicas. De ahí que el negocio jurídico es en último análisis, regla objetiva, expresión del poder (sea originario o derivado) de los privados de crear derecho; poder que, al igual que otro poder, pone en movimiento la vida de las organizaciones y las relaciones sociales, el cual se debe expresar en el ámbito de los límites predeterminados y de los equilibrios que garantizan el funcionamiento de las instituciones”. (Morales, 2010, p168).

Derecho objetivo; por ende, se admite que el negocio es un supuesto de hecho pero se agrega, como esencial, la capacidad creadora de derecho objetivo negocial (p. 40).

En efecto, para esta teoría el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas que crean los particulares para regular los negocios por ellos celebrados, que están subordinadas a las normas estatales, pero esta posibilidad de crear normas jurídicas es a su vez, fuente de derecho objetivo, es decir, de normas generales; la crítica que se le hace, es que al crear derecho objetivo, pierde su esencia respecto a regular los intereses de las partes que son particulares.

Así, Palacios (2002) refiere que “afirmar que la creación de derecho objetivo por los mismos privados, desvincula el negocio de lo querido por las partes (voluntad) y lo convierte en una figura incontrolable por los mecanismos de censura estatal (por ejemplo, buena fe, equivalencia de prestaciones, condena del abuso, etc), viéndose en él un instrumento de dominación capitalista” (p.44).

1.3.2.5. Doctrina Axiológica

Para la concepción axiológica, se puede identificar el negocio jurídico como un acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume relevancia positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles por los valores expresados en el ordenamiento (Ferri, 2002).

El citado autor también indica que

Se ha afirmado que la relación entre ordenamiento y negocio estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión

de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio), expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (ordenamiento estatal), que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde el punto de vista cualitativo, sea desde el punto de vista cuantitativo (p.155).

Sobre esta teoría, Morales (2005) sostiene:

El negocio jurídico contiene valores propios diferentes a los intereses estatales. Es la expresión de un autónomo sistema de valores. El negocio no es un hecho, es un valor; y este valor, encuentra su eficacia y validez, no ya en la adecuación previa de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico, sino en un análisis *ex post* de compatibilidad con dichos valores. El sentido del encuentro entre ordenamiento estatal y negocio, no es tanto aquel de plegar el valor-negocio a los valores propios del ordenamiento estatal, sino más bien aquel de constatar el grado de compatibilidad entre el valor expresado en la regla social, con aquel expresado por las normas del ordenamiento p.100).

Vale decir, para esta teoría el negocio jurídico es un valor, pero contrapuesto a los valores estatales.

1.3.2.6. Doctrina Ecléctica

La concepción ecléctica, sostiene que el negocio jurídico, es un punto de conexión entre los actos lícitos y las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico liga a ellas. Esta concepción del negocio jurídico nos abre los ojos para percibir los aspectos comunes y los aspectos diferentes de los actos humanos lícitos (Morales, 2010).

De lo expuesto, podemos definir al negocio jurídico como una norma jurídica privada de origen social, que permite a los particulares autorregular sus intereses para satisfacer sus necesidades, por la cual van a crear, modificar o extinguir una nueva situación jurídica, compatible con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico; además se debe precisar que nuestro Código Civil de 1984, en su artículo 140, acoge la definición de la teoría voluntarista del negocio jurídico.

1.4. Estructura del Negocio Jurídico

Definido lo que debemos entender por negocio jurídico, ahora toca ocuparnos de la estructura del negocio jurídico, en efecto, para un sector de la doctrina, el negocio jurídico está compuesto por elementos esenciales, naturales y accidentales.

En ese sentido Vidal (1998) señala:

El acto jurídico, si bien, como concepto amplio y general, es una abstracción jurídica, no por ello deja de requerir de una estructura, la cual, por serla, requiere también de componentes. La doctrina no ha uniformizado criterios para la denominación de estos componentes,

aunque la más generalizada es la de elementos (...), los cuales se distinguen en tres órdenes: esenciales, naturales y accidentales; elementos esenciales, son los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico, o sea, que han de estar presentes para que el acto jurídico alcance existencia jurídica, sin que la autonomía de la voluntad pueda soslayarlos o enervarlos. Todo acto jurídico lo necesita como requisito para su validez y eficacia; pero además es necesaria la presencia de otros elementos que son también esenciales, pero en relación a cada acto jurídico en particular. Estos elementos son los que permiten que el acto jurídico abstracto se convierta en un acto jurídico concreto y para que éste pueda alcanzar su nominación y diferenciarse de los demás. Los elementos naturales, son los que están ínsitos en la naturaleza de un acto concreto y determinado, de manera tal que el Derecho Objetivo se los atribuye aun cuando las partes no los hayan incluido. Su presencia en el contenido de un acto jurídico concreto y determinado con prescindencia de la voluntad de las partes es lo que los hace elementos naturales. Los elementos accidentales, son incorporados al acto jurídico por voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía, pero siempre que no se desvirtúe la esencia o naturaleza del acto y no exista prohibición de la ley (p. 83).

En el mismo sentido, Moreyra (2005) sostiene que:

La doctrina descubre que los actos jurídicos tienen ciertos elementos constantes, por los que debemos entender sus componentes, que se clasifican en esenciales, naturales y accidentales. Elementos esenciales, son los llamados también requisitos, sólo porque se les requiere para que el acto surta los efectos que la ley les asigna; son aquellos sin los cuales el acto no puede llegar a constituirse ni a producir sus efectos típicos, son elementos indispensables y a la vez suficientes para la viabilidad jurídica del acto; elementos naturales, son aquellos que la ley, y no la voluntad de las personas, establecen porque están vinculados a la función que ciertos actos deben desempeñar. Están orientados a que satisfagan su finalidad, pero no son esenciales y el acto puede subsistir sin ellos. Elementos accidentales, también denominados modalidades, son aquellas estipulaciones, cuya presencia en el acto obedece exclusivamente a la voluntad de las partes, que las pactan con diferentes fines, bien sea para

hacer depender los efectos de los actos de la realización de ciertos eventos que deben producirse para que el acto cobre o pierda eficacia; o para señalar el tiempo durante el cual el acto debe desplegar sus efectos; o para que el acto proporcione a alguna de las partes ciertas ventajas que de otra manera no obtendría (p.89)⁹ .

De la misma posición doctrinaria es Galgano (1992) quien señala que:

La tradición nos ha transmitido la distinción entre elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales de los contratos (y del negocio jurídico). Los primeros son los requisitos generales del contrato, o

⁹ Con el mismo criterio Cifuentes (2004) sostiene “entre nuestros autores es corriente considerar la existencia de elementos esenciales del acto jurídico que tienen generalidad, por cuanto no se podría admitir ningún acto al que le faltara uno de ellos, es lo que los antiguos llaman *essentialia negotti*; luego agrega, que a través del acto o negocio jurídico que es el contrato, se ha construido también la idea de los elementos naturales (*natutalia negotti*), que vendrían a ser los que normalmente acompañan al negocio por corresponder a su naturaleza; se los sobreentiende aunque en el acto no se expresen, pero las partes pueden voluntariamente dejarlos sin efecto por no considerarlos necesarios para que exista el negocio; finalmente se habla de elementos accidentales (*accidentalía negotii*), los cuales no serían necesarios para la existencia del negocio, ni naturales o normalmente comprendidos en él, pero que se los puede añadir por voluntad de las partes (p.137).

Igualmente, Albadalejo (1993) refiere:

A tenor de la tradicional doctrina se distingue a los elementos del negocio en esenciales, naturales y accidentales; a saber: elementos esenciales (*essentialia negotti*), son aquellos sin los que el negocio no puede llegar a formarse. No hay acuerdo en cuales sean, y desde quienes lo reducen a la declaración de voluntad, hasta quienes enumeran una larga relación (declaración, voluntad, capacidad, legitimación, objeto, causa, forma), hay diversas posiciones intermedias. Además, los elementos esenciales pueden ser comunes y especiales, según sean esenciales a todo negocio, o sólo lo sean a un tipo, los antes citados serían esenciales comunes. Elementos naturales (*naturalia negotii*), son los que cada negocio lleva consigo, salvo que sean eliminados por los sujetos que lo celebran; cosa posible, por no ser imprescindibles. Elementos accidentales, son aquellos que no forman parte del tipo abstracto de negocio de que se trate, pero que los interesados pueden agregar; y al agregarlos deviene en esenciales para el negocio concreto contemplado, de forma que no son accidentales respecto de éste, sino respecto al tipo de negocio al que pertenece el celebrado (p.56).

los elementos de identificación de los singulares tipos contractuales, a falta de los cuales el contrato no es calificable como contrato perteneciente a un determinado tipo o es nulo, si no es calificable como perteneciente a otro tipo nominado o innominado. Elementos naturales, son por el contrario, elementos característicos de los singulares tipos contractuales, que la ley prevé como normas dispositivas supletorias, susceptibles por ello de ser derogadas por la voluntad de las partes; por elementos accidentales se entiende, tradicionalmente, aquellos elementos meramente eventuales del contrato, como el término y la condición que en el contrato se incluyen por voluntad de las partes y que afectan no a la validez, sino a la eficacia del contrato (p. 22).

Sin embargo, esta clasificación es poco clara y hasta ambigua, pues, no se realiza en sí misma una diferenciación de qué es un elemento, con un requisito, sino que, a todo requisito o elemento, se le otorga la calidad de elementos y luego se les va restando importancia de acuerdo a la interpretación que se le dé, por ello no compartimos dicha clasificación, acogiendo la doctrina que se expone a continuación por ser clara, lógica y precisa.

Así, Betti (2000) refiere que “la estructura del negocio jurídico comprende tanto la forma como el contenido. Forma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido, es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado” (p.109).

Adviértase, que el mencionado autor, presenta la estructura del negocio jurídico como un hecho social que el ordenamiento jurídico transforma en un hecho jurídico.

Por su parte, Zannoni (1986) sostiene que:

Todo acto jurídico presupone a sujetos puestos en relación a un objeto en razón de determinados fines jurídicamente considerados. De tal modo, el negocio jurídico tiene estos tres presupuestos –en el sentido etimológico-

sin los cuales carecería de materia propia: no se concibe acto jurídico sin la intervención de, al menos, un sujeto, que no verse sobre un objeto en razón de una causa jurídicamente relevante (o trascendente). Los presupuestos del acto jurídico pertenecen al mundo del ser y solo trascienden con significación específica al ámbito del deber ser, cuando determinan una regulación de intereses atribuyendo deberes y derechos que son el contenido, del precepto de autonomía privada” (p. 59).

Con el mismo criterio, Torres (2007) señala “un sector de la doctrina distingue entre elementos, presupuestos y requisitos del acto jurídico. Los elementos, son todo aquello que conforma el acto o negocio jurídico; los elementos comunes a todo acto son: la manifestación de la voluntad y la causa o finalidad. Los presupuestos, son todo aquello que es necesario que preexista para que pueda celebrarse el acto jurídico, los presupuestos comunes a todo acto jurídico son: el sujeto, objeto y la causa; no se concibe el acto jurídico sin la intervención de, al menos, un sujeto, que no verse sobre un objeto en razón de una causa jurídica relevante (o trascendente). Los requisitos, son las condiciones que deben cumplir los elementos y los presupuestos (p.114).

Con mayor precisión Taboada (2002) indica:

Los negocios jurídicos tienen una estructura conformada por diversos aspectos: los elementos, los presupuestos y los requisitos: Los elementos, se entienden como los componentes del negocio jurídico, es decir, todo aquello que conforman el negocio jurídico celebrado por los sujetos. En tal sentido, se entiende modernamente que los únicos elementos comunes a todo negocio jurídico son dos: la declaración o manifestación de voluntad y la causa o finalidad, existiendo unanimidad en el sentido de que la formalidad no es un elemento común a la estructura de todo negocio jurídico, sino solamente en aquellos casos en los cuales las partes o la ley prescriban la formalidad, bajo sanción de nulidad, como componente del negocio jurídico y que por ello mismo se denominan negocios jurídicos

solmenes o formales. Por el contrario, todo negocio jurídico tiene siempre una o más declaraciones de voluntad y una causa o finalidad. Ahora bien, en los casos de las formalidades establecidas por la ley o por las partes, como simples medios de prueba y no como elementos adicionales, es también claro que dichas formalidades denominadas *ad probationem*, no son elementos del negocio, sino simples medios de prueba, en cuyo caso su ausencia o defecto no determinará la nulidad del negocio, el mismo que será válido, pero tendrá que probarse por otro medio probatorio. Por el contrario, las formalidades *ad solemnitatem* son elementos del negocio, por lo que su esencia o defecto determinan automáticamente la invalidez del negocio afectado. Sin embargo, como las formalidades *ad solemnitatem* no son la regla, sino la excepción, bien sean establecidas por la ley o por las partes, las mismas no son consideradas como elementos comunes a la estructura de todo negocio jurídico, sino solamente en los negocios en los cuales hayan sido prescritas por la ley o por las propias partes. La formalidad, es elemento solamente en los negocios formales o solemnnes que tiene una formalidad *ad solemnitatem*. Los presupuestos se definen como los antecedentes o términos de referencia, es decir, todo aquello que es necesario que preexista para que el negocio jurídico pueda celebrarse o formarse, los presupuestos comunes a todo negocio jurídico son dos: el objeto y el sujeto, estos no forman parte del negocio jurídico, lo cual no significa que no sean necesarios para la existencia de éste, sino que los mismos deben preexistir para que el negocio jurídico conformado por sus elementos pueda formarse. Como es evidente, el negocio jurídico en el cual no concurra algún elemento o presupuesto no se habrá formado y, por ende, será un negocio jurídico inválido, defectuosamente estructurado y atacado por una causal de ineficacia estructural. Ello significa en consecuencia que los elementos y presupuestos son necesarios para la formación del negocio jurídico. La ausencia de cualquiera de ellos, determina de inmediato la invalidez del negocio jurídico. Los requisitos, son todas aquellas condiciones que deben cumplir tanto los elementos como los presupuestos, para que el negocio jurídico formado por la concurrencia de los mismos, pueda producir válidamente sus efectos jurídicos y son: la capacidad legal de ejercicio, la capacidad natural (entendida como el actuar con discernimiento), la licitud, la posibilidad física y jurídica del objeto, la determinación en especie y cantidad y finalmente que la voluntad manifestada haya estado sometida a

un proceso normal de formación, es decir, sin vicios de voluntad. Consiguientemente, el negocio jurídico en el cual no concurra alguno o varios de dichos aspectos estructurales, será uno ineficaz por una causal de ineficacia estructural, o lo que es lo mismo será un negocio jurídico inválido. La invalidez, es pues, un supuesto de ineficacia consecuencia de la ausencia de algún aspecto estructural del negocio jurídico, y es por ello mismo que la invalidez, es lo mismo que la ineficacia estructural (p.310).

Así entonces, debido a la coherencia de esta segunda posición doctrinaria, acogemos la doctrina por la cual un negocio jurídico está compuesto por elementos, presupuestos y requisitos; en ese sentido, los elementos son aquellos que conforman el negocio jurídico y son la declaración de voluntad y la causa o finalidad; los presupuestos, son los que deben preexistir para que el negocio jurídico pueda celebrarse y son: el objeto y el sujeto; y, los requisitos, son las condiciones que deben cumplir tanto los elementos como los presupuestos, para que el negocio pueda producir sus efectos jurídicos, siendo éstos la capacidad de ejercicio y natural, la licitud, la posibilidad física y jurídica del objeto, la determinación en especie y cantidad y la declaración de voluntad sin vicios.

CAPÍTULO IV

INEXISTENCIA, INEFICACIA E INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

1.1. Inexistencia del Negocio Jurídico

La cuestión de la inexistencia surgió, al parecer, de un comentario de Napoleón al Código francés en la sección de matrimonio. La teoría la esbozó Zaccharie, quien comentando dicho código concluyó que, no habiéndose previsto sanción para el caso de personas del mismo sexo, ese matrimonio era inexistente. Su fundamento, dicho a grandes rasgos, se apoyaba en que al no tener el ordenamiento pensada una circunstancia similar, no se podía aplicar la nulidad porque ésta sólo debía operar cuando la ley lo dispusiese expresamente (Lohmann, 1994).

Ahora bien, respecto a lo que se debe entender por inexistencia, Betti (2000) indica:

Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo, presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo (p.418).

Por su parte, Galgano (1992) sostiene que “la inexistencia está más allá de la misma nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues

carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce ni aquellos efectos limitados que, el contrato o el acto nulo producen” (p.263).

Del mismo criterio es Torres (2007) quien señala que, “cuando en la doctrina se habla de “acto jurídico inexistente”, no se quiere afirmar la inexistencia de ningún “hecho jurídico”, sino se quiere decir que no existe un hecho que merezca la calificación de “acto jurídico” porque le falta alguno de los elementos esenciales previstos por el ordenamiento jurídico para que exista válidamente; hay sólo una “apariencia de acto jurídico” que, sin embargo, puede constituir un “hecho jurídico” si es que el ordenamiento jurídico le aneja efectos” (p.757).

Igualmente, Palacios (2002) refiere que “se da la inexistencia, cuando en el negocio jurídico falta algún elemento que excluye la posibilidad de identificar al negocio como tal, ejemplos claros de inexistencia son los negocios que se encaminan a una función no admitida por el ordenamiento (ausencia de causa) o aquellos que se suponen realizados en una exposición didáctica. Aquí no se puede ni siquiera hablar de una calificación negocial preliminar positiva, en tanto falta el elemento a calificar” (p.166).

Asimismo, Belvedere (como se citó en Morales, 2010) señala

Un negocio jurídico -y un contrato por antonomasia- es inexistente si no se hallan sus propios elementos de identificación productos del nombre que lo designan; seguidamente señala; hay inexistencia de un negocio cuando sea irreconocible como figura examinada o cuando no sea reconocida como aquella hipotetizada; y concluye señalando que, el contrato será existente si ha sido previsto normativamente e inexistente si no se formó conforme a la normatividad. La ausencia de los elementos del contrato o su formación incompleta son causales de inexistencia. También se puede utilizar

indistintamente las expresiones “relevancia” o “irrelevancia” jurídicas dependiendo si el contrato es relevante o no para la normatividad prevista hipotéticamente” (p.156).

En consecuencia, podemos concluir señalando que un negocio jurídico es inexistente cuando no ha completado su procedimiento para su formación, es decir, se encuentran ausentes los elementos que lo designan, por tanto, no puede ser reconocido como tal o cuando no ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico de forma hipotética y se distingue del negocio nulo ya que éste existe como supuesto de hecho y es capaz de generar algún efecto jurídico mientras que el negocio inexistente no.

1.2. Ineficacia e Invalidez del Negocio Jurídico

Un negocio de la vida real puede no ser apto para desplegar al menos en forma duradera, todos los efectos que el Derecho acompaña al tipo abstracto a que aquel pertenece. La calificación de inválido e ineficaz que entonces se le adjudica, presupone precisamente, un cotejo entre el negocio concreto que se considera y el tipo o género de negocio que éste pretende representar y expresa una apreciación negativa, que es, en cierto modo, el reverso de aquella otra positiva, que hace la ley respecto al negocio tipo, al que faculta para producir nuevas situaciones jurídicas (Betti, 2000).

Agrega dicho autor, que se denomina inválido, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece, por ende, invalidez, es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica, así como la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios; por otro lado, sostiene

que es ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él (Betti, 2000).

Zannoni (1986) sostiene que todo acto jurídico posee, desde la perspectiva del deber ser, la finalidad de producir ciertos y determinados efectos, y en ello reside su eficacia, por lo que por eficacia debemos entender la aptitud para alcanzar sus propios efectos¹⁰.

Por su parte, Oertmann (1929) señala que ineficaz, “es el negocio jurídico que no surte ningún efecto o no surte los efectos que corresponde a su contenido; mientras que inválido, es aquel negocio que no surte tales efectos a causa de un vicio de constitución, ya suceda así en absoluto (nulidad), ya sea ello solamente cuando el que tenga facultad para impedirlo no quiere que sea válido el negocio por razón del defecto de que se trate (anulabilidad). De esta manera salta a la vista la diferencia lógica entre ineficacia e invalidez, aquella es el género y ésta la especie” (p.65).

Para Mazzoni (1991), “la doctrina suele distinguir entre invalidez e ineficacia del negocio jurídico, la distinción tiene un significado puramente teórico y se encuentra ligada a la exposición de los problemas concernientes a la patología del negocio

¹⁰Dicho autor agrega, que la eficacia de cualquier acto puede ser contemplada en dos perspectivas de análisis. Una perspectiva –a la que podría llamarse estática- se sitúa ante el negocio como fuente de la relación jurídica (o como fuente de la modificación, transferencia o extinción de una determinada relación jurídica), y capta su eficacia para configurarla idóneamente. Otra perspectiva, en cambio, se situará ante la relación constituida por el negocio e intentará descubrir de qué modo el negocio que ha sido su fuente continúa siendo eficaz, idóneo, para que la relación refiera en él los efectos propios de ella. Esta segunda perspectiva, es si se quiere, dinámica porque no mira exclusivamente la idoneidad del negocio como fuente de una relación jurídica, sino la idoneidad de las voluntades significadas en él para la realización de los fines prácticos que las determinaron; por lo que, un acto puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada relación jurídica, o porque, aun cuando ha configurado esa relación idóneamente, ésta deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a los sujetos a concluir el negocio (Zannoni, 1986).

jurídico, así, se plantea la invalidez del acto, cuando falte o esté viciado un elemento esencial o constitutivo o intrínseco del negocio. Ineficaz será en cambio el negocio que se encuentre los elementos esenciales y los presupuestos de validez en regla, pero que no es eficaz por una circunstancia de hecho extrínseca a él (p.2).

Por su parte Palacios (2002) sostiene:

Un negocio jurídico es ineficaz cuando los efectos correspondientes a su función objetiva y al intento práctico de las partes no se verifican. La ineficacia puede producirse por muy diversas causas; pero, en el entender de la doctrina más coherente y avanzada, se debe distinguir entre ineficacias estructurales y funcionales, atendiendo primordialmente al origen de la falta de consecución de los efectos negociales. Por ineficacia estructural (también llamada invalidez), entendemos la carencia de efectos en un negocio producida por hechos inherentes a su estructura. El ordenamiento al faltar algún requisito, elemento o presupuesto necesario para la eficacia del negocio, lo sanciona con la ausencia de efectos o con la posibilidad de que dicha ausencia se produzca. Se caracteriza esta especie de ineficacia por ser originaria, es decir, por la referencia exclusiva al momento en que se realiza el negocio, por lo que su verificación deberá de producirse justamente en la conformación de la estructura negocial, dentro de este tipo de ineficacia, tenemos los siguientes sub tipos: inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión; mientras que por ineficacia funcional se comprende la decadencia de efectos negociales por hechos extraños a la estructura del negocio, por lo que sus supuestos tienen como característica el ser sobrevinientes y, a su vez, el de provocar la ausencia de los efectos finales del negocio. La figura de la ineficacia funcional se delinea de manera autónoma, teniendo su fundamento en un defecto funcional que bien puede provenir de la misma disposición de las partes o del desarrollo del supuesto de hecho, dentro de este grupo podemos encontrar básicamente tres subtipos diferenciados, suspensión, impugnabilidad e inoponibilidad (p. 165).

A la vez, Morales (2009) refiere que existen dos tipos de ineficacia del acto de autonomía privada: la invalidez y la ineficacia en sentido estricto. Los supuestos de invalidez son la nulidad y la anulabilidad, en el primero no se producen los efectos

jurídicos programados por el reglamento de intereses, en el segundo, se dejan de producir efectos jurídicos retroactivamente. En cambio, los supuestos de ineficacia en sentido estricto, son todos aquellos en los cuales un acto de autonomía privada que venía produciendo normalmente los efectos jurídicos programados, deja de producirlos posteriormente por la aparición de un hecho jurídico externo al reglamento de intereses o por el incumplimiento de un requisito legal. La ineficacia en sentido estricto se presenta, cuando la condición prevista por las partes nunca se produce, por el incumplimiento de las obligaciones esenciales, por el cumplimiento tardío, por el cumplimiento defectuoso, por el cumplimiento parcial, por la imposibilidad sobreviniente para la ejecución de la prestación, por la falta de la legitimidad para contratar, por la desaparición de la presuposición causal, por la decisión unilateral de una de las partes y otras causales determinadas convencional o legalmente.¹¹

¹¹ Agrega Morales (2009):

Cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos que la ley prevé como necesarios, porque tal tipo de acto puede valer como fuente de autonormativa, nosotros decimos que aquel acto es válido; o, que es en sí idóneo para producir sus específicos efectos jurídicos. El acto debe corresponder al modelo establecido por la norma legal. Entonces, la validez, indica la regularidad del contrato. El contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. Por el contrario, la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos. De esta diversidad de nociones se concluye que la validez no implica necesariamente la ineficacia del negocio. El concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del contrato, pero no solamente validez, sino, además, idoneidad para producir consecuencias jurídicas. La eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). La eficacia indica la productividad de las consecuencias jurídicas. El contrato es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos. En general, el efecto jurídico es una mutación jurídica, es decir, el cambio de una situación de Derecho. Por lo tanto, el acto de autonomía privada será plenamente eficaz no sólo cuando configura idóneamente una situación jurídica subjetiva, sino, además, cuando la situación jurídica subjetiva, idóneamente constituida, realiza plenamente las finalidades de las partes. Entonces, la normalidad es que un acto de autonomía privada produzca efectos jurídicos,

En el mismo sentido, Taboada (2002) señala que los negocios jurídicos ineficaces son aquellos que nunca han producido efectos jurídicos, o aquellos que habiéndolos producido dejan de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del mismo negocio, en consecuencia existen dos tipos de ineficacia negocial: la ineficacia inicial u originaria (denominada también ineficacia por causa intrínseca o ineficacia estructural) y la ineficacia sobreviniente o funcional (denominada también ineficacia por causa extrínseca). Los supuestos de ineficacia funcional son todos aquellos en los cuales un negocio jurídico que venía produciendo normalmente efectos jurídicos, deja de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración el negocio jurídico. Los supuestos típicos de ineficacia funcional son la resolución y la rescisión. Por el contrario, en los supuestos de ineficacia originaria, el negocio no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto, o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubieran producido por haber nacido gravemente enfermo. La ineficacia originaria se presenta en dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad, recibiendo ambas el nombre genérico de invalidez en el Código Civil peruano. Consiguientemente, existen dos supuestos de invalidez en el sistema jurídico nacional: la nulidad y la anulabilidad, debiendo quedar claramente establecido que el sistema nacional no reconoce la categoría de inexistencia, como sucede en otros sistemas jurídicos como el italiano, francés y español.

pero sucede en muchos casos que no logra en ningún caso producir efectos jurídicos o ya no produce efectos jurídicos retroactivamente o porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración de éstos, o por incumplimiento de algún requisito legal. En estas hipótesis estamos dentro de lo que se denomina en doctrina "ineficacia" del acto de autonomía privada. Consecuentemente, la categoría genérica que describe todos los supuestos en los cuales los actos de autonomía privada no son eficaces, por no haber producido efectos jurídicos o por desaparecer posteriormente los efectos jurídicos producidos inicialmente, recibe el nombre genérico de ineficacia (Morales, 2009, p.86).

Así entonces, los negocios jurídicos son celebrados por las partes para que tengan eficacia jurídica, es decir, para que produzcan los efectos deseados por ellas y así poder satisfacer sus necesidades, para ello el ordenamiento jurídico les otorga la calidad de vinculantes, empero, existen supuestos donde estos negocios jurídicos no producen efectos jurídicos o los que producían desaparecen por un acontecimiento posterior a su celebración, en estos casos, nos encontramos ante la ineficacia del negocio jurídico.

En efecto, un negocio jurídico será válido cuando presente todos los requisitos que la ley ha establecido para su configuración, y es eficaz, cuando dada su regularidad produce los efectos jurídicos queridos por las partes.

La ineficacia, es la categoría genérica que contempla todos los supuestos en los cuales los negocios jurídicos no producen efectos jurídicos. La invalidez, en cambio, se presenta desde la celebración del negocio jurídico, es decir, es un negocio afectado por una causal de ineficacia desde su formación y comprende a la nulidad y a la anulabilidad.

A la vez, debemos indicar que la ineficacia puede ser estructural o funcional, la primera, se presenta al momento mismo de la celebración del negocio jurídico, adoleciendo de algún presupuesto, elemento o requisito; mientras que, en la ineficacia funcional, existe un negocio jurídico debidamente estructurado, pero por un evento posterior a su conformación debe dejar de producir efectos jurídicos.

Dicho ello, seguidamente analizaremos las principales modalidades de la invalidez que son la nulidad y la anulabilidad.

1.3. Nulidad y Anulabilidad

Puede decirse que el contrato (o el acto unilateral), es inválido cuando se opone a una norma imperativa. Debe advertirse en seguida, que la invalidez puede ser de dos clases: el contrato que se opone a normas imperativas puede ser nulo o anulable; así como que la ley puede prever, en caso de violación de normas imperativas, consecuencias distintas a la invalidez. Entre las dos categorías de invalidez, la nulidad es aquella que posee efectos más generales: para que un contrato sea nulo, no es necesario que la nulidad esté prevista por la ley como consecuencia de la violación de una norma imperativa; es suficiente que una norma imperativa haya sido violada. En cambio, la anulabilidad tiene carácter especial: únicamente se produce cuando haya sido prevista expresamente por la ley como consecuencia de la violación de una norma imperativa (Galgano, 1992, p.260).

Betti (2000) señala que “es nulo el negocio que, por falta de algún elemento esencial es inapto para dar vida a aquella situación jurídica que el Derecho apareja al tipo legal respectivo, en conformidad con la función económico-social que le es característica. Anulable, en cambio se denomina al negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales del tipo y hasta originando la nueva situación jurídica que según el Derecho acompaña a aquel, puede –tras la reacción de la parte interesada- ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiera existido” (p.410).

Por su parte, Scognamiglio (2004) sostiene que “respecto de la nulidad, hay un punto del cual es fácil concordar: que se trata de la forma más grave (o completa), así como más difundida de la invalidez, y consiste en la negación plena y completa de la peculiar relevancia negocial. El negocio nulo, no es, por lo tanto, y limitándonos a las formulaciones más en boga, “aquel que está privado de un elemento esencial”, ni “aquel definitivamente ineficaz”, sino el negocio (existente) al cual se niega la relevancia de acto de autonomía privada” (p.435).

A la vez, Flume (1998) alega que “la nulidad de un negocio jurídico no significa otra cosa que la reglamentación negocial, tal como debería valer según el contenido del negocio, no tiene vigencia. La nulidad de un negocio jurídico ha de contemplarse siempre en relación a la causa de nulidad. De la causa de nulidad resultan qué consecuencias jurídicas se producen en lugar de la reglamentación establecida negocialmente en caso de nulidad. Las causas de nulidad no están compiladas en la ley, sino que se deducen de múltiples disposiciones particulares” (p.643).

Del mismo modo Albadalejo (1993) señala:

Se llama negocio nulo a aquel que, por causa de un defecto en principio no es apto para producir sus efectos jurídicos propios. Tal producción le es negada definitivamente; considerándosele a ese respecto, como no realizado. La nulidad puede ser textual, cuando es establecida expresamente por la ley, o virtual, cuando, aún sin disponerla expresamente, se sigue de no reunir el negocio los requisitos exigidos por aquella. El negocio anulable (también llamado impugnabile), es plenamente eficaz, pero por haberse celebrado con determinados defectos, está amenazado de destrucción, con la que se borrarían retroactivamente los efectos producidos. Se trata de un negocio provisionalmente válido (no hay invalidez actual) que, por tanto, modifica la situación jurídica preexistente, pero cuya nulidad está pendiente de la voluntad del titular del derecho a impugnarlo (p.408)¹².

¹² En nuestra doctrina nacional Lohmann (1994) refiere que, la nulidad es una sanción legal destinada a privar de sus efectos jurídicos propios y queridos a los negocios incursos en una de las causales legalmente establecidas; así como que debe considerarse como susceptible de ser sancionado con nulidad aquel negocio que a pesar de ser perfecto desde su origen –perfecto en cuanto dotado de todos sus elementos y requisitos-, con el transcurso del tiempo se convierte en un negocio cuyos efectos o consecuencias constituyen franca y abierta ilicitud (Lohmann, 1994); asimismo, León sostiene que el negocio jurídico puede estar afectado de causales que conspiran contra su plena validez o su subsistencia posterior. Si esa causal es coetánea al nacimiento del negocio, se habla de nulidad del mismo. (León, 1997, p.314). En el mismo sentido, Vidal precisa que el acto jurídico nulo, tiene por principio el interés público, entonces, el acto nulo es el que se ha pretendido celebrar con violación de un precepto de orden público. Por ello, dentro de su ámbito conceptual se comprende el acto jurídico que se ha celebrado con

Con mayor claridad, Morales (2009) sostiene "el acto de autonomía privada tiene una estructura compuesta de elementos y requisitos. Los elementos son aquellos que forman en su totalidad el acto de autonomía privada. Ninguno debe faltar. Basta que uno esté ausente para que el acto se considere inexistente o nulo según la normatividad del Código Civil. Los requisitos son las cualidades que la ley exige a los elementos. Es decir, los elementos tienen que tener ciertas características para que el acto sea válido y consecuentemente, eficaz" (p.96).

Asimismo, dicho autor en lo referido a la anulabilidad precisa:

Las causales de anulabilidad del acto de autonomía privada, se refieren a la incapacidad natural relativa, a la incapacidad de obrar relativa del sujeto, a los vicios de la declaración de voluntad, bien se trate del error, dolo, violencia moral o intimidación. La patología consistente en la anulabilidad, tiene como función tutelar la libertad de decisión de quien efectúa en acto

omisión de sus requisitos de validez, pues, incuestionablemente, el artículo 140 del Código Civil, es una norma de orden público; a la vez, respecto al acto anulable sostiene que, es válido y eficaz mientras no sea declarado nulo por un órgano jurisdiccional. Su eficacia está referida a los efectos generados por la manifestación de voluntad, tanto respecto de las partes como para con los terceros. (Vidal, 1998, p.498). De igual criterio es Torres quien indica que, atendiendo a las causales, se dice que el acto jurídico es nulo cuando le falta algún requisito de validez (los señalados en el artículo 140), o cuando adolece de simulación absoluta, o es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, o cuando la ley lo declare nulo; asimismo, respecto a la anulabilidad refiere; el acto jurídico anulable, que por haberse celebrado con efectos está amenazado de ineficacia, produce la totalidad de sus efectos (iniciales o posteriores), es decir, es eficaz, en tanto y en cuanto no se anule mediante sentencia judicial. A diferencia del acto nulo, que lo es *ipso iure*, el anulable deviene en nulo solamente por defecto de la sentencia definitiva que lo declare; de ahí que la sentencia que declara nulo un acto anulable es constitutiva y no simplemente declarativa. La anulabilidad se traduce en nulidad por defecto de la sentencia judicial que declara que el acto jurídico es nulo, reduciendo a la nada los efectos producidos. La sentencia que declara nulo un acto anulable tiene efectos retroactivos al momento de su celebración, borrándose los efectos producidos y como consecuencia las partes se devolverán lo recibido y si no fuera posible la devolución pagarán su valor. (Torres, 2007, p.766).

de autonomía privada, y el ordenamiento se hace cargo de tutelar a la persona en el ejercicio responsable de su autonomía. En otros términos, el instituto de la anulabilidad, en razón del complejo sistema normativo que la regula, sirve para salvaguardar fundamentalmente el libre ejercicio de la autonomía privada, a diferencia del instituto de la nulidad que sirve para hacer respetar los límites impuestos por la ley a la autonomía privada (p. 106).

De similar criterio es Taboada (2002) quien enseña:

El negocio jurídico nulo es aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o como aquel cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas. Por el contrario, el negocio jurídico anulable, se define como aquel que se encuentra afectado por un vicio en su conformación, la diferencia es clara e insalvable, tratándose de dos supuestos totalmente distintos de invalidez, toda vez que en el caso del negocio jurídico nulo estamos en presencia de un negocio que no se ha llegado a formar válidamente por carecer de algún elemento, presupuesto o requisito, o por tener un contenido ilícito que atenta contra los fundamentos del sistema jurídico, es decir, el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas. Es decir, la nulidad es el supuesto más severo y grave de la invalidez, debido a que supone en todos los casos negocios jurídicos que no se han llegado a formar por ausencia de algún elemento o presupuesto, o que se han formado inválidamente por ausencia de alguno de los requisitos establecidos por la ley o, lo que es más grave aún, negocios jurídicos cuyos contenidos no cumplen con el requisito de la licitud por atentar contra uno varios de los fundamentos del sistema jurídico. Esto significa en consecuencia que en los supuestos de nulidad el negocio jurídico nace muerto por carecer de alguno de sus aspectos de orden estructural, bien se trate de la falta de algún elemento, presupuesto o requisito. Por el contrario, en el caso de los negocios jurídicos anulables no se trata de un acto que carezca de algún elemento o presupuesto, o cuyo contenido sea prohibido, sino de negocios que cumplen con la mayor cantidad de sus aspectos estructurales, pero que tiene un vicio en su conformación que supone la ausencia de determinados requisitos, razón por la cual tampoco son válidos. En ambos casos, existen

dos tipos de causales: las genéricas y las específicas. Las causales genéricas de nulidad, que son por ello mismo de aplicación a todos los negocios jurídicos en general, se encuentran reguladas en el artículo 219 del Código Civil, mientras que las causales genéricas de anulabilidad en el artículo 221. Además de estas causales genéricas aplicables a todos los negocios jurídicos, existen las causales específicas que se presentan en ciertas circunstancias y en determinados supuestos o tipos de negocios jurídicos. Respecto a las causales específicas puede decirse que ellas se encuentran dispersas en todo el sistema jurídico en general, no existiendo una lista cerrada o *números clausus* de las mismas como sucede con las genéricas. Existen dos tipos de causales de nulidad específica: las denominadas nulidades virtuales o tácitas y las llamadas nulidad expresas o textuales. En el caso de la anulabilidad las causales específicas son siempre expresas o textuales, no pudiendo ser tácitas o virtuales. Las nulidades son expresas o textuales cuando vienen declaradas directamente por la norma jurídica (al igual que sucede con las anulabilidades expresas o textuales), mientras que las nulidades son tácitas o virtuales cuando se infieren o se deducen del contenido del negocio jurídico, por contravenir el mismo el orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas (p.316).

En efecto, la nulidad y la anulabilidad, son dos modalidades de la invalidez; la nulidad se presenta cuando exista un defecto grave en la formación del negocio jurídico, es decir, cuando carezca de algún elemento, requisito de validez, o es contrario a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, e implica la no producción de los efectos jurídicos queridos por las partes; mientras que la anulabilidad se produce cuando exista un vicio en la formación del negocio jurídico, esto es, sí produce efectos jurídicos provisionalmente, pero puede dejar de hacerlo en mérito a un pronunciamiento judicial.

Asimismo, debemos señalar que debido a la naturaleza de la nulidad sus causales para su declaración han sido establecidas en mérito al interés público, es decir, a intereses generales; la legitimidad para obrar para solicitarla, le corresponde a las partes, a cualquiera que tenga legítimo interés, al Ministerio Público e inclusive

puede ser declarada de oficio por el Juez; a la vez, se debe precisar que los negocios nulos no pueden ser convalidados, su plazo de prescripción es de diez años, la sentencia que se emita es declarativa y puede ser expresa o tácita. Mientras que en la anulabilidad sus causales para solicitarla están referidas exclusivamente al interés privado de los celebrantes, además, que sólo puede ser interpuesta por la parte perjudicada; así como que los negocios anulables pueden ser convalidados, su plazo de prescripción es de dos años, la sentencia que se emita es constitutiva y sólo puede ser expresa.

CAPÍTULO V

EL ERROR EN EL NEGOCIO JURÍDICO

1.1. Definición

Para que un negocio jurídico pueda producir efectos como tal, las manifestaciones de voluntad que contiene deben estar exentas de vicios, esto es, su proceso de formación no puede haber estado perturbado por circunstancias que hayan propiciado a que se exprese una voluntad distinta a la querida, es allí donde aparece el error que vamos a estudiar a continuación.

Así pues, el error consiste “en la ausencia de conocimiento (ignorancia) o conocimiento equivocado de la realidad, o de aquello que comúnmente es aceptado como realidad, que da lugar a la formación de una voluntad cuyos efectos no son queridos por el sujeto y que, por lo mismo, no la hubiese declarado de haber advertido que está en error” (Torres, 2007, p.680). Esto es, “configura siempre la falsa noción de una cosa, ya bien por haber declarado algo que no se deseaba, o por haber desarrollado una equívoca noción y manifestarse como se elaboró mentalmente” (Compagnucci, 1992, p.225).

Para Lohmann (1994) “el error no sólo proviene de un defecto o insuficiencia de conocimiento, sino en un razonamiento o juicio equivocado, que cree como cierto aquello que no es tal, y esto se debe a cuatro posibles causas: falta de pruebas sobre el conocimiento, falta de habilidad para emplearlas, falta de voluntad para usarlas, o falsas medidas de posibilidad, cualquiera de ellas conduce a un juicio erróneo, tomando una apariencia de correcto, lo que no coincide con lo válido (es decir, la verdad o la que se acepta como tal)” (p.449).

De ello se desprende, que la razón de ser del error radica en que:

Quien celebra un contrato por un propio error hace un contrato que desde su punto de vista está precisamente equivocado: un contrato que casi ciertamente no le conviene, y no corresponde a sus programas. De aquí su interés en anularlo, y así liberarse del vínculo contractual no deseado. La ley considera este interés merecedor de tutela, por una razón que atiende al sentido del vínculo, y finalmente a la autonomía privada: el contrato vincula a la parte en cuanto asumido por ésta consciente y voluntariamente; pero no puede decirse concedora y de veras voluntaria la asunción del vínculo cuando el proceso valorativo y de decisión que le precede esté contaminado por un error; este hace a venir a menos las condiciones para que el ejercicio de la autonomía privada se desarrolle sobre las bases de corrección y razonabilidad que el sistema postula. (Roppo, 2009, p.718).

Ahora bien, el correcto significado que debemos de asumir del error debe ser dentro de la teoría de la confianza o principio de confianza, que de acuerdo a Palacios (2013) consiste en la valoración de la apariencia de la declaración, es decir, se debe valorar objetivamente si ésta es capaz de generar una confianza en los terceros que tienen conocimiento de su contenido vinculatorio, pues, es un principio negocial que en forma lata, tiende a la protección del estado de confianza de los destinatarios de una declaración de voluntad y que impone una carga de autorresponsabilidad en el declarante, ya que apunta hacia el respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, a la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas y a la exaltación del deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada.

Para la teoría de la confianza el criterio de interpretación se configura indagando la expresión externa del negocio jurídico, materializando tal idea, en la influencia que sobre los alcances del negocio tienen las normas positivas que exigen a las partes negociales una conducta en armonía con la buena fe (Palacios Martínez, 2013).

Así entonces, el principio de confianza, opera donde exista un proceso de formación de autorregulación de intereses y debe ser interpretada en base a circunstancias objetivas propias del tráfico jurídico y de la buena fe, por ende, ante la duda de su relación compromisoria se debe preferir su vinculatoriedad; en ese contexto, el error debe ser entendido como un vicio en la formación de la voluntad, que otorga un derecho potestativo a la parte afectada para que pretenda la anulación del negocio jurídico celebrado, y se presenta cuando no existe concordancia entre la voluntad declarada y la formada, lo que proviene por un equivocado conocimiento de la realidad o de la ausencia de conocimiento.

Dicho ello, debemos precisar que la doctrina ha clasificado al error de la siguiente manera:

1.2. Clases de error

a) Error en la voluntad o error vicio y error en la declaración o error obstativo

El error vicio, “consiste en la ignorancia o en la representación falsa de la realidad (de los acontecimientos, de los bienes, de las personas o del Derecho), que determina la mal formación de la voluntad, que de otra manera o no se hubiera formado, o habría tenido un contenido diverso. Hay un desacuerdo entre la voluntad mal formada que se ha manifestado exactamente, y aquella voluntad que se habría tenido si no hubiese existido el error, considerada como voluntad efectiva” (Torres, 2007, p.682).

Por su parte Lohmann, sostiene que “el error vicio es el error propio o genuino, ya que opera en la determinación o formación de la voluntad. Actúa en el plano interno, en cuanto formación de un propósito. Consecuencia de ello es que puede haber pura y perfecta coincidencia entre lo querido y lo declarado, pero lo querido se ha querido por error. La voluntad se ha determinado fundándose en un falso juicio sobre la concreta situación” (Lohmann, 1994, p.455).

Con mayor precisión Taboada (2006) refiere que el error vicio “consiste en una falsa representación de la realidad, determinada bien sea por un conocimiento equivocado o por una ausencia total de conocimiento de la misma, es decir, por ignorancia, en otras palabras, en esta clase de error no existe un supuesto de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, coincidiendo ambas voluntades perfectamente, ya que el sujeto ha declarado su verdadera voluntad, sólo que dicha voluntad interna que ha sido efectiva y correctamente declarada se ha formado viciosamente determinada por una falsa representación de la realidad”. (p.193).

Vale decir, el error vicio es el que forma la voluntad a partir de una concepción errada de la realidad o por ignorancia de la misma, lo que conlleva a que dicha voluntad declarada haya nacido espuria y no refleje lo realmente querido por la parte.

Por otro lado, el error obstativo, también llamado, error obstáculo, independiente o impropio, “constituye un error en la declaración de voluntad (por ausencia o vicio de esta) o en la transmisión de la misma. Se la denomina error impropio, porque en realidad, no está perturbada la formación de la voluntad del agente declarante. El proceso mental, el razonamiento que invita al declarante a tomar una decisión, no ha experimentado mal formación alguna, sino que se ha producido una disconformidad entre lo querido y lo declarado; es decir, la declaración ha venido a obstaculizar, por error, la voluntad sanamente querida” (Lohmann, 1994, p.455).

Este error, “no influye en la formación de la voluntad viciándola, hace nacer un desacuerdo inconsciente entre la voluntad y la declaración, porque el declarante manifiesta, no la voluntad efectiva, sino una voluntad diversa e inexistente” (Torres, 2007, p.683).

En el mismo sentido Taboada (2006) refiere que “se presenta cuando el sujeto declara una voluntad distinta a su verdadera voluntad interna, ya sea porque ha declarado inconscientemente una voluntad diferente por un *lapsus linguae* o por un *lapsus calami*, o porque los términos utilizados por el sujeto conscientemente en su declaración no reflejan su verdadera voluntad, ya sea porque no conoce el exacto significado de las palabras utilizadas o porque las mismas tienen un doble significado, o porque la persona encargada de la transmisión de la declaración de voluntad del sujeto la ha hecho en forma inadecuada o inexacta” (p.194).

Es decir, en el error obstativo la voluntad ya ha sido formada libremente, sin embargo, al ser expresada se produce una divergencia entre lo que realmente se quería y lo declarado.

1.3. Requisitos

Ahora bien, de una interpretación sistemática de los artículos 201 y 206 de nuestro Código Civil, se colige que para se configure el error como vicio de la voluntad se requiere la concurrencia de tres requisitos que son: la esencialidad del error, la conocibilidad del error; y, el perjuicio del errante.

1.3.1. La esencialidad del error

La esencialidad del error, está referido a que éste sea determinante y esencial, lo primero significa que “el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene sobre la esencia del objeto (como si el vinagre se vendiese por vino, el cobre por oro o el plomo por plata), o de una cualidad del objeto (se compra un cuadro de Picasso pero en realidad es una imitación), o de una cualidad de la persona (se contrata los servicios de un médico, pero en realidad es un curandero), o del Derecho (comprar un bien con desconocimiento que la ley prohíbe su comercialización), es lo que determina al sujeto tomar la decisión de concluir el acto jurídico. En otras

palabras, el error es determinante cuando el sujeto no habría llevado a cabo el negocio si no hubiese estado en error” (Torres, 2007, p.696).

Así pues, la razón determinante “debe entenderse de manera restrictiva y cuidadosa y significa que haya existido un motivo conducente y definitivo, a falta del cual no se hubiera adoptado esa voluntad. Es decir, el error ha sido sobre algo-(que la ley identifica esencia o cualidad del objeto, cualidades personales, etc)- que ha influido decisivamente en la voluntad. El error motivo o error vicio es el que surge en la formación de la voluntad, antes de que ésta sea manifestada al exterior, consiste en una falsa representación de la realidad presente que induce al sujeto a declarar una voluntad que, en otro caso, no habría declarado” (Lohmann, 1994, p.459).

Es decir, que el error sea determinante significa que haya sido el motivo o la causa para que la parte haya celebrado el negocio jurídico, pues, si no habría tenido esa concepción equivocada no lo habría realizado.

a.1) Errores esenciales dentro de nuestro Código Civil

Asimismo, respecto a la esencialidad, debemos indicar que de conformidad con el artículo 202 del Código Civil, el error es esencial cuando recae sobre el objeto o cualidad del acto, sobre las cualidades personales de la otra parte, o cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto; en ese sentido, los errores esenciales son los siguientes:

a.1.1. Error *in substantia*

“Es el que recae sobre la composición material del objeto del negocio jurídico, por ejemplo, si una persona compra un reloj bañado en oro pensando que realmente es de oro. Esta figura

de error esencial está expresamente considerada en el primer inciso del artículo 202 del Código Civil, cuando se refiere al error que recae sobre la propia esencia del objeto del acto” (Taboada, 2006, p.198).

a.1.2. Error *in qualitate*

“Es el que recae sobre las cualidades substanciales o esenciales del objeto del negocio jurídico el mismo que ha sido acogido por nuestro Código Civil en la figura del error *in substantia* del cual resulta muchas veces difícil de distinguir” (Taboada, 2006, p.199).

Cabe indicar, que “para determinar qué cualidades son esenciales y cuáles son accidentales la doctrina ha elaborado dos teorías. La primera de ellas llamada teoría subjetiva, según la cual son cualidades esenciales la que el sujeto o las partes contratantes han considerado como tales, y la teoría objetiva, en cuyo entendimiento son cualidades esenciales las determinantes por el tráfico jurídico o por la opinión mayoritaria u opinión del hombre medio. Nuestro Código Civil, siguiendo al Código Civil italiano, ha optado por una posición ecléctica, que otorga un mayor criterio de decisión al Juez” (Taboada, 2006, p.200).

Para Torres (2007) el error en la esencia del objeto, “está referido al error en la materia de que está formado el objeto de la prestación, su ser, su esencia, su naturaleza, por ejemplo se cree comprar una joya de oro y sólo es de cobre dorado, comprende también el error sobre la identidad del

objeto (error *in corpore*), por ejemplo, se obliga a entregar un objeto por otro” (p.696)¹³.

Sobre ello, Lohmann (1994) refiere:

La esencia es lo necesario e indispensable de una cosa para poder conceptuarla como tal y que es inmanente, inseparable, permanente e invariable de la cosa, diferenciándola de otra. La cualidad viene a ser circunstancial, aunque también distintiva. Las cualidades normalmente determinan objetiva o subjetivamente el destino, posibilidades, facultades, capacidades orgánicas o mesurables, o las funciones de la cosa. La esencia puede frecuentemente ser de utilidad para designar a la cosa como bien material. La cualidad en cambio, puede constituir mejor criterio que la esencia para diferenciar ciertas obras de arte o intelectuales, o de la propiedad industrial, fundamentalmente bienes inmateriales. (p. 463).

En efecto, este error implica que la conformación del objeto no es la que se creía y que como se aprehendió falsamente ello, sirvió para declarar la voluntad.

En ese sentido, la cualidad es lo que caracteriza al bien individualizándolo dentro de su especie, es decir, aquella circunstancia peculiar que, por poseerla el bien, va a generar

¹³ Por error en la cualidad “se debe entender el error en una cualidad esencial (y no sobre una cualidad accesoria o accidental) que constituye un atributo de importancia del objeto, sin el cual el agente no habría celebrado el acto; se entiende por cualidad del objeto a cualquier circunstancia que implique una calificación determinante del bien, incrementando su valor o posibilidad de uso, la cualidad del objeto sobre la cual recae el error debe ser determinante de la voluntad del agente, en el sentido de que el acto se habría realizado verosímilmente, aunque no hubiera existido o hubiera existido parcialmente es una cualidad accidental e irrelevante para el derecho” (Torres, 2007, p.698).

una declaración de voluntad para la formación de un negocio jurídico.

a.1.3. Error *in quantitae*

“Es aquel que recae sobre la cantidad, el cual es mencionado por nuestro Código Civil como error esencial en el artículo 204, distinguiéndolo del error de cuenta o del error de cálculo, que no da lugar a la anulación del negocio, sino solamente a su rectificación” (Taboada, 2006, p.200).

a.1.4. Error de hecho y error de derecho

En el error de hecho “es la falsa comprensión de una idea, de un concepto o de una cosa, mientras el error de derecho, es la inexacta aprehensión de la regla de derecho o un desconocimiento de esta última” (Compagnucci, 1992, p.257). El error de hecho, “es el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene sobre los elementos del acto jurídico o sus circunstancias externas, en cambio el error de derecho es el conocimiento equivocado o la ignorancia que se tiene del derecho objetivo o del derecho subjetivo, tanto el error de hecho como el de derecho pueden ser esencial o indiferente” (Torres, 2007, p.685).

El error de hecho “o error *facti* consiste en la ausencia de conocimiento o el conocimiento equivocado que puede recaer en cualquier clase de objeto o en sus cualidades esenciales, en las personas o en sus cualidades, en una operación de cálculo o en una cantidad, o en el motivo mismo que induce a la celebración del acto jurídico. La comprensión de su

concepto viene a ser, por ello, sumamente lata, pues solo excluye a lo que sea una norma jurídica, que se reserva para el error de derecho” (Vidal, 1998, p. 403), mientras que “el error de derecho es la ausencia de conocimiento o el conocimiento equivocado referido a una norma jurídica y, por ello, tienen un ámbito de aplicación específica que lo diferencia sustancialmente del error de hecho” (Vidal, 1998, p.414).

Así pues, mientras el error hecho está referido al conocimiento desacertado de los hechos, de las cosas, de sus cualidades o características, o en general de lo factual, el de derecho comprende la ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado de las normas que regulan una determinada situación jurídica.

a.1.5. Error en el motivo

“Es el que recae sobre el motivo cuando expresamente se ha declarado como la razón determinante de la celebración del negocio jurídico y ha sido aceptado por la otra parte. Este error ha sido considerado por nuestro Código Civil como un caso de error esencial en su artículo 205” (Taboada, 2006, p.201).

a.1.6. Error sobre la identidad del negocio jurídico o *error in negotio*

“Es el que recae sobre la identidad misma del negocio jurídico celebrado, por ejemplo, si una de las partes celebra un

contrato de arrendamiento, pensando que se trata de uno de comodato” (Taboada, 2006, p.202).

a.1.7. Error *in corpore* y error *in persona*

El primero “Es el que recae sobre la misma identidad del objeto, mientras que el segundo sobre la identidad de la persona” (Taboada, 2006, p.208).

Para Torres (2007), el error sobre las cualidades personales es esencial, “si el sujeto de haber sabido que la otra parte no las reúne no hubiera concluido el negocio” (p.700).

Del mismo modo Lohmann (1994) refiere que “cualidad es sinónimo de modo de ser, de actuar o comportarse, el aspecto de la persona y sus atributos en general, sean físicos, intelectuales, morales y hasta jurídicos; empero, no interesa tanto determinar si la cualidad es objetivamente relevante en la persona, ni si una persona normalmente diligente hubiera estimado esencial dicha cualidad, sino sobre todo comprobar si en tal caso concreto la misma ha sido condición *sine qua non* de la voluntad errada” (p. 468).

Es decir, el error en la persona consiste en aquellas características peculiares que supone el declarante que su contraparte posee las que han motivado a que declare su voluntad para la celebración de un negocio jurídico determinado.

1.3.2. La reconocibilidad del error

El error se considera conocible “cuando en relación al contenido y circunstancias del acto jurídico o la cualidad de las partes, una persona de

normal diligencia habría podido reconocerlo. Esto es, el destinatario de la declaración, usando una normal diligencia está en la posibilidad de reconocer que el declarante está en error” (Torres, 2007, p.702).

Agrega Torres (2007) que el error es conocible “cuando es tal que el destinatario de la declaración habría podido o debido reconocerlo según un estándar referible a una persona media, es decir, cuando es un error evidente, manifiesto, patente, notorio. La conocibilidad se refiere a que el receptor de la declaración está en la posibilidad de percatarse del error en que se encuentra el declarante y no a que efectivamente conoce que está en error; si sabiendo que el declarante está en error no lo denuncia, su comportamiento ya no es erróneo sino doloso” (p. 702).

Así entonces, la conocibilidad del error, está referida a la posibilidad de que el receptor de la declaración pueda razonablemente percatarse del error en que se encuentra el declarante, la misma que como lo hemos manifestado debe ser analizada desde el principio de la confianza, por el cual el negocio jurídico tiene que ser interpretado en base a circunstancias objetivas propias del tráfico jurídico.

1.3.3. El perjuicio del errante

Como lo sostiene Torres (2007), el error aun cuando sea esencial no es causal de anulación del negocio jurídico si de él no se deriva daño alguno para el errante o si es que la otra parte se aviene a rectificar el acto para adecuarlo a lo efectivamente querido por el errante.

En el mismo sentido Lohmann (1994) señala que, aunque el error sea esencial y conocible, quien erró no podrá solicitar la anulación si la otra parte ofrece introducir las modificaciones necesarias, es decir, cumplir de modo satisfactorio para el errante.

Por su parte Vidal (1998) indica que el requisito del perjuicio del errante es necesario siempre que se trate de error esencial y conocible, pues el errante si ya se le ofreció cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto jurídico que quiso concluir, ya no podrá accionar, y si lo hace la otra parte podrá excepcionar con su cumplimiento y plantear el mantenimiento del acto evitando la declaración judicial de nulidad.

A su vez, Torres (2007) señala que “si a pesar de que no se deriva daño alguno para el errante, se permitiera la anulación del acto, se estaría permitiendo que el errante cause daño a la otra parte, cuando por principio, se debe evitar que todas las partes de un acto jurídico sufran daño alguno” (p.705).

Del mismo modo Arias-Schreiber (como se citó en Vidal, 1998) indica que este requisito permite en aras de la seguridad jurídica, que no se anule el acto por error si la otra parte ofrece satisfacerlo en los términos que la otra parte quiso realmente celebrarlo.

Messineo (como se citó en Lohmann, 1994) indica que esta regla responde al principio de conservación del negocio jurídico, que supone que los agentes negociales quisieron obtener cierto resultado adecuado a sus intereses, por tanto, si dicho resultado puede obtenerse por vía de rectificación, no hay razón para permitir la anulación.

En efecto, el error sólo tendrá relevancia jurídica cuando el errante considere que la celebración del negocio jurídico le ha causado un perjuicio, siendo dicha condición la que lo faculta para que pueda solicitar su anulabilidad, por ende, si éste considera que no ha sufrido perjuicio alguno, el error incurrido carecería de relevancia jurídica.

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Fundamento del deber de reparar

Antes de definir qué es lo que debemos entender por responsabilidad civil es necesario analizar los fundamentos morales de ella, para comprender el soporte de este pilar del derecho civil y su trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico y en la presente investigación.

Así pues, respecto a las diversas teorías que se han realizado sobre este aspecto, compartimos el criterio de Fernández (2001) quien sostiene que “si etimológicamente fundamento significa ante todo y sobre todo, principio y cimiento en el que se apoya una cosa, razón principal o motivo con el que se pretende afianzar y asegurar una cosa, o inclusive, raíz, principio y origen en que estriba y tiene su fuerza una cosa no material, creemos que hablar del fundamento de la responsabilidad civil, no puede significar sino hablar del basamento de la institución misma, esto es, la razón por la cual se otorga la que ha venido a llamarse tutela resarcitoria” (p.234).

En ese sentido, se sostiene que:

La responsabilidad civil extracontractual o derecho de daños es el área del derecho que se encarga de los ilícitos civiles, y ocurre cuando una víctima ha sufrido un daño, es decir, un detrimento o menoscabo a sus derechos o intereses reconocidos, esos daños son consecuencia de la acción u omisión de otra persona, generalmente por la infracción de un deber, y, hay una relación de causalidad entre la acción u omisión del dañador y el daño sufrido por la víctima, así como que no debe ser vista solamente como una especialidad del

derecho civil, sino que se ocupa de un problema social y jurídico de la más alta importancia. Desde una perspectiva más general, la responsabilidad civil debe ser encuadrada como uno de los modos en los cuales la sociedad se hace cargo de los daños y de los accidentes (Fabra, 2017).

El mismo autor señala:

Uno de los modos especiales en los que la responsabilidad civil regula la vida social es estableciendo los deberes de cuidado y deberes de compensación por los daños que causamos en muchas de nuestras actividades diarias. Nuestras actividades económicas y recreativas están sujetas a reglas de responsabilidad, o, al menos a principios generales que deben ser utilizados por los actores racionales al diseñar sus cursos de acción y que guían a los jueces para tomar las decisiones. Estas normas y principios se vienen a convertir en los criterios generales que se aplican cuando las cosas “no salen bien” y no han sido reguladas previamente por contratos. Es decir, si la infracción de una norma jurídica de cualquier área del derecho daña a un particular y no hay acuerdo previo entre las partes o regulación especial, la norma y principios de la responsabilidad extracontractual entran a llenar ese vacío. Así, la responsabilidad extracontractual y su doctrina de reparación del daño son áreas transversales que influyen todas las áreas del derecho y posiblemente, de nuestra vida diaria. (Fabra, 2017).

No obstante, dichos argumentos no satisfacen cuál es la razón de ser de la referida responsabilidad.

Del mismo modo Visintini (1999), refiere que en los países de tradición continental han encontrado por lo general la única justificación filosófica para la responsabilidad extracontractual consistente en la existencia de culpa o motivo de reproche en el actuar del agente, y sólo cuando dicha conducta censurable a su vez deriva en un daño a terceros. Cuando el actuar digno de reproche no culmina en un daño a terceros, y especialmente si la conducta en cuestión no es reprochable en si misma, se considera de modo generalizado que el derecho de la responsabilidad extracontractual nada tiene que hacer allí, pues, se afirma, que no existe justificación moral para hacer responsable al agente por el daño ocurrido, así como también se

han interesado por el modo opuesto de atribuir responsabilidad, la responsabilidad objetiva, ajena al actuar reprochable del agente y sólo fundamentada en la causación del daño a la víctima, empero, tales argumentos también resultan poco idóneos para comprender la razón esencial de la responsabilidad civil.

Así entonces, para entender el tema abordado tomaremos como referencia a Honoré (1995), quien sostiene que el derecho de la responsabilidad extracontractual, como el resto del derecho, debe satisfacer varios valores, de los cuales la eficiencia en la persecución de objetivos valiosos es sólo uno, la eficiencia debe ser perseguida dentro de un esquema moralmente justificable, debemos preguntarnos entonces, qué objetivos resulta moralmente justificable perseguir mediante la imposición de la responsabilidad extracontractual y para ello, es necesario responder a las siguientes interrogantes: ¿Por qué cierto tipo de conductas son convertidas en ilícitos civiles? Cuando la legislatura o los tribunales convierten a una conducta en un ilícito civil, ellas pretenden al roturarla como ilícita, prohibirla o disuadirla, o al menos advertir a aquellos que la cometan de la responsabilidad en qué pueden incurrir. En el derecho de la responsabilidad extracontractual no sólo las acciones sino también las omisiones son a veces tratadas como ilícitas, en ocasiones convierte en ilícito no una acción o una omisión como tales, sino la causación de daños a través de una conducta de tipo potencialmente peligroso. El derecho de la responsabilidad extracontractual, anuncia que ciertas conductas están prohibidas e intenta asegurar que una menor cantidad de ellas tenga lugar. La conducta ilícita es generalmente incorrecta en sí misma, aunque si no resulta en un daño no se incurrirá en responsabilidad. Cuando se impone responsabilidad objetiva la conducta generalmente no es incorrecta en sí misma, aunque el ilícito consiste en causar un daño por involucrarse en actividades riesgosas. Pero esa no es la única razón por la cual el Estado y sus tribunales convierten a una conducta en un ilícito civil. Uno de los puntos de crear un ilícito civil, a diferencia de un delito, es definir y dar contenido

a los derechos de las personas otorgándoles un mecanismo para protegerlos y asegurarles una compensación si sus derechos son infringidos.

En ese sentido, cierto tipo de conductas son consideradas como ilícitos civiles, para prohibirlas o disuadirlas, porque la razón esencial de un Estado Constitucional de Derecho es acoger los derechos fundamentales en el cual se inspira y darles un contenido real, lo cual realiza otorgándoles un mecanismo idóneo para protegerlos, asegurando su restablecimiento o una compensación en el caso de que sean vulnerados, por tal razón anuncia ciertas conductas que no deben ser realizadas y en el caso de que se concreticen sean en la menor cantidad posible, por ejemplo, la de no causar un daño a otro.

Honoré (1995) también se pregunta ¿Qué objetivos generales justifican que el Estado mantenga un sistema de derecho de responsabilidad extracontractual?
Señalando:

El sistema de responsabilidad extracontractual es un sistema mediante el cual el Estado, en nombre de la comunidad busca reducir conductas que ve como indeseables. El Estado no sólo puede sino debe, para que una sociedad sea viable, tratar de minimizar al menos algunos tipos de conductas disruptivas. Lo que el derecho de la responsabilidad extracontractual y el penal tienen en común, y lo que los distingue de otros medios de control social, es que ellos operan señalando conductas, o el fracaso en alcanzar un estándar de conducta requerido. La técnica del derecho de la responsabilidad extracontractual consiste de tal modo en etiquetar ciertas acciones como que no deben ser realizadas u omitidas o causadas. En toda sociedad algunas personas actúan de modo disruptivo, o sin intención de serlo, exponen a otros a indebidos riesgos de lesiones, el Estado debe tener el derecho y la obligación de minimizar esos riesgos y de remediar esa disrupción. El Estado entonces, está justificado en mantener un sistema de responsabilidad extracontractual que busque reducir la incidencia de conductas indeseables mediante el tratamiento de ciertos intereses de los individuos como derechos y la provisión a aquellos

que los detentan del poder legal de evitar avances sobre dichos derechos y, si ellos son infringidos, obtener compensación por su violación.

Así entonces, justifica que el Estado mantenga un sistema de responsabilidad civil, porque actúa en representación de la comunidad con la finalidad de evitar o reducir conductas indeseables, lo que es uno de sus objetivos primordiales para que no lo afecten como tal, para lo cual establece un estándar de conducta que no vulnere los derechos de otros calificando a ciertas acciones que no deben ser realizadas u omitidas. En tal sentido, el Estado está justificado de calificar ciertas conductas que dañan los derechos de otros como ilícitos civiles y atribuirles responsabilidad, para minimizar esas conductas y restablecer el equilibrio alterado, ya que en un Estado Constitucional de Derecho la vigencia del mismo recae en el grado de respeto de los derechos fundamentales tanto por las personas como por el Estado.

A la vez, Honoré (1995) cuestiona ¿Qué justifica que la persona cuyos derechos han sido infringidos pueda reclamar compensación del autor del ilícito? Respondiendo inicialmente con el principio de la justicia correctiva, por el cual se requiere que aquellos que han dañado sin justificación a otros con su conducta, rectifiquen lo ocurrido. Deben hacerlo a partir de la base de que el autor del daño y la víctima deben ser tratados como iguales, no siendo ninguno de ellos más merecedor de una prerrogativa que el otro. Por lo tanto, el primero no está autorizado a resultar relativamente beneficiado a través de haber causado un daño al segundo, en consecuencia, el equilibrio debe ser restablecido. Así entonces, queda claro que, en un principio relacional, que sólo puede existir cuando el ilícito cometido por el autor del daño viola el derecho de la víctima, por lo tanto, debe existir un nexo causal entre la conducta del demandado y la pérdida del actor. La conducta no necesita ser la causa del daño, es suficiente que sea una causa justa, y puede existir más de una causa humana del daño en cuestión, en cuyo caso ambos (o todos) los autores del daño pueden ser responsables. La existencia de un nexo causal es una condición

necesaria de la justicia correctiva y del deber de compensar en una acción de responsabilidad extracontractual.

Esto es, justifica que la víctima del daño pueda reclamar un resarcimiento al autor, el hecho que la justicia correctiva parte del derecho fundamental a la igualdad, es decir, que tanto el autor del daño como la víctima deben ser tratados como iguales, por tanto, el primero de los mencionados no debe beneficiarse por haber causado daño al segundo, y sólo existirá cuando el ilícito cometido por el autor del daño viole un derecho de la víctima.

Otro principio que fundamenta la mencionada interrogante conforme la señala Honoré (1995) es el de responsabilidad por resultados, por el cual, si se tiene total capacidad y nos hallamos en posición de controlar nuestro comportamiento, somos responsables por los resultados de nuestra conducta, se trate de actos u omisiones. Esta responsabilidad es un elemento constituyente esencial de nuestro carácter e identidad, sin el cual careceríamos tanto de logros como de fracasos, sin embargo, la responsabilidad por los resultados dañosos causados a otro no genera por sí misma la obligación de compensar.

Vale decir, el principio de responsabilidad por resultado significa que, si tenemos capacidad para controlar nuestro comportamiento, somos responsables de los resultados de ello.

Asimismo, Honoré (1995) refiere que el último principio está referido a la justicia distributiva, por el cual la razón para considerar responsables a las personas respecto de otros por las consecuencias dañosas, es que resulta justo hacer que la persona sobre la que recaerá la ventaja de una situación incierta sobre la que tiene algún control cargue con las pérdidas que igualmente podrían derivar de dicha situación.

En ese sentido, el principio de justicia distributiva, está referido a la obligación legal de resarcimiento que debe recaer sobre el autor del daño, pues, éste es quien ha elegido colocarse en una situación de control del daño que ha causado, por lo que debe hacerse responsable de las consecuencias jurídicas de su conducta.

Así entonces, la justificación de quien ha padecido un daño en sus derechos para que pueda reclamar el restablecimiento de los mismos, radica en una combinación de la justicia correctiva, por resultados y distributiva, pues, si bien son diferentes también tienen un grado de vinculación, ello en razón a que la justicia correctiva parte de considerar a las personas como iguales, no obstante, implica a la vez, una justa distribución de riesgos, que consiste en que las personas con capacidad son responsables por los resultados de su comportamiento, cargando el riesgo de ello, inclusive cuando han causado daño sin haber actuado directamente.

En consecuencia, los fundamentos de la responsabilidad civil es que el Estado a través de dicho sistema busca reducir al extremo las conductas dañosas y reprochables, para lo cual otorga una protección especial a los derechos y así logra que éstos puedan obtener una compensación si son afectados restableciéndolos al estado anterior a su vulneración o a su equilibrio, además, que el que padece un daño encuentra en la responsabilidad civil una justicia correctiva que consiste en ser resarcido por quien le causó el daño obteniendo una reparación integral por ello, incluso si no se actuó con culpa en el supuesto de la responsabilidad objetiva.

1.2. Definición:

“Una visión histórica del fenómeno jurídico de la responsabilidad civil nos remonta al origen mismo del derecho, es decir, a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente. En las primitivas comunidades todo daño causado a la persona o bienes de otro despertaba en la víctima el instinto de venganza. El hombre respondía a un instinto natural de devolver el mal por el mal

que había sufrido. Era una reacción absolutamente espontánea” (Bustamante, 1973. p.27).

Agrega Bustamante (1973) que “así como el niño golpea la piedra contra la cual ha tropezado, el hombre primitivo bajo la impresión del dolor reaccionaba involuntariamente movido por un sentimiento de cólera contra la causa aún inocente de ese sufrimiento. El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia o aún el azar que haya conducido la mano que ha causado el mal. La pasión impone la expiación aun del inocente” (p.27).

En el mismo sentido Vidal (2006), refiere que “los estudios de la responsabilidad civil trazan su evolución partiendo del natural instinto de venganza de quien es víctima de un daño, siendo esta la etapa de la venganza privada, para luego pasar a la etapa de la composición o del resarcimiento o de la reparación del daño, cuando en la organización social comienza a hacer su aparición el Estado” (p.203).

En efecto, como lo sostiene Díez-Picazo (1999) cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente del que se siguen daños para las personas o para las cosas, hay que decidir si el que experimenta el daño no tiene otra posibilidad que la resignación (lo sufre él) o si puede esperar algo de los demás y, mejor, si tiene derecho a ello. Si la respuesta fuera esta última, tendríamos que movernos todavía entre las dos alternativas que han quedado dibujadas: o se crea un sistema de auxilios o de ayudas, la que a su vez oscila entre la beneficencia y la seguridad social; o se establece un derecho subjetivo del perjudicado a reclamar de otros el importe en que se valore el daño. Sólo en este último caso puede hablarse, en rigor,

de indemnización, de derecho a la indemnización y, por consiguiente, de Derecho de daños.

Por su parte Bustamante (1973) sostiene:

La conducta de los individuos se conduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez producen una modificación del mundo exterior. La alteración unilateral de las circunstancias que forman el entorno de los demás puede ser favorable al interés individual o colectivo de éstos o bien puede ser contrario. Cuando la alteración favorece las ansias ajenas y proporciona satisfacciones a los demás, o bien se traduce en ventajas para otro, o el autor de aquello puede aspirar a una recompensa o retribución benéfica de quien recibe la utilidad. A veces la moral impone el deber de gratuidad hacia quien así ha procedido. Otras veces el derecho somete al beneficiario de la conducta a una obligación específica dentro de las condiciones que configuran el presupuesto de la norma jurídica atributiva del derecho subjetivo. Tal es el caso del que ejecuta un negocio en interés ajeno ocasionando un enriquecimiento no justificado del patrimonio de este. Quien recibe el provecho queda sometido a una obligación legal respecto del que ejecutó el acto. (p.71).

Dicho ello, la responsabilidad civil puede definirse como “la posición creada a un sujeto por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de sanción (reparación o pena) dependiente de un suceso determinado y, sobre todo, en razón de un daño que se le imputa a él” (Betti, 1969, p.254), o como “la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto (Roppo, 2001, p.63).

Del mismo criterio es Tamayo (1999) quien sostiene que “la responsabilidad civil engloba todos estos comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen surgir en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar, es decir, es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ha producido a terceros” (p.12).

Mosset (1997) señala que “la responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece de perjuicio y a quien es agente del mismo” (p. 21).

Para Espinoza (2011) “es una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado” (p.42).

Por su parte, León (2007) refiere que “la responsabilidad civil significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica. Las normas de responsabilidad civil garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que los perjuicios causados de manera ilegítima sean asumidos y resarcidos por alguien” (p.50).

Así entonces, para definir a la responsabilidad civil, debemos de partir señalando que la esencialidad de un Estado Constitucional de Derecho es proteger los derechos fundamentales que lo inspiran dándoles un contenido real, para lo cual brinda un mecanismo idóneo para protegerlos, siendo éste la responsabilidad civil a través de la cual va a enunciar conductas que no deben ser realizadas o de concretizarse deben serlo en la menor cantidad posible, y en el caso de que ello ocurra, el equilibrio económico o moral alterado, el ordenamiento jurídico responderá obligando al causante de dicha alteración a repararlo en su integridad.

1.3. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y responsabilidad extracontractual

La responsabilidad civil se subdivide en responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y responsabilidad extracontractual; “la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, se trata de la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida” (León, 2007, p.50).

En igual sentido, De los Mozos (2006) sostiene que “partiendo de la idea de que el quebrantamiento de la preexistente relación obligatoria imputable al deudor es la fuente o *ratio* de la responsabilidad contractual, la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, su cumplimiento forzoso o anormal que, de no poderse alcanzar de otra manera, tiene lugar mediante la indemnización de daños y perjuicios” (p. 56).

Esto es, la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones “supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas” (Bustamante, 1997, p.85); no obstante, se debe precisar que “el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inexecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generadoras de consecuencias jurídicas” (De la Puente, 2001. p.370).

Vale decir, este tipo de responsabilidad presupone la existencia de una obligación y proviene de su incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación que ha causado daño.

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual o aquiliana, “es el sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento” (León, 2007, p.50).

De Cupis (1957), sostiene que “el daño que se verifica en la esfera patrimonial de una persona, puede ser producido también por un hecho humano distinto del incumplimiento de la obligación y entonces se denomina daño extracontractual, que se deriva de la violación de la genérica obligación del *neminem laedere*. Así entonces, recae en el campo de la responsabilidad extracontractual cuando el contenido ilícito viola la norma general que prohíbe penetrar en la esfera jurídica de otro, o bien el deber genérico, frente a todos, *del neminen laedere*; el daño extracontractual no presupone la existencia de ningún vínculo especial, por lo que sólo producido el daño surge una relación jurídica entre responsable y perjudicado”. (p.136).

Esto es, este tipo de responsabilidad “es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva” (Taboada, 2003. p.29).

En efecto, la responsabilidad extracontractual proviene por haberse ocasionado un daño producto de la infracción de las normas generales de convivencia, es decir, del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a otro.

1.4. Funciones de la responsabilidad civil

Las funciones de la responsabilidad civil determinan la concretización de los fundamentos que justifican que un Estado haya acogido dicha institución, pues a través de ellas se busca organizar su regulación, a fin de otorgar una adecuada protección a los derechos fundamentales para reducir conductas indeseables y reparar los daños causados, previendo las sanciones a imponerse. En ese sentido, la doctrina las clasifica de la siguiente manera:

1.4.1. Función de demarcación

Sobre ella Díez Pícaso (1999) sostiene:

Trata de establecer una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres puedan imponer un grado de responsabilidad. La eventual producción de daños como consecuencia de cualquier actividad humana y la eventual aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil extracontractual entrañan o pueden entrañar evidentes limitaciones que puede ir desde abstenerse de llevar a cabo la mencionada actividad o realizarla sólo limitadamente bajo ciertas condiciones, adoptando las precisas medidas de prevención que pueden significar especiales sacrificios. (p.43).

Para López (2017), es la función originaria de la responsabilidad civil porque es la que permite la elaboración de reglas de conducta sin las cuales la vida en sociedad sería imposible; en consecuencia, esta función cumple un deber general, es decir como regla general del Derecho busca encausar o delimitar las conductas de los hombres con la finalidad que estas no causen daño a otros.

Así entonces, la función de demarcación establece las reglas mínimas para la reparación de los derechos patrimoniales, a fin de permitir que la convivencia no se vea afectada por daños injustos sin que estos sean resarcidos, delimitando el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil. En ese sentido, ésta función va a acoger el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales patrimoniales para darles una protección adecuada en mérito a la vinculación directa de éstos.

1.4.2. Función preventiva

Para Concepción (1999) esta función “tiene la finalidad de disuadir a toda persona de causar daño alguno, para que, en lo posible, tome las medidas de prevención necesarias para evitarlos” (p.46).

Con mayor precisión De Cupis (1996) señala:

El reflejo preventivo se concreta a través de la latente reacción del ordenamiento jurídico, que obliga a reparar, lo que a la vez genera una acción psicológica intimidatoria ejercitada por el conocimiento de tal reacción, ello implica reconocer que la norma jurídica aparte de un mandato o prohibición -precepto-, comprende también la amenaza de unas consecuencias desfavorables para el caso de violación del precepto -sanción-. En cuanto la consecuencia constituya una amenaza con el fin de reintegrar el interés lesionado, la norma pretende sancionar la violación del precepto, conminando al responsable a la reparación del daño. Pues, la amenaza con el resarcimiento produciría una motivación psicológica que inclina a obedecer el precepto, a abstenerse de su violación, esto es, a no producir el daño. Concluyéndose que toda regulación de la responsabilidad civil deberá responder a fines preventivos y no solamente reparadores. (p.574)

Para Mosset (2004) “los daños cualquiera que sea su fuente, deben ser evitados, toda vez que la idea de la prevención actúa con anterioridad a la producción del daño, lo que implica que el estudio de la responsabilidad debe comprender que es la actuación del Derecho *ex ante*, mucho más conveniente que la presencia *ex post*” (p.361).

Por su parte, Díez Picazo (1999) precisa que “la responsabilidad civil previene de dos formas: de manera general, pues el ciudadano trata de evitar que se le apliquen las consecuencias desfavorables de determinada norma y a través de la prevención especial en la medida en que se influye en las acciones futuras de la misma persona”¹⁴ (p. 44).

En el mismo sentido, Pizarro (2001) refiere que “la función preventiva puede ser general o específica. La primera referida al efecto disuasorio que trasmite la amenaza efectiva de la consecuencia legal frente a la producción del hecho dañoso, y la segunda referida a la imposición de deberes especiales a determinados sujetos vinculados a determinadas actividades riesgosas o peligrosas a fin de evitar la consumación de daños o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada (p.39).

¹⁴ Dicho autor señala “antes que nada hay de deshacer el equívoco en punto a qué tipo de prevención resulta aludido. Si se habla de prevención como un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano que reconocedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultaría de su aplicación, lo que es algo parecido a lo que los penalistas mencionan bajo la rúbrica de prevención general, la tesis puede ser admitida aunque restaría por establecer una mensuración adecuada del influjo preventivo que dichas normas pueden ejercer. Lo mismo, paso por paso, puede decirse de la llamada prevención especial, y si no fue precavido y por eso fue condenado a indemnizar, la prevención (especial) existe porque se influye en las acciones futuras de la misma persona” (Díez Pícaso, 1999, p.47).

Desde un punto de vista del análisis económico del derecho¹⁵, se sostiene que “la función preventiva (*deterrence*), está destinada a inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar los medios de seguridad necesarios para evitar la posible renovación de conductas dañosas” (Fernández, 2001, p.259).

En el mismo sentido, Ponzanelli (1992) señala que “está referida a que se debe actuar con el fin de que en el futuro, el dañador (no aisladamente considerado sino visto, más a menudo, como integrante de una categoría más amplia de sujetos que desenvuelven una actividad potencialmente dañosa), no siga ejerciendo la actividad que ha provocado el daño, es decir, inducir a los dañadores potenciales a adoptar las precauciones necesarias para hacer más segura o menos peligrosa su actividad” (p.25).

Igualmente, Alpa (1999) refiere:

Es claro que la *deterrence*, constituye, realmente un lugar común, un factor económico que el agente toma en consideración para evaluar las ventajas y desventajas de sus acciones. Transformada en un costo de la actividad dañosa, todas las veces que la *deterrence* induzca al sujeto agente a considerar que las consecuencias de su actividad son más desventajosas que las ventajas que le puede significar la misma, se obtiene un control –por denominarlo así inducido (y fundado en los mecanismos del mercado) de las actividades privadas. En, cambio, todas las veces que las consecuencias dañosas no perjudiquen la ganancia, cualquier especie de *deterrence* será superada fácilmente por el deseo de concretizar utilidades económicas. (p.140)

¹⁵ Enseña el análisis económico del derecho que uno de los criterios básicos que debe conducir a adoptar reglas de responsabilidad objetiva (*strict liability*) o reglas de responsabilidad subjetiva (*negligence*), radica en el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos. Así, el que está en mejor posición de prever e impedir los daños, debe evitar las medidas idóneas destinadas a evitarlos y, de no hacerlo, deberá responder (Fernández, 2001, p. 272).

De ello se colige que la función preventiva consiste en la reacción del Estado para obligar a reparar el daño causado, lo que se concreta en un mandato normativo que amenaza con imponer consecuencias desventajosas al causante del daño, generando una acción psicológica intimidatoria, que puede ser general o especial, la primera referida a la amenaza o disuasión consecuencia de un mandato prohibitivo, y la segunda al cumplimiento de deberes especiales destinados a evitar daños, lo que implica que el potencial agente dañoso adopte las previsiones necesarias para evitarlo.

1.4.3. La función de resarcitoria

Sozzo (2012) indica que el Derecho de la Responsabilidad Civil en la primera modernidad tuvo una finalidad social y política que ha sido impulsar los comportamientos correctos. Esta función fue desarrollada a partir del dispositivo de la culpa y trasladando los costos económicos de los daños en estos casos. A esto se denominó “función reparadora”. Ésta fue la función central del sistema de responsabilidad civil y lo continúa siendo. El Derecho de Daños ha cumplido históricamente una función social central que es reparar los daños que perjudican al individuo. En otras palabras, cumple la función de proteger y brindar seguridad al individuo moderno a través de asegurar la propiedad privada.

Para Alpa (2001) la función natural de la responsabilidad civil o del derecho de daños, es la reparación o el resarcimiento de los daños causados a la víctima, sea ésta individual o colectiva, constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social. Inclusive desde una perspectiva de eficiencia vinculada al funcionamiento del mercado y al análisis económico del derecho, se llega a la conclusión de que

en la sociedad moderna el fin fundamental de las reglas de la responsabilidad es en consecuencia el perfil resarcitorio.

Ballesteros (2013) sostiene que “consiste en la obligación de reparar el daño que una persona le causa a otra injustificadamente, a fin de dejar a la víctima en la situación en la que estaría si el daño no hubiese ocurrido” (p.24).

Por su parte Reglero (2016) refiere que “la función resarcitoria, también llamada de compensación, indemnización o reparación, busca en lo posible dejar indemne a la persona a quien se le ha causado un daño injusto y proporcionarle los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación” (p.64), es decir, “retornar el *status quo ante* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio” (Espinoza, 2016, p. 55).

Con mayor precisión Sozzo (2012) sostiene que es la propiedad privada la que posibilita al individuo moderno individualizarse como tal al permitirle emanciparse respecto de las relaciones que lo colocaban bajo la dependencia de otros. En otras palabras, la propiedad privada de las cosas le permite alcanzar la “propiedad de sí mismo”. Por tanto, es el artefacto que primariamente protege al individuo, luego, mediatamente, el Estado tiene la función de defender la propiedad. El liberalismo generó un sistema de “protección civil del individuo” a través del Estado de Derecho y un sistema de “protección social” mediante la “propiedad privada”. La protección social es la que llevan adelante los individuos; la protección civil, la que moviliza el Estado para proteger la propiedad civil. En este esquema, el Derecho de la Responsabilidad Civil se articula mediante el principio del *alterum non lædere*, que no es otra cosa que una garantía acerca de que nadie va a dañar la propiedad privada de otro.

Por su parte Fernández (2001), indica que “la función esencial de un sistema de responsabilidad civil es la de reparación del daño (comprendida dentro de la denominada función satisfactoria del daño, que incluye tanto la función de reparación del mismo, como la función afectivo consolidatoria, (tratándose del resarcimiento del daño extra patrimonial); empero, no es menos cierto que esta función basada en un principio solidarístico, se entiende subordinada a la función sistémica de la responsabilidad civil de incentivación o desincentivación de actividades” (p.256).

Esto es, la función resarcitoria es una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico quien proporciona las reglas idóneas para reparar el daño injusto causado a otra persona, con la finalidad de restituir las situaciones jurídicas alteradas a su estado original.

1.4.4. Función punitiva

Diez Picaso (1999) señala que no puede encontrarse en las normas que cumplen una función indemnizatoria la realización de la idea de sanción, salvo que por sanción se entienda, de forma muy genérica, el anudar a un comportamiento determinadas consecuencias que puedan ser desfavorables para alguien. Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado.

Por su parte Alpa (2001) sostiene que esta función está ligada con la potestad punitiva del Estado, la que se ha reducido progresivamente en los tiempos modernos, sea por la afinación de los instrumentos del derecho penal, sea por la preeminencia en el ámbito de las teorías sobre la responsabilidad civil como institución, de la tendencia a resarcir el daño y no a castigar al dañador.

Trigo (1997) indica que con esta función “se persigue una doble finalidad: la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable, y además la de desterrar (*deterrence*) la eventual reproducción de futuros proceder ilícitos parecidos, mediante la disuasión o desanimando al agente del daño (Trigo Represas, 1995. p. 288). También se señala como funciones de estos daños punitivos, sancionar al dañador, prevenir sucesos lesivos similares y eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa” (p.189).

Por otro lado, Ponzanelli (1992) refiere que “el *punishment* es la función de castigar a quien ha cometido un hecho ilícito particularmente reprobable con un comportamiento muy distante del *standart* de diligencia ordinaria exigible, y desarrollado, por lo demás, con una predisposición psicológica cercana al dolo de la experiencia continental. La función de castigar al culpable de un hecho ilícito sumamente grave cumple también de forma implícita, una función desincentivadora” (p.25).

A su vez, Fernández (2001) indica que la función punitiva “está destinada a penalizar al causante del daño con sanciones civilísticas cuando la conducta del agente ha infringido en modo considerable las reglas de la conciencia social, cumple un rol subsidiario al servicio de la función preventiva de la responsabilidad civil, desde que la propia sanción impuesta al responsable de un daño, cumple también una función de disuasión a la reiteración de la conducta penalizada” (p. 256).

Es decir, la función punitiva no debe ser entendida como la imposición de sanciones penales, sino civiles, en ese sentido, el ordenamiento jurídico de una estado Constitucional de Derecho no va a consentir la comisión de un daño y va a reaccionar sancionándolo, imponiendo determinadas

consecuencias civiles desfavorables al agente que causó el daño ilícito, por la vulneración de normas de convivencia específicamente de carácter patrimonial.¹⁶

¹⁶ Cabe señalar que Espinoza (2016) sostiene que la doctrina italiana ha sistematizado las nuevas y antiguas funciones de la responsabilidad civil, bajo dos enfoques: a) Microsistémico, que permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura, en relación con las específicas categorías de los hechos ilícitos, y; b) Macrosistémico, que permite identificar la función de responsabilidad civil en el modelo económico que se tome referencia.

Agrega Espinoza (2016) que en la doctrina nacional se distingue la perspectiva didáctica o microsistémica, en la cual la responsabilidad tiene una triple función: satisfactoria, de equivalencia y distributiva; al lado de la perspectiva sistémica o macrosistémica, en la que la responsabilidad civil cumple dos funciones: una de incentivación o de desincentivación de actividades y otra que es preventiva. En verdad las funciones satisfactoria, de equivalencia y distributiva, son tres maneras de ver una misma función: así, si se requiere satisfacer a la víctima la reparación será (en la medida que ello sea posible) equivalente al daño causado, lo cual originará una redistribución de los costos del mismo. Por otro lado, cuesta entender la separación entre la función preventiva con la disuasiva o la incentivadora, cuando en realidad la primera se materializa a través de éstas”; para luego añadir que, las funciones de la responsabilidad civil tienen que ser vistas a partir de sus protagonistas de la siguiente manera: respecto a la víctima es satisfactoria, respecto al agresor es sancionadora, respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades, y común respecto a las tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

CAPÍTULO VII

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1.1. Concepto

Para comprender a la responsabilidad civil precontractual es necesario indicar que existen autores que la limitan a la ruptura injustificada de las tratativas, como por citar algunos, Brebbia (1987) sostiene que existe responsabilidad precontractual cuando a razón de la comisión de un acto ilícito culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que se deriva un daño al otro contratante, surge la obligación de resarcir el daño causado, o Cobas (1989) que señala que la responsabilidad precontractual es originada con motivo de la relación existente entre las que podría resultar futuras partes del contrato con motivo y como consecuencia de las tratativas que en común se realizan; sin embargo, ello es errado, pues, el negocio jurídico puede llegar a concretarse, pero por causas de invalidez imputables a una de las partes que incumplió de manera culposa con sus deberes en la etapa de la formación, deja de producir efectos jurídicos ocasionando daño al celebrante que actuó de buena fe, por lo que restringir la responsabilidad precontractual a la ruptura injustificada de las tratativas, es desconocer el daño que los celebrantes puedan causarse en la etapa de la formación cuando el negocio jurídico llegó a concretarse.

En efecto, el negocio jurídico comprende las etapas de formación, celebración y ejecución, y en cada una de ellas los celebrantes del mismo tienen deberes indispensables que cumplir al amparo del principio de la buena fe, el cual es acogido por nuestro ordenamiento jurídico y será explicado al detalle en adelante, por ende,

no cabe duda que la restricción antes mencionada carece de razonabilidad y coherencia.

Tan cierto es lo indicado que al respecto, León (2007) refiere:

Uno de los errores a los que conduce, irremediablemente, la asociación, tan constante e irreflexiva, de un sector jurídico con un solo problema es la reducción del campo visual del estudioso. Una problemática, o sea una gama de problemas, queda reducida a “un” problema. Éste, ni más ni menos, es el error de perspectiva en que se incurre, por lo menos entre nosotros, al analizar la responsabilidad *in contrahendo*, desde siempre asociada con “el” problema exclusivo de la ruptura injustificada de los tratos previos al contrato (p.593).

Aclarado ello, “la responsabilidad precontractual es la que existe por los daños resultantes de la frustración inmotivada de un contrato, como consecuencia del intempestivo apartamiento de una de las partes de las tratativas previas que de acuerdo al curso normal, debían conducir a la conclusión de aquél o a su definitiva no formación por falta de acuerdo; como así también cuando el mismo no llega a perfeccionarse válidamente por estar viciado de nulidad, por causas exclusivamente atribuibles a una de las partes (Trigo,1992).

En el mismo sentido Rozas (2004), precisa que la teoría de la responsabilidad precontractual nace para tutelar la confianza contractual que por sus propias características puede quedar lesionada como consecuencia: (i) de la ruptura injustificada de las tratativas, (ii) de la ineficacia (permanente o temporal) del contrato celebrado, o, (iii) de la falta de adecuación del reglamento contractual a los intereses de una o ambas partes. El fundamento de la referida teoría -de trascendencia eminentemente reparadora- se encuentra en la violación del deber de buena fe, que en materia contractual supone la necesidad de actuar leal y diligentemente.

Así entonces, la responsabilidad precontractual está destinada a la reparación del daño que el celebrante de un negocio jurídico ha causado culposamente al otro en la etapa de la formación del mismo, que comprende la causa de su no conclusión o de su invalidez, como por la existencia de error, la que debe ser analizada dentro de la teoría de la confianza que se rige por el principio de buena fe, esto es, de la valoración objetiva de la apariencia de la declaración a fin de determinar si ésta es capaz de generar confianza en quien tiene conocimiento de su contenido, en la imposición de una carga de autorresponsabilidad en el declarante, así como el respeto de las expectativas de quien recibe la declaración, la certeza de las relaciones jurídicas y al deber ético del cumplimiento de la palabra dada.

1.2. Origen

Respecto al origen de la responsabilidad precontractual Escobar (2004) sostiene:

La teoría de la responsabilidad precontractual fue creación de uno de los juristas más lúcidos de todos los tiempos: Rudolph von Ihering, basó su construcción con el fin de solucionar un caso real. Se trataba de un sujeto que deseando adquirir cien libras de cierta mercadería, recibió cien quintales de la misma. Debido a que a la hora de enviar el pedido confundió el signo de la libra con el del quintal. Dicho sujeto probó que se había equivocado, así que anuló el contrato celebrado. Ante este hecho el vendedor preguntó si podía reclamar el pago de una indemnización que cubriera los costos de embalaje y transporte de la mercadería. Ihering consideraba justo que el comprador causante del vicio asumiera los referidos costos. Sin embargo no encontraba en el derecho vigente respuesta alguna al caso planteado, pues tanto la *actio de dolo* como la *actio legis aquiliae* exigían la existencia de un daño causado a cosas corporales, ante este vacío, decidió sumirse a las fuentes romanas y ahí encontró varios casos en las que una de las partes respondía frente a la otra como consecuencia de haber ocultado hechos que provocaban la invalidez del contrato, en base a ello formuló su teoría de la *culpa in contrahendo* según la cual el contratante que culposamente causa la

invalidez o la inexistencia del contrato debe responder frente al otro indemnizando el interés contractual negativo (p.155).

Cabe precisar que el interés contractual negativo “es aquel que tiene por objeto evitar o eliminar toda tratativa infructuosa. Por consiguiente, se lesiona dicho interés cuando se inician tratativas sin seriedad, cuando se frustra el éxito de las mismas, etc. Obviamente la lesión al interés contractual negativo sólo es tutelada cuando la parte lesionante actúa de mala fe” (Escobar, 2004, p.159).

Sobre ello, León (2006) señala que el problema planteado por Jhering es establecer si a pesar de la nulidad del contrato, la persona que propiciaba el error, o a la que de alguna manera se podía achacar el error, incurría en alguna forma de responsabilidad y, por lo tanto, debía resarcir los daños ocasionados al tratante que había creído formar parte de una relación regular.

En efecto, Jhering (como se citó en León, 2006) refiere que no sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que van naciendo deben estar bajo la protección de las reglas de la culpa, de modo tal que las relaciones contractuales no se comprometan gravemente y que ningún contratante sea abandonado frente al peligro de devenir víctima de la negligencia ajena, pues la diligencia contractual es requerida en las relaciones contractuales en fase de formación y en las relaciones contractuales ya perfeccionadas, la inobservancia de dicha diligencia da lugar al resarcimiento del daño, así todo contratante debe responder de la certeza de su declaración de voluntad y si esta declaración es comprometida por un vicio que ha frustrado realmente la perfección del contrato en la cual la contraparte creía, se debe el resarcimiento del daño.

De ello se colige que la responsabilidad precontractual se basa en la teoría de la confianza por la cual se debe valorar la apariencia de la declaración de manera objetiva, es decir, si ésta es capaz de generar confianza en los terceros que tiene conocimiento de su contenido vinculatorio, pues, protege el estado de confianza de

los destinatarios de la declaración, impone una carga de autorresponsabilidad en el declarante, protege el respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, da certeza a las relaciones jurídicas y exalta el deber ético de ser fieles a la palabra dada (Palacios, 2013).

En ese sentido, la responsabilidad precontractual establece el resarcimiento de los daños producidos por la confianza en celebrar un contrato válido, imponiendo al contratante que incumplió con su deber de información, la obligación de responder por la certeza de su declaración de voluntad y si esta se encuentra viciada resarcir el daño causado, con lo cual otorga una adecuada protección a quien celebra un contrato y es víctima de negligencia ajena, así como se previene la formación de contratos viciados de error.

1.3. Fundamento de la responsabilidad precontractual

Distintas doctrinas pretenden encontrar el fundamento de la responsabilidad civil durante el período de formación del consentimiento. Algunas tienen una base contractualista, y otras sitúan la cuestión en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

1.3.1. Doctrina contractualista

Bustamante (1997) señala que para explicar la doctrina contractualista Ihering, se plantea el caso de una compraventa en la que el comprador incurre en error esencial al formular la oferta poniendo una cantidad superior a la deseada. Probado el error el contrato se anula. Se trata de saber quién soporta los gastos producidos con motivo de la ejecución del contrato: envío de la mercadería (embalaje, flete, etc). El vendedor damnificado no podría demandar con fundamento en el contrato nulo. Tal vez podría hacerlo fundándose en un tipo de responsabilidad extracontractual. Ihering señalaba que la culpa se cometió en el período previo de la formación del contrato, y

que el daño se produjo como consecuencia de la acción de una de las partes mientras se contraía la relación contractual (*in contrahendo*). La culpa *in contrahendo* consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo. Ese deber de diligencia nace con la oferta, por ello las tentativas anteriores no originan responsabilidad alguna. La responsabilidad es de naturaleza contractual, aunque nace en el periodo previo a la formación del contrato: se ha violado el deber de diligencia que tanto debe observarse en la ejecución del contrato como en el período previo a su formación.

Agrega, Bustamante (1997) que:

En la extensión del resarcimiento que corresponde a este caso, Ihering expone su teoría del interés negativo. En el supuesto de incumplimiento de un contrato válido, el acreedor tiene derecho a la indemnización del “interés positivo” o “de incumplimiento” que comprende todo el daño ocasionado por la inejecución, debiendo restablecerse su patrimonio a los mismos términos en que se hallaría si el contrato se hubiese cumplido. En el supuesto de la culpa *in contrahendo* debe resarcirse el interés negativo o el de confianza, consistente en el daño sufrido por haber confiado en la validez del negocio, y que no hubiera sufrido de otro modo, debiendo restablecerse el patrimonio a los mismos términos en que se hallaría de no haberse realizado las tratativas que produjeron el negocio nulo. El interés negativo comprendería el daño emergente consistente en los perjuicios que no hubiere sufrido empobreciendo su patrimonio, con los gastos realizados, y el lucro cesante consistente en la ganancia frustrada por no haber realizado el negocio jurídico válido y útil con un tercero; operación ésta desechada a causa de la existencia de aquella negociación supuestamente válida”. (p.103).

Sobre ello, Escobar (2004) sostiene:

El argumento empleado por los contractualistas es que cuando la norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe no hace otra cosa que imponer (a los sujetos que entran en contacto) la obligación de actuar de manera leal y diligente. Si alguno de los sujetos obra de mala fe, entonces incumple una obligación. Por consiguiente, el dañado tiene la posibilidad de demandar a la luz de las normas que regulan la inejecución de obligaciones. (p.159)

1.3.2. Doctrina extracontractual

No obstante, ello fue refutado por el jurista italiano Pagella (como se citó en Bustamante, 1973), quien:

Divide el período previo a la formación del contrato en dos etapas. La primera comprende las tratativas realizadas por las partes antes de que se emita la oferta, y la segunda comienza con la emisión de la oferta y termina con la conclusión del contrato o la cesión definitiva de las negociaciones. Esa primera etapa anterior a la oferta, que no era tomada en cuenta por el jurista alemán, y en la cual según Pagella también se puede incurrir en responsabilidad, es subdividida por éste en dos momentos diferentes: el de las negociaciones preliminares y el que tiene por objeto concretar la oferta definitiva. Ninguna de estas etapas, ni las anteriores a la oferta, ni la que sigue a ésta, se diferencian entre sí en punto a la responsabilidad. El sólo hecho de entrar en negociaciones con vistas a la formación de un contrato, se halla bajo el amparo del derecho y es susceptible de producir consecuencias jurídicas. Aunque las partes conservan en todo momento el derecho de separarse de las tratativas cualquiera fuese el grado de adelanto en que ellas se encontrasen, la ruptura no debe ser intempestiva; es decir, ninguna de las partes, pueden sin responsabilidad interrumpir el curso normal de las negociaciones impidiendo su culminación en el contrato o el desacuerdo total. El fundamento de esta responsabilidad se halla no en la culpa sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes

para entablar negociaciones. Puede no haber culpa o dolo, basta una separación arbitraria, sin justificación suficiente. La extensión del resarcimiento se limita al daño emergente, o sea a los gastos realizados durante las tratativas, pero no comprende el lucro cesante. (p.4).

Por su parte, Escobar (2004) indica que “el argumento empleado por los extracontractualistas es que cuando la norma jurídica impone el deber de actuar de buena fe no hace otra cosa que tutelar de manera específica el genérico interés de no sufrir daño alguno. En consecuencia, si alguno de los sujetos obra de mala fe, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la responsabilidad aquiliana” (p.159).

Ahora bien, para acoger una de las referidas teorías debemos indicar que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones protege tanto el interés del acreedor de obtener la prestación como el del deudor de ver satisfecho el interés que requería, es decir, un interés específico, el cual es diferente al interés genérico de la responsabilidad extracontractual, que consiste en que una persona no vea lesionado su patrimonio o que este se mantenga incólume por un contacto comercial y que puede ser exigido a cualquier persona, por ende, acogemos ésta última teoría.

1.4. La culpa *in contrahendo* en los Sistemas Alemán e Italiano

Según refiere Escobar (2004):

El BGB adoptó sin miramientos la tesis de Ihering, pues permitía anular una declaración viciada aun cuando la parte receptora no hubiera advertido el error, por tanto, tenía sentido preguntarse por la situación de dicha parte en caso que hubiese confiado en la validez de la referida declaración, pues ésta podía perjudicar seriamente a la parte receptora, por lo que decidió tutelarla bajo ciertas condiciones, estableciendo que si la parte receptora habría

confiado razonablemente en la validez de la declaración del *errans*, aquella tenía derecho al pago de una indemnización en caso de que este último decidiera ejercer el derecho de anulación; en consecuencia, dicho sistema resuelve coherentemente el conflicto de intereses generados por la falta de conformidad entre lo exteriorizado y lo querido, pues, reconociendo el derecho del *errans* de anular su declaración, concede tutela a la parte receptora en caso de que haya actuado de buena fe. En consecuencia, bajo supuesto alguno el hombre honesto y cuidadoso queda desprotegido frente a la situación perjudicial que genera la declaración de invalidez del negocio. (p.155).

En lo concerniente al sistema italiano, Escobar (2004) sostiene que:

Se apartó ostensiblemente de la tesis de Ihering, pues el legislador italiano de 1942, introdujo la necesidad de que el error fuera conocible a efectos de que el declarante pudiera anular el contrato, como consecuencia de ello, carecía de sentido preguntarse por la situación de la parte receptora de la declaración, cobrando sentido hacerlo por la situación de la parte emisora, pues, como el error era causa de anulación sólo cuando la parte receptora actuaba de mala fe (objetiva), el legislador italiano se preguntó si el *errans* podía además de anular el contrato exigir el pago de una indemnización, siendo resuelto en sentido positivo, consagrando un segundo sistema de responsabilidad precontractual, en el cual no era la parte receptora sino la emisora la que podía exigir el pago de una indemnización". (p.156).

1.5. La culpa *in contrahendo* en el Código Civil peruano de 1984

Con razonado criterio Escobar (2004) sostiene que nuestro Código Civil de 1984:

Adoptó parcialmente el modelo italiano de 1942, en lo referente a los requisitos del error como causa de anulación del negocio jurídico, estableciendo que la anulación del negocio jurídico por error sólo procedía si el mismo era esencial, determinante y conocible (por la parte destinataria de la declaración), sin embargo, no contento con mutilar el modelo italiano al dejar de lado la posibilidad de que la parte emisora pueda exigir el pago de una indemnización, decidió efectuar un aporte histórico y establecer que la anulación del negocio por error no daba lugar a indemnización entre las partes (p.156).

En efecto, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1984 de, De la Puente y Susana Zusman (1980), señalan que “el artículo 73, impide la indemnización de daños y perjuicios en el caso de anulación por error. Dado que el anteproyecto protege al receptor de la declaración, en base a la teoría de la confianza, el receptor no podría en caso a que llegara a anular el acto jurídico, intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció el error y, por tanto, no confió totalmente en la validez de la declaración. El artículo 73 es otra fórmula de lograr el equilibrio de protección para ambas partes” (p.103); esto es, se precisaba que la exoneración de responsabilidad era para el receptor de la declaración, no obstante, la Comisión Revisora modificó dicha propuesta y estableció la prohibición de indemnización para ambas partes.

Así pues, en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, cuyo ponente del Libro Acto Jurídico fue el Doctor Fernando Vidal Ramírez, se indica que “la norma, sin antecedente en el Código de 1936, se justifica en la conocibilidad del error por la contraparte del errante. Se trata, pues, de una derivación de la conocibilidad, pues la parte que podría alegar los daños y perjuicios que le irroguen la anulación, conoció o debió conocer el error” (Revoredo. 2015. p. 373).

En el mismo sentido, Vidal (1985) en su obra posterior titulada “El Acto Jurídico” precisa dicha justificación señalando:

El Código introduce una norma novedosa, contenida en el artículo 207, y decimos que es novedosa porque sólo tradicionalmente se ha considerado que el *errans* que obtenía la declaración de nulidad del acto, si infringía perjuicios a la contraparte, se lo debía indemnizar, Manuel de la Puente y Susana Zusman consideran que si bien el receptor está protegido por la teoría de la confianza no puede, en caso de que llegara anular el acto jurídico, intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció el error y, por lo tanto no confió totalmente en la validez de la declaración. Explicada y justificada la norma *sub examine*, nosotros reparamos que la misma sólo alcanza a las partes, por lo que ambas podrían responder eventualmente ante terceros (p. 636).

Igualmente, Lohmann (1987) indica “como se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios, pues si se ha anulado el negocio se debe a que el error fue esencial y conocible. Si es así, el precepto legal da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración o hecho notar al declarante el error en que se encontraba. Hubo entonces una falta de la parte receptora. Por la comisión de esta falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios” (p.483).

Así entonces, de la mencionada justificación se colige con claridad que está basada en la conocibilidad del error, es decir, en la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración de reconocer el error de su contraparte, sin embargo, ello es erróneo y ajeno a la teoría de la confianza dentro de la que debe ser comprendido el error y la responsabilidad precontractual.

En efecto, al reconocibilidad del error está referida a la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración para advertir el yerro de la contraparte o en otros términos atañe al aspecto exterior de la declaración y significa la posibilidad que tiene el que recibe la declaración de reconocer el error ajeno en que ésta se funda (León, 2006), mientras que la teoría de la confianza determina la responsabilidad precontractual del receptor de una declaración errada por la violación con efectos dañosos de su deber de comunicar la causa que acarrea la invalidez del contrato (León, 2006).

Vale decir, no existe contradicción alguna entre la reconocibilidad del error y la responsabilidad precontractual, ya que el primero está referido al elemento externo del negocio jurídico como es la posibilidad concreta del receptor de advertir el error de su contraparte (declaración), y la responsabilidad precontractual al elemento interno del negocio jurídico que se genera por el incumplimiento del receptor de su

deber de no comunicar la causa que genera la invalidez del negocio jurídico (voluntad).

De lo antes indicado se concluye que el legislador de 1984 al establecer la referida “justificación” no comprendió en su real significado a la teoría de la confianza, pues inclusive apoyándose en una interpretación contraria a ella ha pretendido explicar la exclusión de la regulación de la responsabilidad precontractual, en ese sentido, León (2006) sostiene “si la razón por la que creyeron guiarse nuestros codificadores era el respeto debido a la teoría de la confianza, sería lícito conjeturar más de veinte años después, que ni siquiera entendían el significado de esta última” (p.299).

En efecto como lo sostiene Palacios (2013), la teoría de la confianza:

Consiste en la valoración de la apariencia de la declaración, es decir, se debe valorar objetivamente si ésta es capaz de generar una confianza en los terceros que tienen conocimiento de su contenido vinculatorio, pues, es un principio negocial que en forma lata, tiende a la protección del estado de confianza de los destinatarios de una declaración de voluntad y que impone una carga de autorresponsabilidad en el declarante, ya que apunta hacia el respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, a la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas y a la exaltación del deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada.

Agrega, Palacios (2013) que para la teoría de la confianza el criterio de interpretación se configura indagando la expresión externa del negocio jurídico, materializando tal idea, en la influencia que sobre los alcances del negocio tienen las normas positivas que exigen a las partes negociales una conducta en armonía con la buena fe.

En efecto, la teoría de la confianza, implica la valoración objetiva de la apariencia de la declaración a fin de determinar si ésta es capaz de generar confianza en quien tiene conocimiento de su contenido, e impone una carga de

autorresponsabilidad en el declarante, así como el respeto de las expectativas de quien recibe la declaración, la certeza de las relaciones jurídicas y al deber ético del cumplimiento de la palabra dada.

No obstante, nuestro legislador de 1984, con la prohibición de que el celebrante que ha sufrido un perjuicio por la anulación del negocio jurídico por error, pueda obtener la reparación de dicho daño, deja de lado a la parte que confió en la celebración de un negocio jurídico y se ha visto perjudicado por negligencia ajena.

Con ello se transgrede sin duda alguna los principios esenciales que rigen todo negocio jurídico como son el de la buena fe y la confianza, pues se desconoce el deber del celebrante que conocía o debía conocer el error de comunicar a su par la causa que acarreará la invalidez del negocio jurídico, pues ésta está comprendido dentro de su esfera de control y constituye una exigencia mínima para que se perfeccione un negocio jurídico, lo cual demuestra la falta de razonabilidad y coherencia del Código Civil de 1984, al regular el error y prohibir la responsabilidad precontractual en el mismo, pues, lejos de establecer una solución justa instaurando un sistema resarcitorio para el contratante que sufre un daño sin su culpa o por negligencia ajena y por haber confiado en la celebración de un contrato, optó por abandonarlo injustificadamente y elaborar una nueva doctrina perjudicial al contratante de buena fe.

CAPÍTULO VIII

LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, REPARACIÓN INTEGRAL Y RAZONABILIDAD

1.1. Los principios del derecho

Los principios generales del Derecho, “son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento” (Rubio, 2009, p.284); o también son definidos como “las ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario” (Torres, 2011, p.478); o como, “las verdades fundantes de un sistema u ordenamiento jurídico, concebido como aquellos elementos de carácter lógico y ético del Derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos, condicionando y orientando la comprensión del ordenamiento jurídico” (Palacios, 2002, p.21), o como lo sostiene Bobbio (2013) “no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales, precisando que las llama normas porque, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas); y, la

función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso” (p.214).

Vale decir, los principios generales del derecho civil, son valores supremos, líneas directrices o las bases éticas, lógicas, teóricas y normativas, que inspiran a la Teoría General del negocio jurídico, permitiendo realizar una mejor interpretación y aplicación de sus normas legales, así como consuetudinarias, o llenar los vacíos en caso de su ausencia.

Asimismo, debemos indicar que los principios cumplen diversas funciones, que son:

1. Inspiran al legislador, función creadora o fuente material del derecho: “Al elaborarse las leyes, los autores usualmente toman en cuenta para el diseño normativo los principios que consideran más adecuados y, así, los introducen en el sentido de las normas. Es por ello que su transliteralidad permite descubrirlos en muchos casos” (Rubio, 2009, p.287). En el mismo sentido, Torres (2011) refiere que crean las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogación de normas. Los principios son los postulados éticos que informan, inspiran y orientan la actividad del órgano constituyente, legislador, ejecutivo, jurisdiccional y demás órganos menores de producción jurídica, así como del Derecho consuetudinario.

Esto es, los principios tienen una función creadora, porque dan las pautas dogmáticas al legislador para la elaboración, modificación o derogación de una norma.

2. Función interpretativa: “Los principios generales son pautas o criterios de interpretación de las normas jurídicas” (Torres, 2011, p.480); por su parte Rubio (2009) precisa que los principios generales se utilizan en casos de interpretación para llevar a cabo el método sistemático por comparación con otras normas, en la medida que la *ratio legis* está estrechamente emparentada

a los principios. También intervienen en el método sistemático por ubicación de la norma en el sistema porque, a través de él, aclaramos el sentido normativo, recurriendo, entre otros medios, a los principios generales del grupo normativo respectivo

En efecto, al ser los principios generales los valores supremos o líneas directrices que inspiran a la Teoría General del Negocio Jurídico, cuando se presente alguna oscuridad o ambigüedad respecto al sentido en que debe interpretarse una norma, ellos brindarán las pautas correctas para encontrar el correcto significado de la misma.

3. Función Integradora: “En el campo específico de la integración jurídica, los principios generales operan, fundamentalmente, de dos maneras: una, generando normas aplicables a las lagunas a partir de sus contenidos; la otra, la llamada *analogia iuris*” (Rubio, 2009, p.287); por su parte Torres (2011) señala que “el legislador no puede prever todas las peculiaridades, detalles, características o especificidades de los hechos sociales, que con la ley regula, y si no puede prever todos los casos que surgen en la vida social, menos puede prever todos los que todavía no se han presentado, pero que se presentarán en un futuro próximo o lejano. Los principios generales sirven para llenar las lagunas de que adolece el Derecho” (p.481).

Es decir, no solo ante una laguna de derecho, que se presenta cuando “el sistema no ofrece soluciones posibles para un caso determinado, ni en un sentido ni en otro” (Bobbio, 2013, p.238), sino también frente a la presencia de un vacío normativo, los principios generales del derecho operan generando normas y criterios aplicables.

Ahora bien, dentro de los principales principios que inspiran al negocio jurídico y a la responsabilidad civil, tenemos a los siguientes:

1.2. El principio de la buena fe

De la Puente (2007) sostiene que “donde existe consenso, es que la buena fe, es un elemento de la vida con relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que este no lo ha recibido tal como es, sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe, no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular, para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil” (p.331).

Asimismo, Galgano (1992) señala:

Las normas que regulan de forma analítica y circunstanciada, la formación y la ejecución del contrato se acompañan de otras normas, las cuales formulan un criterio general de comportamiento de las partes contratantes. Son las normas que les imponen comportarse, la una frente a la otra, según la buena fe; la buena fe expresa un deber: el deber de las partes contratantes de comportarse con corrección o lealtad. Tiene, por tal razón, el mismo significado que aquel deber más general de corrección que el Código Civil impone al deudor y al acreedor. A fin de distinguir este concepto de la buena fe como deber de comportamiento de la buena fe como estado subjetivo, se habla comúnmente de una buena fe contractual. El deber general de la buena fe contractual tiene la función de colmar las inevitables lagunas legales, al igual que aquel deber más general de corrección que existe entre deudor y acreedor (que es de aplicación a todas las obligaciones, y no sólo para las obligaciones contractuales): la ley, por muy analítica que sea, no puede prever todas las situaciones posibles, mediante normas concretas, ni todos los abusos que las partes pueden cometer la una en perjuicio de la otra. La ley solo previene las situaciones más frecuentes, eliminando los abusos más recurrentes: muchos comportamientos reprobables escaparían a las espesas redes de la ley, si debiera considerarse permitido cualquier comportamiento que ninguna ley no prohíba (“la ley no lo prohíbe, consecuentemente puedo

hacerlo”), o únicamente facultativo cualquier comportamiento que ninguna norma positiva no lo haga obligatorio (“la ley no lo impone, por tanto, puedo no hacerlo”). El principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo, es decir, ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social. Las reglas, no escritas, de la corrección y de la lealtad, son las reglas consuetudinarias: corresponden a aquello que un contratante medianamente correcto o leal se siente en el deber de hacer o no hacer; y se debe tener en cuenta el nivel medio de corrección del concreto sector económico o social al que el contrato se refiere (por ejemplo, el sector crediticio, el de los seguros, el de la compraventa de los automóviles usados, etc). Al Juez, en concreto, le corresponde establecer aquello que es conforme a la buena fe o que es contrario a ella, sin embargo, el Juez no se sirve de su particular concepto de corrección o lealtad; debe tener en cuenta las reglas de la costumbre que pueden ser muy elásticas y distintas de su concepto personal de corrección. (p. 452).

De similar opinión, es Alterini (1999) quien refiere que “la buena fe es (o debería ser) la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica; la mala fe corrompe la armonía de la convivencia, tuerce el curso habitual de los fenómenos jurídicos, y produce consecuencias comúnmente disvaliosas para quien aporta ese elemento insólito –o inesperado por lo menos- en la convivencia social” (p.411).

Por su parte, Compagnucci (1992) sostiene que el principio de la buena fe es uno de los pilares sobre los cuales se asienta la hermenéutica negocial. La buena fe objetiva u *ob causante*, es decir, la observación de reglas y conductas de lealtad, buen comportamiento, probidad en las relaciones jurídicas, que además son las que imponen en la convivencia humana, es el obrar bien con sinceridad y sin reservas. Esta regla es una de las pautas para apreciar el sentido de la relación; luego citando a De los mozos, indica que, la buena fe objetiva es un arquetipo de una

conducta elevada a norma, y tiene como función integrar y corregir la voluntad privada que dio vida al negocio (p.369).

Palacios (2002) refiere que la buena fe debe ser calificada como un deber de lealtad de conducta constreñible en las relaciones intersubjetivas de las partes negociales, que de todas formas resulta exigible a ellas, y que en todo caso, es un parámetro de valoración necesario para la actividad investigadora del intérprete que se verá forzado a darle a las declaraciones y comportamientos, a ser interpretado, en el sentido que se desprenda contextualmente de los mismos, suponiendo que los sujetos a los que resultan atribuibles, ellos lo han exteriorizado en respeto de los deberes de corrección y lealtad. Ello tiene como consecuencia también el reconocer que la buena fe, en su categoría de criterio hermenéutico, resulta importante en la apreciación del material interpretativo, al excluir de los denominados indicios de significación las declaraciones o comportamientos que tengan una connotación nimia o irrelevante¹⁷.

¹⁷ Igualmente, Torres (2007) señala que en una primera acepción, la buena fe es entendida como un principio general informador de todo el ordenamiento jurídico, o sea todo el Derecho se edifica, se funda, sobre la base de los principios generales, entre ellos la buena fe. Como principio general, la buena fe, es la aplicación particular de otro principio más general "*alterum no laedere*" al cual está vinculado. Los principios generales, entre ellos la buena fe, fundamentan o sustentan todo el ordenamiento jurídico. En una segunda acepción, la buena fe, es un principio general de integración del ordenamiento jurídico. A falta de la ley o de costumbre, los vacíos (lagunas) que presenta el ordenamiento jurídico se integran con los principios generales entre los que figura la buena fe. En una tercera acepción, la buena fe constituye una regla de interpretación del acto jurídico. La buena fe consiste en un modelo de conducta ético social que tiene un aspecto negativo o de veto, en cuanto rechaza una conducta deshonesta (ejemplo, no defraudar); y otro positivo en cuanto impone una conducta de colaboración con los demás para que puedan alcanzar los fines que persiguen (ejemplo, obrar con diligencia, con previsión). Seguidamente agrega, los actos jurídicos deben negociarse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse según el principio de la buena fe. Resulta contrario al fin social y económico de los actos jurídicos prescindir del principio de la buena fe, por cuanto el derecho positivo no puede tutelar actitudes reñidas con los fines sociales y económicos para cuya consecución nos confiere derechos subjetivos. La buena fe de las partes es el principio rector, base para la interpretación de los actos jurídicos, "el que necesariamente debe

Por su parte, Escobar (2004) refiere que:

El principio de buena fe supone en términos generales, la necesidad de actuar leal y diligentemente. En la etapa de las tratativas, el referido principio se descompone en una serie de deberes específicos, entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) el deber de suministrar información, (ii) el deber de actuar con veracidad, (iii) el deber de actuar con claridad, (iv) el deber de mantener la confidencialidad, y (v) el deber de custodiar bienes entregados para pruebas o demostraciones. De todos los deberes indicados, el de suministrar información es el que, sin duda, juega un papel trascendental en el ámbito de la responsabilidad por ineficacia contractual. El deber de informar encuentra su justificación en la necesidad de corregir la situación de asimetría que usualmente se presenta en las negociaciones. Por tal razón en cumplimiento de dicho deber la parte que conoce (o que debiera conocer) ciertos datos relevantes de la operación tiene que hacerlo saber a la otra, en caso esta última no los conozca (o no debiera conocerlos). (p.158).

Así entonces, la buena fe es un principio de la Teoría General del negocio jurídico, que regula la formación, celebración y ejecución de éste, estableciendo un criterio general de comportamiento de las partes intervinientes, que consiste en la exigencia que deberán comportarse con corrección, lealtad y diligencia, es decir, obrar bien con sinceridad y sin reservas en la celebración de sus negocios jurídicos y que sirve como línea directriz para la integración e interpretación de los mismos.

considerar el intérprete en la valoración de la conducta de los manifestantes de la voluntad de los destinatarios". La buena fe lealtad, se debe no sólo durante el período de formación del acto jurídico, sino también en el de negociación, ejecución, o en su caso, en el de disolución, para evitar que se frustre el fin perseguido o que se perjudique indebidamente a la otra parte. La buena fe tiene un aspecto activo, el de buena fe certeza y lealtad que preside toda la vida del acto jurídico, desde la fase pre-negocial hasta la post-negocial, y un aspecto pasivo, el de la buena fe creencia o confianza (fiducia), conforme al cual el destinatario de la declaración de voluntad deberá ser protegido en su creencia sobre el sentido de la declaración si obró con diligencia, atendiendo a las circunstancias del caso.

En ese sentido, si en las tratativas alguna de las partes celebrantes incurre en un vicio que pueda afectar la validez del negocio jurídico y la otra toma conocimiento de ello, en mérito al principio de la buena fe, ésta está en la obligación de comunicar la existencia de dicho vicio y así evitar la ineficacia del negocio.

Asimismo, debemos indicar que la doctrina ha distinguido dos clases de buena fe, que son objetiva y subjetiva, las que se precisará a continuación:

a) Buena Fe Subjetiva

Consiste en “la impecable conciencia de estar obrando conforme a derecho, y es antecedente para la adquisición de un derecho, por lo común un derecho real, por ejemplo, cuando alguien adquiere una cosa, se lo considera de buena fe, si tiene la convicción de que el enajenante es su dueño” (Alterini, 1999, p.411).

Torres (2007) señala que la buena fe subjetiva es de tono individual e intelectual, consiste en la creencia o ignorancia que tiene el sujeto de la relación jurídica, de estar actuando con corrección y lealtad de comportamiento, de que no está dañando un interés ajeno; se refiere también a la creencia del destinatario de la declaración de voluntad, quien fía y confía en que ésta corresponde al querer real del declarante. En este caso, el acto jurídico es válido, aunque no esté de acuerdo con la voluntad real del declarante, puesto que el Derecho no puede amparar a quien con su declaración crea situaciones productivas de errores o falsas interpretaciones.

En igual sentido, Palacios (2002) indica que “se concreta en la protección de la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga las circunstancias generales de la misma” (p. 34).

De similar criterio es De la Puente (2007) quien señala:

La buena fe subjetiva tiene las siguientes características: a. Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético. b. Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición. c. La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es, que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio. d. En este proceso la formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa. e. La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona. f. La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar. g. El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia. (p. 338).

Así pues, la buena fe subjetiva, es la creencia de las partes celebrantes de un negocio jurídico, de estar obrando con corrección, lealtad y diligencia, es decir, de que su actuar es conforme a derecho, por lo cual el ordenamiento jurídico les otorgará la protección adecuada al resultado querido.

b) Buena fe Objetiva

Es entendida como un modelo de conducta social imperante en una comunidad; un comportamiento de fidelidad típico o deber general de corrección, de honestidad, probidad, confianza, sinceridad, y lealtad. Este estándar de conducta social sirve para interpretar corrigiendo el sentido de la declaración o integrándola y aun sustituyendo la propia voluntad. Las partes del acto jurídico están obligadas a actuar en forma diligente y prudente, según el modo normal de gentes honestas, probas y decentes que no buscan crear confusiones u obscuridades para sacar provecho de ellas. La buena fe objetiva supone conferir al acto jurídico el significado que le atribuirían personas normales y leales, aunque en el acto concreto,

las partes no estén de acuerdo con ello en absoluto. De acuerdo con el criterio de interpretación de buena fe objetiva, el acto jurídico puede obtener un significado diferente del texto literal, cuando este significado es diverso del significado que le darían personas honestas (Torres, 2007, p.485).

De similar criterio es Palacios (2002) quien sostiene que “su actuación estaría circunscrita a la imposición de una regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas” (p.34).

Por su parte Alterini (1999) refiere que “la buena fe objetiva implica una regla de conducta de probidad, que genera en los demás la confianza en que será acatada. Y -aunque con la vaguedad propia de los sustantivos que designan a los *standars* jurídicos- es comprendida como la que se atiende al criterio de recíproca lealtad de conducta o de confianza entre las partes, o el comportamiento leal y honesto de la gente bien. Puede tener como modelo el comportamiento de un “buen padre de familia” (p.411).

Asimismo, De la Puente (2007) precisa:

Este tipo de buena fe tiene las siguientes características, a. Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético. b. Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. c. Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo. d. Esta objetividad, no excluye sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o la culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa, no puede escudarse en la buena fe objetiva. e. El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un *standard* jurídico, o sea un prototipo de conducta social media. f. El *estándar* debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto (p. 340).

Así entonces, la buena fe objetiva, es un modelo de conducta imperante en una sociedad, es decir, la imposición de un deber general de corrección o de un estándar de conducta social que sirve para interpretar la intención de los celebrantes de un negocio jurídico corrigiéndolo o integrándolo.

Por tanto, la buena fe es un principio esencial y determinante para la formación, celebración y ejecución de un negocio jurídico, pues impone a las partes celebrantes un criterio general de comportamiento, según el cual deberán comportarse con corrección, lealtad y diligencia, y como tal, sirve para interpretar e integrar el contenido de un negocio jurídico.

1.3. El principio de reparación integral de la responsabilidad civil

En lo concerniente a la razón de ser de este principio Fernández (2001) sostiene:

Dentro de la racionalidad de los sistemas más logrados del *civil law*, se comienza a percibir que la subvención al desarrollo industrial en detrimento de las víctimas, no puede ser tolerado más, si es que se ha alcanzado, cuando menos, un grado de desarrollo tecnológico en función a la actividad que se trate. Realidades evidentes de esta constatación se dan, por ejemplo, dentro de los campos de la responsabilidad civil médica y de la responsabilidad por productos. Se plantea entonces, en función al grado de desarrollo tecnológico de las actividades humanas, un reemplazo de la “función individual” por la “función social” de la responsabilidad civil, afirmándose el principio solidarístico de la reparación integral como regla general de la responsabilidad, o, cuando menos una concepción bipolar de la responsabilidad civil, con la coexistencia de dos grandes principios generales: la culpa y el riesgo, y la construcción del sistema de la responsabilidad extracontractual bajo dos cláusulas generales interpretativas: una de responsabilidad subjetiva y otra de responsabilidad objetiva. (p.248)

Salvi (como se citó en Fernández, 2001) indica:

La *ratio* del instituto tiende en efecto, a alejarse de la lógica individual, que sostiene la exigencia de restaurar el equilibrio lesionado por el daño a la víctima, a una razón de interés general. Se abre así la dialéctica, todavía central, entre la función individual de la responsabilidad civil, como instituto que regula una relación bilateral según criterios privatistas, y su función social entendida como interés general que justifica (o no) el traslado del daño de la víctima a otro sujeto (...). La reparación del daño no es más vista como la consecuencia de reglas con finalidades esencialmente preventivas y represivas en función de conductas dañosas opuestas a los parámetros de tolerabilidad social; sino, como función primaria del instituto, que encuentra si acaso un límite, y no su fundamento, en la consideración del hecho del responsable. El principio liberal es derrumbado: no se pregunta ya si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, por qué podría ser negado el derecho de la víctima al resarcimiento. (p. 249)

Para Naveira (2004) este principio conocido en su expresión latina *restitutio in integrum*, se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella a la que se encontraba si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Se trata pues, que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño padecido, en la medida en éste haya sido resultado imputable a un tercero. Ahora bien, para que ello suceda, es preciso que se cumpla dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto o favorable al sujeto perjudicado. En definitiva, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado.

En igual sentido. De Ángel (1997) refiere que “la función reparadora de la responsabilidad civil, se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que él le acarrea (p.55).

Del mismo modo, Medina (2016) sostiene que cuando se dice que nuestro ordenamiento jurídico está presidido por el principio de la reparación integral, se está afirmado que el instituto de la responsabilidad civil está enmarcado por un principio institucional de indemnidad, que se realiza con una completa restauración, que por equivalencia o por compensación, haga el daño jurídicamente inexistente, evitando a su vez cualquier enriquecimiento injusto.

Para Orgaz (1960) este principio “consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado” (p.37), es decir, “el juez debe otorgar la total indemnización de los daños que sean ciertos, directos, personales, y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado” (Tamayo, 1999, p.189); esto es, “abarca todas las consecuencias inmediatas y aún las mediatas, si éstas fueran previsibles, pues, quien viola la ley, quien tiene una conducta peligrosa o dañosa para sus semejantes, debe cargar con las consecuencias, porque sería injusto no indemnizar totalmente a la víctima” (Borda, 1963, p.389).

Por su parte Espinoza (2016) sostiene que “el principio de reparación integral del daño, se deduce del objeto mismo de la responsabilidad civil que es el de restablecer, en tanto ello sea posible, el equilibrio destruido por el daño y de restablecer a la víctima en la situación anterior. Se manifiesta esencialmente, cuando el juez asigna la reparación e impone entonces que la víctima reciba el exacto equivalente del daño: todo el daño y nada más que el daño” (p.373).

En igual sentido Manzanares (2008) alega que “este principio es más un anhelo que una realidad: resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño, toda vez que

las consecuencias del daño no desaparecen con el pago de una indemnización; por eso, más que una reparación, el pago ordenado por el juez es muchas veces sólo una compensación. Pero ello no significa que, ante tal comprobación, debemos abandonar la idea de reparación. Por el contrario las dificultades prácticas de realizarla no la hacen inválida como principio” (p.139).

Así entonces, el principio de reparación integral consiste en que la persona que ha sufrido un daño será resarcido en la totalidad del daño padecido, valer decir, su finalidad está dirigida a que exista una equivalencia entre los daños sufridos y la reparación que se otorgue para que se restablezca el equilibrio alterado.

1.4. El principio de razonabilidad

Este principio en el derecho anglosajón también es llamado de proporcionalidad, así pues, para tener una mejor comprensión del mismo, debemos partir señalando que “existen dos formas básicas de aplicar las normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello, que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional”. (Bernal, 2008, p.225).

Del mismo modo, Alexy (1993) refiere:

A la distinción entre reglas y principios le corresponde dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. El concepto de un derecho es compatible con ambas. Un sistema jurídico puede contener muchos derechos individuales que no se sostengan en principios. La subsunción, es simplemente un marco dentro del cual tiene que tener lugar el razonamiento jurídico, para llegar a una decisión racional, pero este tipo de razonamiento no tiene ninguna relación especial con el concepto de un derecho, se trata de razonamiento jurídico en general, pero el panorama cambia si el sistema jurídico tiene derechos que se sostiene en principios. (p.34)

Dicho ello, debemos indicar que la ponderación, es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. “Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizable en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos” (Bernal, 2008, p.225).

Por su parte Alexy (1993) sostiene que “el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización, como tales implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad, esta regla comprende tres sub reglas: la regla de adecuación, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto” (p.34).

Respecto al primer sub principio de adecuación, debemos señalar que “excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios; igualmente, el principio de necesidad requiere que entre otros dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección debe escogerse el que interfiera menos con el derecho de defensa, lo mismo sucede cuando los dos medios son igualmente idóneos para cualquier otro objetivo o bien colectivo, y en lo que corresponde al principio de proporcionalidad en sentido estricto, es de indicar que es idéntico a una regla que podría denominarse Ley de la ponderación, esta se refiere a los derechos constitucionales en tanto que principios establecen que: cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, tanto más importante es satisfacer el otro” (Alexy, 2009. p.56).

Sin embargo, el significado que utilizaremos del principio de razonabilidad es el que sostiene Bidart (2008) quien señala que “importa la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley -y a los actos estatales de ella derivados inmediata o mediatamente- un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquélla sea razonable, justo y válido” (p.118); en ese sentido, “la alteración de un derecho por vía reglamentaria constituye un ejercicio irrazonable de esa potestad, ya que lo priva de su esencia” (Sabsay, 1998, p.123).

Del mismo modo Linares (2002) refiere que “la razonabilidad es la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear derecho: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido común jurídico (el plexo de valores que lo integran) y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos)” (p. 98).

Así entonces, por el principio de razonabilidad la restricción que se realice de un derecho tiene que ser necesariamente justa, es decir, las causales de ello deben determinar que no exista otra posibilidad más equitativa que la restricción establecida.

CAPÍTULO I

RESULTADO, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS FORMULADA

1.1. El derecho fundamental a la propiedad y la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

Según lo analizado se ha demostrado que la prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error, establecida en el artículo 207 del Código Civil, vulnera el derecho fundamental a la propiedad del contratante que confió en la celebración del negocio y sufre daño por negligencia ajena, debido a que permite injustificadamente que se cause daño sin la obligación de repararlo.

1.1.1. Discusión del resultado

Del resultado obtenido se evidencia que la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error establecida en el artículo 207 del Código Civil de 1984, vulnera el derecho fundamental a la propiedad del contratante que confió en la celebración del negocio jurídico y sufre un daño por negligencia ajena, que se encuentra consagrado en los artículos 2), inciso 16), y artículo 70), de nuestra Constitución Política, ya que éste acoge al sentimiento humano de apropiarse de las cosas para satisfacer sus necesidades y lograr el desarrollo de su personalidad, al cual le es consustancial los derechos de libertad y dignidad del individuo, que se

rige por los principios de iniciativa privada (puesto que sin libertad no existiría la posibilidad de apropiarse de una cosa para satisfacer necesidades y lograr el desarrollo de la personalidad) y autoresponsabilidad (ya que la propiedad no es un derecho absoluto sino que debe respetar a los derechos de terceros), y tiene como finalidad mantener su conservación, así como la posibilidad de disponer de sus propios intereses.

Así pues, la consagración del derecho fundamental a la propiedad constituye “el instrumento que posibilita la libertad de actuación del individuo en la vida económica, en este caso específico se trata de garantizarle al propietario una amplia libertad para acceder a la propiedad, pero una vez alcanzado ese objetivo se garantiza la libertad en el ejercicio de su derecho, de esta manera queda proscrita toda interferencia estatal cuyo fin sea despojar al individuo” (Gonzales, 2005, p.518), vale decir, la propiedad es inviolable.

De ello se colige, que el mencionado derecho tiene una dimensión subjetiva y objetiva, la primera implica el reconocimiento de un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular, a través de cuyo ejercicio se conseguirá lograr la finalidad del reconocimiento del derecho de propiedad, mientras que por la segunda, abarca una dimensión objetiva, prestacional o social, a través de la cual el poder político se vincula a los derechos fundamentales comprometiéndose a garantizar y favorecer su plena vigencia, adquiriendo con ello una serie de obligaciones, no sólo negativas de no acción, sino especialmente positivas de acción (Castillo, 2006).

Así entonces, el derecho fundamental a la propiedad es reconocido por el Estado al acoger el sentimiento humano de apropiarse de las cosas para satisfacer sus necesidades y lograr el desarrollo de su personalidad, garantizando así la libertad del individuo en la vida económica, pero a su

vez, le otorga protección para garantizar la plena vigencia del mismo, dándole la categoría de inviolable, vale decir, se obliga a garantizar su máxima realización con una protección idónea, pues, su finalidad es mantener su conservación, lo que no sólo implica prohibir la afectación injustificada por parte del Estado, sino también de particulares en el tráfico jurídico.

En efecto, para otorgar una protección idónea para el mencionado derecho, debemos comprender que éste “no queda enclaustrado en el marco del dominio y de los derechos reales sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica” (STC N.º 0008-2003-AI/TC); esto es, la propiedad comprende no sólo la relación directa entre el individuo y una cosa, sino también los intereses o expectativas económicas que se genera el propietario producto de los negocios jurídicos que celebre, lo cual se logra restableciendo el equilibrio o *estatus* del mencionado derecho al estado anterior a su vulneración a través de un pilar básico de todo Estado Constitucional de Derecho como es la institución de la responsabilidad civil, la cual debe ser acorde con el tráfico jurídico.

De ese modo, el Estado a través de la responsabilidad civil busca reducir al extremo las conductas dañosas y reprochables, para lo cual otorga una protección especial a los derechos y así logra que éstos puedan obtener una compensación si son afectados restableciéndolos al estado anterior a su vulneración o equilibrio, además, que el que padece un daño encuentra en la responsabilidad civil una justicia correctiva que consiste en ser resarcido por quien le causó el daño obteniendo una reparación integral por ello,

incluso si no se actuó con culpa en el supuesto de la responsabilidad objetiva.

De ahí que, la esencia de un Estado Constitucional de Derecho es proteger los derechos fundamentales que lo inspiran dándoles un contenido real, para lo cual brinda un mecanismo idóneo para ello, siendo éste para el derecho fundamental a la propiedad, la responsabilidad civil, a través de la cual va a enunciar conductas que no deben ser realizadas o de concretizarse deben serlo en la menor cantidad posible, y en el caso de que ello ocurra, el equilibrio económico o moral alterado, el ordenamiento jurídico responderá obligando al causante de dicha alteración a repararlo en su integridad.

Así pues, la responsabilidad civil comprende a la responsabilidad precontractual, la cual establece el resarcimiento de los daños producidos por la confianza de celebrar un contrato válido, imponiendo al contratante que incumplió con su deber de información, la obligación de responder por la certeza de su declaración de voluntad y si esta se encuentra viciada resarcir el daño causado, con lo cual otorga una adecuada protección a quien celebra un contrato y es víctima de negligencia ajena, así como se previene la formación de contratos viciados de error.

Sin embargo, lo normado en el artículo 207 del Código Civil de 1984, es contradictorio al derecho fundamental a la propiedad cuya protección al máximo grado de realización es consustancial a su consagración, ya que permite la afectación del derecho a la propiedad del contratante que confió en la celebración de un negocio jurídico y padece daño por negligencia ajena al desconocer a la responsabilidad precontractual.

Cabe precisar, que se ha determinado que la justificación por la que el legislador estableció la mencionada prohibición, es la conocibilidad del error,

es decir, la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración de reconocer el error de su contraparte, bajo el contexto de que si tuvo la posibilidad de conocer el error, no puede beneficiarse con una indemnización, sin embargo, ello es erróneo y ajeno a la teoría de la confianza dentro de la que debe ser comprendido el error y la responsabilidad civil precontractual.

Así, la teoría de la confianza, consiste en la valoración de la apariencia de la declaración, es decir, se debe valorar objetivamente si ésta es capaz de generar una confianza en los terceros que tienen conocimiento de su contenido vinculatorio, pues, es un principio negocial que en forma lata, tiende a la protección del estado de confianza de los destinatarios de una declaración de voluntad y que impone una carga de autorresponsabilidad en el declarante, ya que apunta hacia el respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, a la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas y a la exaltación del deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada. (Palacios, 2013)

En ese contexto, la conocibilidad del error atañe al aspecto exterior de la declaración y significa la posibilidad que tiene el que recibe la declaración de reconocer el error ajeno en que ésta se funda (León, 2006), mientras que la teoría de la confianza determina la responsabilidad precontractual del receptor de una declaración errada, por la violación con efectos dañosos de su deber de comunicar la causa que acarrea la invalidez del contrato (León, 2006).

En consecuencia, la mencionada prohibición vulnera el derecho fundamental a la propiedad del contratante que confió en la celebración de un negocio jurídico y que padece daño por negligencia ajena, al excluir de forma injustificada toda posibilidad de que pueda ser indemnizado.

1.2. La función preventiva de la responsabilidad civil y su importancia en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error

Según lo analizado, la función preventiva de la responsabilidad civil en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error, persuade a que los celebrantes de un negocio jurídico y demás miembros de la sociedad se ocasionen daño, al obligarlos a que en las tratativas del negocio jurídico que celebren tengan un correcto y leal actuar, pues, de lo contrario serán responsables por el perjuicio que causen.

1.2.1. Discusión del resultado

Del resultado obtenido se demuestra que la función preventiva, “tiene la finalidad de disuadir a toda persona de causar daño alguno, para que en lo posible, tome las medidas necesarias de prevención para evitarlos” (Concepción, 1999, p.46), esto es, consiste en que el Estado a través de una reacción ejemplar evite que una conducta dañosa se repita, pero no sólo en quien causó el daño, sino también en los demás integrantes de la sociedad, vale decir, va a disuadir que la comisión del daño se reitere.

Sin embargo, dicha función carece de sentido en la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error establecida el artículo 207 del Código Civil, pues, lejos de persuadir la comisión del daño se lo incentiva, ya que se omite sancionar “el incumplimiento de una las partes de su deber de comunicar la causa que invalida el negocio jurídico, lo que ha generado la comisión de un daño” (Escobar, 2011, p.157).

Así entonces, la función preventiva la responsabilidad civil al persuadir la comisión del daño en la anulación del negocio jurídico por error, obligará a las partes a que en las tratativas del negocio jurídico que celebran tengan un correcto y leal actuar, y hará responsables por el daño que causen a

quienes actúan contrario a ello, con lo que se evitará que dichas conductas se repitan, sirviendo de ejemplo a la sociedad y estableciendo una restricción al comportamiento de los celebrantes en la etapa de negociación del negocio jurídico.

1.3. El principio de buena fe en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error

Según lo analizado el principio de buena fe en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error, obliga a las partes a no omitir información indispensable que genera la anulación del negocio jurídico, por lo que la parte que advierte el error y no lo informa permitiendo que se celebre un negocio jurídico viciado, debe ser responsable por los daños que se causen con su anulación.

1.3.1. Discusión del resultado

Del resultado obtenido se demuestra que la responsabilidad civil es un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro como consecuencia de la violación de una situación jurídica, garantiza pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que los perjuicios causados de manera ilegítima sean asumidos y resarcidos por alguien (León, 2007, p.50), ya que las personas al gozar de autonomía privada, con su conducta pueden generar un daño que debe ser reparado, sin embargo, cuando se causa por la anulación de un negocio jurídico por error, conforme lo ha regulado el artículo 207 de nuestro Código Civil, no cabe posibilidad alguna de ello, lo que resulta irrazonable.

En efecto, la buena fe “no es una creación del legislador que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus

relaciones, que ha sido preciso regularla para que sea susceptible de tener efectos jurídicos” (De la Puente, 2007, p.331), la cual “obliga a las partes a actuar con corrección y lealtad en la negociación, celebración y ejecución de un negocio jurídico” (Galgano, 1992, p.452), lo que implica que no deben omitir información indispensable que genera la anulación del mismo por error, pues, la parte que advierte el error y no lo informa permitiendo que se celebre un negocio jurídico viciado, debe ser responsable por los daños que se causen con su anulación, ya que el negocio jurídico debe estar exento de suspicacias e imbuida de un leal actuar de las partes, caso contrario se estaría avalando el actuar de “mala fe”, lo cual sin duda es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, la reconocibilidad del error, no puede ser ajena a uno de los principios medulares de la conducta humana como es la buena fe.

1.4. El principio de reparación integral en la prohibición de indemnización por la anulación del negocio jurídico por error

Según lo analizado, el principio de reparación integral en la prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error, es vulnerado al permitirse que se ocasione un daño sin la obligación de repararlo, avalándose la conducta impropia del celebrante que conocía de la causal de anulación del negocio que ocasiona el daño.

1.4.1. Discusión de resultado

Del resultado obtenido se demuestra que uno de los principios que inspiran al sistema de responsabilidad civil que acoge nuestro ordenamiento jurídico, es el de reparación integral del daño causado, por el cual se debe “restablecer el equilibrio alterado en la mayor medida de lo posible y restablecer a la víctima en la situación anterior” (Espinoza, 2016, p.373), sin embargo, el artículo 207

del Código Civil, al prohibir injustificadamente la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, vulnera este principio, no sólo por permitir que se cause un daño sin la obligación de repararlo, sino que además consiente la conducta impropia del celebrante que conocía de la causal de anulación del negocio jurídico que va a ocasionar daño, vale decir, se da prevalencia a una conducta negligente sobre la reparación integral del daño causado, lo cual es manifiestamente incoherente en nuestro sistema de responsabilidad civil.

1.5. El principio de razonabilidad y la prohibición de indemnización por la anulación del negocio jurídico por error

Según lo analizado la prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error, vulnera el principio de razonabilidad debido a que restringe injustificadamente el derecho a la propiedad del que sufrió el daño a que sea reparado.

1.5.1. Discusión de resultado

Del resultado obtenido se demuestra que el principio de razonabilidad, importa la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley, un contenido razonable, justo, valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacer lo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquella sea razonable, justo y válido (Bidart, 2008, p. 118); esto es, para que una prohibición sea razonable la restricción de un derecho debe ser necesariamente justa, lo que no ocurre con el artículo 207 del Código Civil, ya que no existe justificación válida alguna para excluir toda posibilidad a quien ha sufrido un daño por la anulación del negocio jurídico por error, para

que pueda obtener la reparación del mismo, ya que lo considerado por el legislador, se debe a una errónea comprensión de la teoría de la confianza que deja de lado a la buena fe con la que deben actuar los celebrantes de un negocio jurídico y a la justicia.

CAPÍTULO II

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En la investigación realizada se ha demostrado la hipótesis planteada, pues, se ha verificado que los principales fundamentos jurídicos para la aplicación de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error son: el derecho fundamental a la propiedad, la función preventiva de la responsabilidad civil, así como los principios de la buena fe, reparación integral de la responsabilidad civil y la razonabilidad, conforme se detalla a continuación:

1.1. El derecho a ser indemnizado de quien ha sufrido daño

Uno de los pilares del Derecho Civil que acoge nuestro ordenamiento jurídico es la Responsabilidad Civil, por la cual se establece la obligación de reparar el daño causado de forma ilícita, sin embargo, debido a la importancia de esta institución jurídica, debe ser entendida en el contexto del derecho útil y relevante para resolver conflictos sociales, y no como una mera discusión de conceptualizaciones, más aún, si ellas están referidas a su exclusión.

Así pues, para comprender a la responsabilidad civil como aquel mecanismo por el cual el ordenamiento jurídico obliga al responsable de un daño ilícito a repararlo, debemos entender que una de sus razones esenciales, es garantizar la integridad de una situación jurídica restableciendo el equilibrio que ha sido alterado.

En efecto, la responsabilidad civil tiene como fundamento medular el principio universal de la convivencia humana, por el cual no se puede causar un daño a otro sin la obligación de repararlo, el que ha sido acogido por el Derecho para lograr una

de sus finalidades básicas como es la convivencia social y la justicia, de allí la importancia de que para que se establezca alguna exclusión de ella, ésta debe estar exenta de toda arbitrariedad, caso contrario, lejos de que sirva a la justicia va a ser burlada por meras conceptualizaciones ajenas a la realidad.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico a través de la responsabilidad civil garantiza que se mantenga la integridad de una situación jurídica alcanzada por las personas, obligando al responsable del daño causado a repararlo, tal es así, que la ha regulado a través de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, referida a aquella posición de resarcimiento que sume el deudor ante el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación; que se encuentra prescrita en el Libro IV, Sección II, Título IX del Código Civil, y la responsabilidad extracontractual, que consiste en la imposición de una sanción por parte del ordenamiento jurídico al responsable de haber causado un daño ilícito, prescrita a su vez, en el Libro VI, Sección VI del Código Civil.

Vale decir, el fin primordial del sistema de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento jurídico, es garantizar que una situación jurídica alcanzada se mantenga como tal y en el supuesto de que ésta sufra algún daño, obliga al responsable a restablecerla y la razón esencial de ello radica en mantener la convivencia social y lograr la justicia.

1.2. La prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error regulada en el artículo 207 del Código Civil, en el Estado Constitucional de Derecho

El artículo 207 de nuestro Código Civil de 1984, prescribe que: "La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes"; esto es, prohíbe toda posibilidad para que la parte que ha sufrido daño por la anulación de un negocio jurídico por error pueda ser indemnizada; sin embargo, esta "conclusión" nos servirá para darnos cuenta de la equivocada concepción que tenemos del Derecho, pues, lejos de asumir una posición constitucional respecto a la mencionada regla, nos limitamos a hacer un juicio de subsunción de ella propio del paradigma de Estado de Derecho, que ha sido ampliamente superado luego de la Segunda Guerra Mundial.

Así pues, el Estado de Derecho es un paradigma en el que se logra la separación funcional de poderes, la protección a los derechos fundamentales; aunque de manera limitada por el legalismo; además, los actos del Estado están limitados por un marco jurídico supremo que es la Constitución, pero que a su vez, está guiado por el principio de legalidad, por ende, de los juicios de subsunción, lo que llegó a acuñar la frase "el Juez es la boca de la ley", pues debía limitarse a declarar lo que ella establecía.

En ese contexto, para comprender la prohibición establecida en el mencionado artículo, no existiría mayor controversia, ya que de una simple lectura se deduce que ninguna de las partes podrá ser indemnizada por el daño que ha sufrido con la anulación de un negocio jurídico por error; sin embargo, más allá del limitado "razonamiento subsuntivo" que acabamos de realizar, surge la siguiente interrogante ¿Acaso dicha regla no se contrapone al derecho que tiene una persona de obtener un resarcimiento económico por el daño a su propiedad que ha sufrido?,

para responder ello debemos ocuparnos del nuevo paradigma que surgió como contraposición al del Estado de Derecho.

En efecto, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se produce un punto de quiebre del mencionado modelo, generándose un fenómeno progresivo que se denomina constitucionalismo, en el que prevalece la Constitución como fuente del Derecho y no la ley, es decir, aquella va a ser la fuente de toda producción jurídica que a su vez está compuesta por principios que son distintos a las reglas o preceptos, por lo que su aplicación e interpretación también será diferente a través del método de ponderación y no la sola subsunción, vale decir, la Constitución es el centro del sistema jurídico, en consecuencia, viene a ser omnipotente, y la ley debe analizarse siempre al amparo de la Constitución, convirtiendo al Juez es un actor activo más allá de legalista, cuyas decisiones deben tener fundamento en la Constitución, empero, su discrecionalidad será controlada a través de su argumentación en la que se expresen razones jurídicas.

Comprendido ello, no cabe duda que en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, la interpretación de una ley o una regla no debe realizarse de manera atomista, sino conforme a los derechos fundamentales o principios consagrados en la Constitución, pues, éstos son el conjunto de derechos y libertades inherentes al ser humano que se encuentran reconocidos por el ordenamiento constitucional y constituyen su componente estructural básico.

Así entonces, la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error regulada en el artículo 207 del Código Civil de 1984, está íntimamente ligada al derecho fundamental a la propiedad, el cual comprende los bienes materiales e inmateriales susceptibles de apreciación económica que integran el patrimonio de una persona, así como que cuando éste sufra algún menoscabo deba ser restablecido, en consecuencia, el mencionado derecho

fundamental es el que debe servir como parámetro para determinar la coherencia de la mencionada norma prohibitiva.

1.3. La prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error y el derecho fundamental a la propiedad

Los derechos fundamentales comprenden el conjunto de derechos y libertades inherentes al ser humano que se encuentran reconocidos por el ordenamiento constitucional y constituyen su componente estructural básico.

En ese sentido, el derecho fundamental a la propiedad, que se encuentra regulado en el artículo 2, inciso 16), así como en el artículo 70), de nuestra Constitución Política, comprende no sólo el ámbito de dominio de los derechos reales, sino también a los intereses apreciables económicamente, por ende, como tal, irradia a todas las normas con carácter reglamentario vinculadas a él, siendo una de ellas el artículo 207 del Código Civil, que prohíbe la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, por lo que es necesario determinar si dicha regla es acorde con el mencionado derecho fundamental.

En efecto, una de las instituciones que ha previsto nuestro ordenamiento jurídico para proteger el derecho a la propiedad cuando es afectada por un daño ilícito, es la responsabilidad civil, ya que a través de ella se va a reestablecer el equilibrio alterado, y la razón de ello es que el Estado a través de la responsabilidad civil busca reducir al extremo las conductas dañosas y reprochables, para lo cual otorga una protección especial a los derechos y así logra que éstos puedan obtener una compensación si son afectados, restableciéndolos al estado anterior a su vulneración o a su equilibrio, además, que el que padece un daño encuentra en la responsabilidad civil una justicia correctiva que consiste en ser resarcido por quien

le causó el daño obteniendo una reparación integral por ello, incluso si no se actuó con culpa en el supuesto de la responsabilidad objetiva.

Asimismo, la responsabilidad civil comprende a la responsabilidad precontractual, la cual establece el resarcimiento de los daños producidos por la confianza de celebrar un contrato válido, imponiendo al contratante que incumplió con su deber de información, la obligación de responder por la certeza de su declaración de voluntad y si esta se encuentra viciada resarcir el daño causado, con lo cual otorga una adecuada protección a quien celebra un contrato y es víctima de negligencia ajena, así como se previene la formación de contratos viciados de error.

Dicho ello, debemos señalar que el negocio jurídico es una norma privada de origen social, que permite a los particulares autorregular sus intereses para satisfacer sus necesidades, por la cual van a crear, modificar o extinguir una nueva situación jurídica compatible con los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, no obstante, éste puede ser invalidado por el error, el cual es un vicio en la formación de la voluntad, que otorga un derecho potestativo a la parte afectada para que pretenda la anulación del negocio jurídico celebrado, y consiste en la ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado de la realidad que da lugar a la formación de una voluntad cuyos efectos no son queridos por el sujeto y que no la hubiese declarado de haber advertido que está en error.

Así pues, el error, puede ser error vicio, que es el que forma la voluntad a partir de una concepción errada de la realidad o por ignorancia de la misma, lo que conlleva a que dicha voluntad declarada haya nacido espuria y no refleje lo realmente querido por la parte, o error obstativo, en el que la voluntad ya ha sido formada libremente, sin embargo, al ser expresada se produce una divergencia entre lo que realmente se quería y lo declarado.

Asimismo, el correcto significado que debemos de asumir del error debe ser dentro de la teoría de la confianza que consiste en la valoración objetiva de la apariencia de la declaración a fin de determinar si ésta es capaz de generar confianza en quien tiene conocimiento de su contenido, ya que impone una carga de autorresponsabilidad en el declarante, así como el respeto de las expectativas de quien recibe la declaración, la certeza de las relaciones jurídicas y al deber ético del cumplimiento de la palabra dada.

Ahora bien, el artículo 207 del Código Civil de 1984, prohíbe que la parte afectada por la celebración de un negocio jurídico que ha sido anulado por error pueda obtener una indemnización, y la justificación por la que el legislador estableció la mencionada prohibición, es la conocibilidad del error, es decir, la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración de reconocer el error de su contraparte, bajo el argumento de que si tuvo la posibilidad de conocer el error, no puede beneficiarse con una indemnización, sin embargo, ello es erróneo y ajeno a la teoría de la confianza dentro de la que debe ser comprendido el error y la responsabilidad precontractual.

En efecto, al conocibilidad del error está referida a la posibilidad concreta que tiene el receptor de la declaración para advertir el error de su contraparte, mientras que la responsabilidad precontractual establece el deber del receptor de comunicar la causa que acarrea la invalidez del negocio jurídico, vale decir, no existe contradicción alguna entre ellos sino complementariedad, ya que el primero está referido al elemento externo del negocio jurídico como es la posibilidad concreta del receptor de advertir el error de su contraparte (declaración), y la responsabilidad precontractual al elemento interno del negocio jurídico que se genera por el incumplimiento del receptor de su deber de no comunicar la causa que genera la invalidez del negocio jurídico (voluntad interna).

De lo antes indicado se concluye que el legislador de 1984, al establecer la referida justificación no comprendió en su real significado a la teoría de la confianza, pues dejó de lado que en la celebración de un negocio jurídico el receptor de la declaración tiene responsabilidad por lo que manifiesta, así como la no afectación a las expectativas de quien recibe la declaración, además, de la certeza que deben tener las relaciones jurídicas y el deber ético del cumplimiento de la palabra dada, lo que se alcanza con la valoración objetiva de la apariencia de la declaración a fin de determinar si ésta fue capaz de generar confianza en quien tiene conocimiento de su contenido, e inclusive apoyándose en una interpretación contraria a ella ha pretendido explicar la exclusión de la regulación de la responsabilidad precontractual alegando la reconocibilidad del error, sin embargo, ello es irrazonable, pues, los celebrantes de un negocio jurídico que fue anulado por error, no pueden estar excluidos de la buena fe y la confianza, que consiste en el deber del que conocía o debía conocer el error, de comunicar a su par la causa que acarreará la invalidez del negocio jurídico, la que inclusive está comprendida dentro de su esfera de control y constituye el respeto mínimo de los presupuestos para que se perfeccione un negocio jurídico, ya que por dicho incumplimiento ha creado una causa de ineficacia del mismo, lo cual demuestra la falta de razonabilidad y coherencia del legislador al establecer el artículo 207 del Código Civil de 1984, pues, lejos de instituir una solución justa instaurando un sistema resarcitorio para el contratante que sufre un daño sin su culpa o por negligencia ajena, solo por haber confiado en la celebración de un contrato, optó por abandonarlo injustificadamente y elaborar una nueva doctrina tomando como base parcialmente a la doctrina italiana contraviniendo un principio medular de todo ordenamiento jurídico como es el de la buena fe.

En efecto, la mencionada prohibición al negar toda posibilidad de que la parte perjudicada pueda accionar para obtener el pago de una reparación civil, está

afectando injustificadamente el derecho fundamental a la propiedad del celebrante perjudicado por negligencia ajena, al vulnerar sus intereses económicos o expectativas que lo llevaron a celebrar el negocio jurídico que adolece de error.

Por tanto, el derecho fundamental a la propiedad es el que debe servir para establecer el significado y ámbito de aplicación de dicha regla, y no en sentido contrario, en consecuencia, el artículo 207 del Código Civil, vulnera el derecho fundamental a la propiedad, por lo que debe ser excluido de nuestro ordenamiento civil vigente y dejar la posibilidad de que dentro de un proceso judicial se dilucide la reparación que se invoque por el daño causado por error, a lo que se debe agregar que un Juez está facultado para apartarse de la mencionada regla, dando prevalencia al derecho fundamental a la propiedad a través del control de constitucionalidad de la misma.

1.4. La función preventiva de la responsabilidad civil y su importancia en la indemnización por la anulación del negocio jurídico por error

La responsabilidad civil parte de la preexistencia de un equilibrio económico o moral de una persona que ha sido alterado, ante lo cual el ordenamiento jurídico responde a través de un fenómeno jurídico por el que obliga al causante de dicha alteración a repararlo en su integridad.

No obstante, desde la concepción clásica esta institución se ha basado únicamente en la función resarcitoria, que consistía en la reacción del Estado frente a la lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido, empero, ello es insuficiente en un Estado Constitucional como el nuestro, pues dicha institución tiene como presupuesto su función preventiva, cuya razón de ser está en el principio de convivencia humana de no dañar a otro y que consiste en que el ordenamiento jurídico actúa de manera antelada para prevenir comportamiento que causen daños

y así minimizar la producción de éstos, es decir, supone una obligación de actuar para prevenir el daño, no sólo en quien lo causó, sino también en los demás integrantes de la sociedad.

Sin embargo, en la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error que establece el artículo 207 del Código Civil, dicha función es inexistente, ya que el ordenamiento jurídico no actúa de manera alguna sobre los celebrantes obligándolos a que se comporten de tal manera que prevengan el daño que puedan causar, sino que los deja para que a través de la autonomía de su voluntad celebren negocios jurídicos, sin importarles que en la anulación de los mismos por error se puedan causar daño, pues, éste no será indemnizable, abandonando así a la parte que padece un daño sin culpa y que confió en la celebración del negocio jurídico.

Así entonces, nuestro sistema de responsabilidad civil para que sea a fin a un Estado Constitucional de Derecho, debe dar la debida importancia a la función preventiva, estableciendo un sistema de protección para el contratante que confió en la celebración de un negocio jurídico y ha sufrido un daño sin culpa, obligando a las partes de un negocio jurídico y a los demás integrantes de la sociedad a actuar diligentemente de tal manera que prevenga el daño por el error que incurran, caso contrario hacerlos responsables por ello, en ese sentido, el artículo 207 del Código Civil, es ajeno a la función preventiva de la responsabilidad civil.

1.5. El principio de buena fe en la procedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

Un principio inherente a la convivencia humana es la buena fe, pues, toda conducta debe estar imbuida del mismo, caso contrario no se podría concebir un Estado en constante zozobra en el que sus ciudadanos deben estar desconfiando no sólo de las conductas de sus semejantes, sino también de los actos de gobierno.

Así pues, dicho principio es rector de la conducta humana y dentro de su multidisciplinaria consustancial al mismo, ha sido acogido por la Teoría General del Negocio Jurídico, que regula la formación, celebración y ejecución de éste, estableciendo un criterio general de comportamiento de las partes intervinientes, que consiste en la exigencia de comportarse con corrección y lealtad, es decir, obrar bien con sinceridad y sin reservas en la celebración de sus negocios jurídicos, y que sirve como línea directriz para la integración e interpretación de los mismos.

En ese sentido, dicho principio puede ser clasificado en buena fe subjetiva, referida a la creencia de las partes celebrantes de un negocio jurídico, de estar obrando con corrección y lealtad, es decir, de que su actuar es conforme a derecho, por lo cual el ordenamiento jurídico les otorgará la protección adecuada al resultado querido; y la buena fe objetiva, que es un modelo de conducta imperante en una sociedad, es decir, la imposición de un deber general de corrección o de un estándar de conducta social que sirve para interpretar la intención de los celebrantes de un negocio jurídico corrigiéndolo o integrándolo.

Ahora bien, si en la anulación del negocio jurídico por error se prohíbe obtener una indemnización por la posibilidad que tiene el receptor de la declaración de reconocer el error de su contraparte, se deja de lado el principio de buena fe, por el cual al declarante se lo obligaba a informar a su contraparte de cualquier circunstancia que podía generar el error, la que inclusive está comprendida dentro de su esfera de control y constituye el respeto mínimo de los presupuestos para que se perfeccione un negocio jurídico.

En efecto, si la buena fe es un principio que rige la convivencia humana en todas sus disciplinas y en especial en el negocio jurídico, no existe justificación alguna para que en una de sus patologías como es la anulación del negocio jurídico por error, no sea considerado y de manera arbitraria se prohíba obtener una

indemnización por la vulneración al mismo conforme lo establece el artículo 207 del Código Civil, dejando de lado que todo negocio jurídico debe estar exento de suspicacias.

Esto es, con dicha prohibición se vulnera un principio esencial de la armonía que debe existir en una sociedad, como es la buena fe, basándose en disquisiciones conceptuales ajenas a la realidad.

1.6. El principio de reparación integral en la procedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

La responsabilidad civil implica reparar el daño causado, pero a la vez previene que este no se repita no sólo en quien lo ocasionó, sino también en los demás integrantes de la sociedad, sin embargo, dicha reparación no implica que deba ser establecida al albedrío de quien lo fije, ni menos aún de quien lo ha causado o que el afectado pueda aprovecharse de ello para obtener un enriquecimiento, sino que ella se rige y limita por el principio de reparación integral el cual tiene como finalidad restablecer el equilibrio alterado en la mayor medida de lo posible.

Así pues, la razón esencial de este principio radica en la naturaleza sustancial de la reparación civil, pues debido a la alteración ilícita del equilibrio de una situación jurídica, ésta debe ser restablecida a la misma situación en la que se encontraba antes de la afectación, lo cual es sencillo comprender en un daño patrimonial cierto, ya que éste será reparado en la misma especie y cantidad, no obstante, en la mayoría de los casos el daño causado implica además una afectación extra patrimonial, la que no podrá ser reparada integralmente con una compensación económica, razón por la cual decimos que este principio tiende a restablecer el equilibrio en la mayor medida de lo posible.

Ahora bien, en el daño que se cause producto de la anulación del negocio jurídico por error, este principio es vulnerado debido a que no se permite obtener

indemnización alguna, esto es, el perjuicio que se ocasione será asumido íntegramente por el afectado que actuó sin culpa y el causante del mismo no obtendrá sanción por ello.

Ello demuestra la falta de coherencia de que en un sistema de responsabilidad civil como el nuestro, se obligue a reparar a quien causó daño en la mayor medida de lo posible, empero, cuando se lo ocasionó por error, no, avalando conductas impropias de los celebrantes y permitiendo injustificadamente que un daño no sea reparado.

En efecto, la realidad ha demostrado que el derecho debe evolucionar conforme a los avances de la sociedad, lo cual implica también atender la conducta suspicaz de los celebrantes de un negocio jurídico que propician que sea anulado por error causando daño al patrimonio de su contraparte y que este sea restablecido en la mayor medida de lo posible, por lo que la prohibición establecida en el artículo 207 del Código Civil, transgrede el principio de reparación integral.

1.7. El principio de razonabilidad en la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

En un Estado Constitucional de derecho como el nuestro, la interpretación de una ley debe realizarse conforme a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pues, por su carácter de ley suprema irradia a todo el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el principio de razonabilidad implica que las normas deben responder a las regulaciones contenidas en la Constitución, así ésta garantizará y protegerá los derechos fundamentales, sin embargo, ello no significa que tales derechos sean ilimitados sino que tienen su propio contenido lo que permite identificarlos de los demás y establecer sus límites lo que conlleva a una regulación normativa por parte del legislador, la cual debe ser razonable, lo que implica que

toda limitación debe ser justificada, el cual se encuentra plasmado en el artículo 200, último párrafo de nuestra Constitución.

Así entonces, no cabe duda que la ley al delimitar los derechos fundamentales tiene trascendental importancia, razón a ello es que cuando fija una prohibición o restricción ésta debe ser necesariamente justa.

En efecto, si la responsabilidad civil tiene su razón de ser en un principio de la convivencia humana como es el de no causar daño a otro, y como finalidades reparar el daño causado y prevenir que este se repita, con la prohibición establecida en el artículo 207 del Código Civil de obtener una indemnización a quien ha sufrido un daño por la anulación del negocio jurídico por error, no se permite el cumplimiento de dichos fines, ya que se restringe el derecho a la propiedad del que sufrió el daño a que sea restablecido.

Así pues, la reconocibilidad del error que es la justificación que estableció el legislador para la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, restringe de manera arbitraria el arbitraria el derecho fundamental a la propiedad del celebrante que confió en la celebración del negocio jurídico y sufre daño por negligencia ajena, pues, la reconocibilidad del error en nada tiene que ver con el deber del contratante de comunicar la causa que acarreará la invalidez del negocio jurídico

Por ende, no cabe duda que la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error es arbitraria y debe ser excluida de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL

Artículo Primero: Deróguese el artículo 207 del Código Civil y todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente ley.

Disposición Final: La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Lima, ... de ... de 2018.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.1. El derecho a ser indemnizado de quien ha sufrido daño

La Responsabilidad Civil es una institución jurídica que debe ser entendida en el contexto del derecho útil y relevante para resolver conflictos sociales y no como una mera discusión de conceptualizaciones, más aún, si ellas están referidas a su exclusión.

En ese sentido, por ella se debe comprender a aquel mecanismo por el cual el ordenamiento jurídico obliga al responsable de un daño ilícito a repararlo, siendo su

razón esencial garantizar la integridad de una situación jurídica, restableciendo el equilibrio que ha sido alterado.

En efecto, ésta acoge un principio básico de la convivencia humana, por el cual no se puede causar un daño a otro sin la obligación de repararlo, razón por la cual para que se establezca alguna exclusión a ella, debe estar exenta de toda arbitrariedad, caso contrario, lejos de que sirva a la justicia, va a ser burlada por meras conceptualizaciones ajenas a la realidad.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico a través de la responsabilidad civil garantiza que se mantenga la integridad de una situación jurídica alcanzada por las personas, obligando al responsable del daño causado a repararlo, tal es así, que la ha regulado a través de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, referida a aquella posición de resarcimiento que sume el deudor ante el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación, que se encuentra prescrita en el Libro IV, Sección II, Título IX del Código Civil, y la responsabilidad extracontractual, que consiste en la imposición de una sanción por parte del ordenamiento jurídico al responsable de haber causado un daño ilícito, prescrita a su vez, en el Libro VI, Sección VI del Código Civil, sin embargo, el artículo 207 del Código Civil prohíbe a las partes a obtener una indemnización por el daño causado producto de la anulación del negocio jurídico por error.

1.2. La prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error y el derecho fundamental a la propiedad

Ahora bien, los derechos fundamentales comprenden el conjunto de derechos y libertades inherentes al ser humano que se encuentran reconocidos por el ordenamiento constitucional, así como constituyen el componente estructural básico del ordenamiento jurídico objetivo.

En ese sentido, el derecho fundamental a la propiedad se encuentra regulado en el artículo 2), inciso 16) de nuestra Constitución Política, y comprende no sólo el ámbito de dominio de los derechos reales, sino también a los intereses apreciables económicamente, por ende, como tal, irradia a todas las normas con carácter legal vinculadas a el, siendo una de ellas el mencionado artículo 207 del Código Civil

Así entonces, una de las instituciones que ha previsto nuestro ordenamiento jurídico para proteger el derecho a la propiedad cuando es afectada por un daño ilícito, es la responsabilidad civil, pues, a través de ella se va a reestablecer el equilibrio alterado, sin embargo, la justificación para prohibir obtener dicha reparación en el artículo 207 del Código Civil, fue la reconocibilidad del error, es decir, la posibilidad que tiene el receptor de la declaración de reconocer el error de su contraparte, sin embargo, ello es irrazonable y arbitrario, pues, se deja de lado la buena fe que consiste en el deber del que conocía o debía conocer el error, de comunicar a su par la causa que acarreará la invalidez del negocio jurídico, lo cual demuestra la falta de razonabilidad y coherencia del Código Civil de 1984, ya que lejos de establecer una solución justa instaurando un sistema resarcitorio para el contratante que sufre un daño sin su culpa o por negligencia ajena y por haber confiado en la celebración de un contrato, optó por abandonarlo injustificadamente.

Por tanto, la mencionada prohibición al negar toda posibilidad de que la parte perjudicada pueda accionar para obtener el pago de una reparación civil, vulnera el derecho fundamental a la propiedad del perjudicado.

1.3. La función preventiva de la responsabilidad civil y la anulación del negocio jurídico por error

La función preventiva de la responsabilidad civil consiste en que el ordenamiento jurídico actúa de manera adelantada para prevenir comportamientos que causen daños y así minimizar la producción de éstos, es decir, supone una obligación de

actuar para prevenir el daño, no sólo en quien lo causó, sino también en los demás integrantes de la sociedad. Empero, en la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error que establece el artículo 207 del Código Civil, dicha función es inexistente, ya que el ordenamiento jurídico no actúa de manera alguna sobre los celebrantes obligándolos a que se comporten de tal manera que prevengan el daño que puedan causar, abandonando así a la parte que padece un daño sin culpa y que confió en la celebración del negocio jurídico.

Así entonces, nuestro sistema de responsabilidad civil para que sea a fin a un Estado Constitucional de Derecho, debe dar la debida importancia a la función preventiva, estableciendo un sistema de protección para el contratante que confió en la celebración de un negocio jurídico y ha sufrido un daño sin culpa, obligando a las partes de un negocio jurídico y a los demás integrantes de la sociedad a actuar diligentemente de tal manera que prevenga el daño por el error que incurran o ser responsables por ello.

1.4. El principio de buena fe en la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

Uno de los principios inherentes a la convivencia humana es la buena fe, pues, toda conducta debe estar imbuida del mismo, caso contrario no se podría concebir un Estado. En efecto, dicho principio dentro de su multidisciplinariedad, ha sido acogido por la Teoría General del Negocio Jurídico, que regula la formación, celebración y ejecución de éste, estableciendo un criterio general de comportamiento de las partes intervinientes, que consiste en la exigencia de comportarse con corrección y lealtad, es decir, obrar bien con sinceridad y sin reservas en la celebración de sus negocios jurídicos.

No obstante, en la anulación del negocio jurídico por error al prohibirse obtener una indemnización, se deja de lado el actuar de buena fe que debieron tener los

celebrantes del mismo, el cual los obligaba a informar a su contraparte de cualquier circunstancia que podía generar el error y la consecuente anulación del negocio jurídico.

En efecto, si la buena fe es un principio que rige la convivencia humana en todas sus disciplinas y en especial en el negocio jurídico, no existe justificación alguna para que en una de sus patologías como es el error, no sea considerado y de manera arbitraria se prohíba obtener una indemnización por la vulneración al mismo conforme lo establece el artículo 207 del Código Civil.

1.5. El principio de reparación integral en la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

El principio de reparación integral consiste en que ocurrida la alteración ilícita del equilibrio de una situación jurídica, ésta debe ser restablecida a la misma situación en la que se encontraba. No obstante, en el daño que se cause producto de la anulación del negocio jurídico por error, este principio es vulnerado debido a que no se permite obtener indemnización alguna, lo cual demuestra la falta de coherencia de que en un sistema de responsabilidad civil como el nuestro, se obligue a reparar a quien causó daño en la mayor medida de lo posible, empero, cuando se lo ocasionó por error se avale conductas impropias de los celebrantes permitiendo que un daño no sea reparado.

1.6. El principio de razonabilidad en la prohibición de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error

El principio de razonabilidad implica que las normas deben responder a las regulaciones contenidas en la Constitución, así ésta garantizará y protegerá los derechos fundamentales, sin embargo, ello no significa que tales derechos sean ilimitados sino que tienen su propio contenido lo que permite identificarlos de los demás y establecer sus límites, en consecuencia, una regulación normativa por

parte del legislador debe ser razonable, lo que implica que toda limitación debe ser justificada.

Así entonces, no cabe duda que la ley al delimitar los derechos fundamentales tiene trascendental importancia, razón a ello es que cuando fija una prohibición o restricción ésta debe ser necesariamente justa.

En ese sentido, la reconocibilidad del error que es la justificación para establecer la prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, no supera el límite de la razonabilidad, en concreto el sub principio de adecuación, ya que la referida proscripción que está íntimamente ligada al derecho fundamental a la propiedad y a la protección de éste que se obtiene a través de la responsabilidad civil, no promueve ningún otro derecho fundamental u otros objetivos para ello y está basada en una discusión de conceptualizaciones totalmente ajenas al principio de la buena fe y a la justicia.

1.7. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional

La presente iniciativa legislativa tiene como propósito derogar el artículo 207 del Código Civil, el cual prohíbe obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, para establecer un sistema de protección para el contratante que confió en la celebración de un negocio jurídico y ha sufrido un daño sin culpa.

1.8. Análisis Costo-Beneficio

El presente proyecto no genera ningún gasto al erario nacional, ni costo negativo, por el contrario, debido a la limitación de recursos económicos de nuestro país, el Congreso de la República, debe ser reflexivo y percatarse del trascendental rol que desempeña la responsabilidad civil y la adecuada protección que debe otorgarle al derecho fundamental a la propiedad y al principio de la buena fe.

En efecto, aceptar la procedencia de obtener una indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, es sin duda alguna un mecanismo eficaz para la protección del contratante que confió en la celebración de un negocio jurídico y ha sufrido un daño sin culpa, consecuentemente, un instrumento que va a permitir agilizar y dar seguridad al tráfico jurídico de bienes y servicios.

A la vez, se debe tener en cuenta que al aceptar la derogación del artículo 207 del Código Civil, se va a dotar de coherencia al sistema de responsabilidad civil que acoge nuestro ordenamiento jurídico, al no permitir e incentivar conductas impropias de los celebrantes que causen daño a su contraparte, sin la obligación de repararlo.

CONCLUSIONES

1. La investigación realizada ha demostrado que los principales fundamentos jurídicos para la procedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error son: el derecho fundamental a la propiedad, la función preventiva de la responsabilidad civil, así como los principios de la buena fe, reparación integral y razonabilidad.
2. La prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error contenida en el artículo 207 del Código Civil de 1984, es arbitraria, pues, quebranta la buena fe con la que deben de actuar los celebrantes de un negocio jurídico, y abandona al contratante que sufre un daño sin su culpa por haber confiado en la celebración del mismo.
3. La improcedencia de la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error vulnera el derecho fundamental a la propiedad, al negar toda posibilidad de que la parte perjudicada por la referida anulación pueda obtener la reparación del daño que se le ha ocasionado por ello.
4. La proscripción de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error transgrede la función preventiva de la responsabilidad civil, al no obligar a los celebrantes de un negocio jurídico que puedan verse afectados por el error, ni a los demás integrantes de la sociedad, a actuar diligentemente a fin de que prevengan el daño que puedan causar.
5. La conocibilidad del error no es ajena al principio de la buena fe que obliga a las partes a no omitir información indispensable que genere la anulación del negocio jurídico.

6. La prohibición de indemnización en la anulación del negocio jurídico por error vulnera el principio de reparación integral, al permitir que se cause un daño sin obligar a quien lo produjo a repararlo, consintiendo la conducta impropia del celebrante que conocía de la causal de anulación.

7. La prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error infringe el principio de razonabilidad, pues, está basada en una discusión de conceptualizaciones ajenas al principio de la buena fe y a la justicia, y no promueve ningún otro derecho fundamental u otros objetivos para ello.

8. El artículo 207 del Código Civil de 1984, que establece la prohibición de obtener una indemnización por la anulación del negocio jurídico por error, debe ser derogado y permitir la posibilidad de que quien ha sufrido un daño por la anulación del negocio jurídico por error sea indemnizado.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al legislador derogar el artículo 207 del Código Civil de 1984, y así permitir un sistema resarcitorio para el contratante que sufre daño sin su culpa y por haber confiado en la celebración de un negocio jurídico.
2. Se sugiere que los Jueces nacionales utilizando sus facultades de control de constitucionalidad, inapliquen el artículo 207 del Código Civil, que prohíbe la indemnización en la anulación del negocio jurídico por error, por ser una norma de rango legal que vulnera el derecho fundamental a la propiedad.
3. Los operadores del derecho deben asumir su rol de verificadores de la constitucionalidad de las normas que restringen derechos fundamentales de manera injustificada.
4. Los operadores jurídicos deben comprender a la responsabilidad civil como una institución jurídica útil y relevante para resolver conflictos acordes con la justicia y evitar que ésta sea restringida de manera injustificada.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Metodológicas

- Álvarez, G. (2002) *Metodología de la investigación jurídica. Hacia una nueva perspectiva*. Santiago, Chile; Universidad Central de Chile.
- Eco, U. (2007). *Cómo se hace una Tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. México; Gedisa.
- Ramos, C. (2005). *Como Hacer una Tesis de Derecho y No Envejecer en el Intento*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica.
- Quiroz, W. (1998). *La investigación jurídica*. Lima, Perú; Imsergaf SRL.
- Terradillos, J.M. (2014). *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica*. Lima, Perú; Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Villabella, C.M. (2009) *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. Puebla, México, Benemérita Universidad de Puebla.

Fuentes Especializadas

- Alexy, R. (1993) *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aguilera, R. (2010) *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*. Madrid, España; Trotta.
- Aguilera, R. E. (2013). *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Nuevos modelos hermenéuticos y argumentativos*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/132995780/Aguilera-Portales-Rafael-y-Lopez-Sanchez-Rogelio-Interpretacion-neoconstitucional-en-Mexico>
- Aguiló, J. (2008). *Sobre Derecho y argumentación*. Palma de Mallorca, España; Lleonar Muntaner.
- Albadalejo, M. (1993). *El Negocio Jurídico*. Barcelona, España; Librería Bosch.
- Albadalejo, M. (1974). *Derecho Civil*. Barcelona, España; Librería Bosch.

- Alpa, G. (2001). *Responsabilidad Civil y Daño*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica. 2001.
- Alterini, A. (1999) *Contratos, Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*. Buenos Aires Argentina. Abeledo Perrot.
- Añón, M.J. (2015). *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional*. Recuperado de http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-public-2015-Estado-Constitucional.pdf
- Atienza, M. (1997) *Argumentación y Constitución*. Recuperado de http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf
- Avendaño, J. (1997). *Para leer el Código Civil*. Lima, Perú; Fondo Editorial PUCP.
- Ballesteros, J.S. (2013). *Instituciones de responsabilidad civil*. Bogota, Colombia; Pontificie Universidad Javeriana.
- Bernal, C. (2008). *Normatividad y Argumentación*. Madrid. España; Saber.
- Betti, E. (1958). *Autonomía Privada*. (L. León, Trad.). Turín, Italia; Utet
- Betti, E. (2000) *Teoría General del Negocio Jurídico*. (M. Pérez, Trad.) Granada, España; Comares S.L.
- Betti, E. Galgano, F. Scognamiglio, R, y Ferri, G. *Teoría General del Negocio Jurídico, Cuatro Estudios Fundamentales*. (L. León, Trad.). Lima, Perú; Ara Editores.
- Brebbia, R. (1987). *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires. Argentina. La Roca.
- Bidart, G. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina; Ediar.
- Bobbio, N. (1990). *Fundamento y Futuro de la democracia*. Valparaiso, Chile; Edeval.
- Bobbio, N. (2013). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia. Themis.
- Borda, G. (1963). *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires, Argentina; Abeledo Perrot.
- Bustamante, J. (1973). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.
- Carbonell, M.(2009). *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano*. Madrid, España; Trotta.
- Cárdenas, J. (2016). *La Argumentación como Derecho*. México; UNAM.
- Cifuentes, S. (2004). *Negocio Jurídico*. Buenos Aires, Argentina; Astrea.

- Colin A. y Capitan H. (1961). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, España; Editorial Reus.
- Compoagnucci De Caso, R. (1992) *El negocio jurídico*. Buenos aires, Argentina; Editora Astrea.
- Concepción, J.L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid, España; Editorial Bosch.
- De Ángel, R. (1997). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid, España; Civitas.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid. España. Civitas.
- De Cupis, A. *El Daño*. (1996). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona, España; Bosch.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General*. Lima, Perú; Palestra Editores.
- De la Puente y Lavalle, M. (2004). *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima, Perú; Grijley.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General*. Lima, Perú; Palestra Editores.
- De la Puente y Lavalle, M. y Zusman S. (1980). *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima, Perú; PUCP.
- De los Mozos, J. L. (2006) *Responsabilidad Civil Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Lima, Perú; Grijley.
- De Ruggiero, R. (1952). *Instituciones del Derecho Civil*. Madrid, España; Editorial Reus.
- Diez-Picazo, L. (1999). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, España; Thomson-Civitas.
- Diez-Picazo, L. (2003). *Sistemas de derechos fundamentales*. Madrid, España; Thomson-Civitas.
- Díaz, E. *Estado de Derecho y Democracia*. (2010). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>.
- Espinoza, J. (2008). *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica.

- Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima, Perú; Instituto Pacífico.
- Fabra, J. L. (2015). *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual. Un llamado al debate*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/23.pdf>
- Ferri, G. *El Negocio Jurídico*. (L. León, Trad.). Lima, Perú; Ara Editores.
- Ferrajoli, L. (2001). *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>
- Figueroa, E. *Dimensiones del Estado Neoconstitucional*. (2011). Recuperado el 24 de 05 de 2016, de <https://edwinfigueroag.wordpress.com/dimensiones-del-estado-neoconstitucional/>
- Flume, W. (1998). *El Negocio Jurídico*. España. Fundación Cultural del Notariado. España.
- Galgano, F. (1992). *El Negocio Jurídico*. Valencia, España; Tirant lo Blanch.
- García, F. (1995). *El Acto Jurídico según el Código Civil peruano*. Lima, Perú; Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica del Perú.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima, Perú; Adrus.
- García-Yzaguirre, J. (2013). *La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas*. Recuperado de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2272>
- Gonzales, Gunther. (2005) *Derechos Reales*. Lima, Perú; Jurista Editores.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México. UNAM.
- Honoré, A. (1999). *La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual*. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica03.pdf
- Honoré, A. (2013). *La filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá, Colombia; Universidad Externado de Colombia Editores.
- Lacruz, J. (1989). *Elementos del derecho civil*. Barcelona, España; Bosch.
- León, L. (2007). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima, Perú; Jurista Editores.

- León, J. (1997). *Acto Jurídico*. Lima Perú; Editora OSBAC.
- Linares, J. (2002). *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires, Argentina; Editorial Astrea.
- Lohman, J. G. (1994). *El Negocio Jurídico*. Lima, Perú; Grijley.
- López, E. (2006). Teoría General de la Responsabilidad Civil. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/99788794/Responsabilidad-Civil-Lopez-Herrera-Edgardo>
- Manzanares, M. (2008). *Criterios para evaluar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual*. Lima, Perú; Grijley.
- Mariani, M. (2004). *Derechos Reales*. Buenos Aires. Argentina. Zavalia.
- Mazzoni, Cósimo. (1991). *Invalidez*. Roma, Italia; Enciclopedia Giuridica Treccani.
- Medina, M. (2011.) *La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación integral y vertebrada*. Recuperado de <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina40-2.pdf?phpMyAdmin=7b55e1d0ad7cdadda92b409248219bba>
- Mosset, J. (2004). *Responsabilidad por Daños*. Santa Fe, Colombia; Runinzal-Culzoni.
- Morales, R. (2002). *Estudios sobre la Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima, Perú; Ara Editores.
- Morales, R. (2008). *Estudios sobre la Teoría General del Contrato*. Lima, Perú; Grijley.
- Moreyra, F. (2005). *El Acto Jurídico según el Código Civil Peruano*. Lima, Perú; Fondo Editorial PUCP. Lima. 2005.
- Naveira, M.M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Couña, España. Universidad de Coruña Facultad de Derecho.
- Núñez, W. (2003). *Ineficacias y Nulidades de los Actos o Negocios Jurídicos*. Lima, Perú, Librería y Ediciones Jurídicas.
- Orgaz, A. (1960). *El daño resarcible*. Buenos Aires, Argentina; Editorial OMEBA.
- Orrego, J. (2017). *Modos de adquirir el dominio*. Santiago de Chile. Chile.
- Palacios, E. (2002). *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*. Lima, Perú; Juristas Editores.

- Parejo, L. (1981). *El contenido esencial y límites de los derechos fundamentales*. Recuperado de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/temas_dere_constitu/69-84.pdf
- Peces-Barba, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Madrid, España; Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez, A. E. (2002). *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá, Colombia; Universidad Externada de Colombia.
- Pizarro, D. (2001). *Daño moral, prevención, reparación, punición*. Buenos Aires, Argentina. Hammurabi.
- Ponanzelli, G. (1992). *La responsabilidad Civil*. Bologna, Italia.
- Prieto, Luis. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, España; Trotta.
- Ramírez, E.M. (2007). *Tratado de Derechos Reales*. Lima, Perú; Editorial Rhodas.
- Reale, M. (1953). *Filosofía del Derecho*. Sau Paulo. Brasil. Saraiva.
- Recaséns S, L. (1971). *La experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*. Distrito Federal. México. Fondo de Cultura Económica.
- Reglero, F. (2008). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Pamplona, España; Aranzandi.
- Revoredo, D. (2015). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima, Perú; Thomson Reuters.
- Rey, F. (2001). *Temas básicos de derecho constitucional*. Madrid. España. Civitas.
- Romano, S. (2002). *El Negocio Jurídico*. Traducción y Notas de Leysser León. Lima, Perú; Ara Editores.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. (2003). *Nulidad y Anulabilidad: La invalidez del Acto jurídico*. Lima, Perú; Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2009). *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*. Lima Perú Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica del Perú.

- Rubio, M. Eguiguren, F. y Bernales, E. (2010). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú; Fondo Editorial Pontificie Universidad Católica del Perú.
- Sabsay, D. y Onaindia, J. (1998). *La Constitución de los argentinos*. Buenos Aires, Argentina; Errepar.
- Scognamiglio, R. (2004). *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico* (L. León, Trad.). Lima, Perú; Grijley.
- Serna, P. y Toller, F. (2000). *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales, Una Alternativa a los Conflictos de Derecho*. Buenos Aires, Argentina; La Ley.
- Sozzo, G. (2012). *Arquitectura de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial 2012*. Recuperado de https://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/150608_Responsabilidad_civil.pdf.
- Tamallo, J. (1999). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Medellín, Colombia; Themis.
- Taboada, L. (2002). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima, Perú; Grijley.
- Taboada, L. (2002). *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima, Perú; Grijley.
- Taboada, L. (2006). *Negocio Jurídico. Contrato y Responsabilidad Civil*. Lima, Perú Grijley.
- Torres, A. (2007). *Acto Jurídico*. Lima, Perú; IDEMSA.
- Torres, A. (2011). *Introducción al Derecho*. Lima, Perú; IDEMSA.
- Tuesta, W. (2000). *Código Civil Comentado*. Lima, Perú; Grijley.
- Trigo, F. (1995). *Daños Punitivos*. Buenos Aires, Argentina; Abeledo-Perrot.
- Trigo, F. (1992). *Ponencia para la Comisión Nº 01 de las V Jornadas de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*. Buenos Aires, Argentina; Abeledo-Perrot.
- Valadés, D. (2004). *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*. Buenos Aires, Argentina; Astrea.
- Vidal, F. (1985). *El Acto Jurídico*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica.
- Vidal, F. (1998). *El Acto Jurídico*. Lima, Perú; Gaceta Jurídica..

- Visintini, G. (1999). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Argentina; Astrea.
- Von Tuhr, A. (1947). *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Buenos Aires, Argentina. Depalma.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El Derecho Ductil*. Madrid, España; Trotta.
- Zannoni, E. (1986). *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*. Buenos Aires, Argentina. Astrea.
- Zavala, M. y Gonzales R. (1997). *La indemnización punitiva en la responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot.

Revistas

- Castillo, I. (2006). *El derecho de propiedad como objeto de protección del proceso de amparo*. Revista Normas Legales. 360, 165-180.
- Castillo, L. (2014). *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index/forojuridico/article/viewFile/13783/14407>
- Escobar, F. (2004). *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)*. Revista THEMIS. 49, 153-160.
- Fernández, G. (2001). *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica*. Ius Et Veritas 22, 11-33.
- Navarreta, E. (2008). *Hechos y Actos Jurídicos*. Revista Jurídica del Perú, 14-24.
- Oertmann, P. (1929). *Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos*. Revista de Derecho Privado. 16.
- Palacios, E. (2013). *Error y Tutela de la confianza: directrices dogmáticas para la calificación de la reconocibilidad del error*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13811>.
- Santoro, F. (1964). *Hechos y Actos Jurídicos en Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Revista de Derecho Privado, 16, 18-30.
- Scognamiglio, R. (2004). *El Acto Jurídico. Ad Vocat*. Nueva época. 10, 42-51.

Ródenas, Alejandra. (2001). *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 24. Recuperado de <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/0214878RD23080718.pdf>

Tesis

Morales, R. (2010). *Las Patologías y Remedios del Contrato (Tesis Doctoral)*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALHERVIAAROMULOPATOLOGIASCONTRATO.pdf?sequence=1>