

**LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS
EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL
CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

**Análisis doctrinario, legislativo y
jurisprudencial**

Dr. Christian Stein

Abogado

Reg. CAL N° 26012

Juan Espinoza Espinoza



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005

CAPÍTULO VIII

**Algo más sobre los denominados
principios generales del derecho**

Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan solo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino.

Sófocles, *Antígona*.

1. DEFINICIÓN DE PRINCIPIO

El término *principio* proviene de la expresión latina *principium*, que equivale a 'fundamento' o 'inicio'. En el ámbito filosófico, se afirma que es «un punto de partida, idea rectora, regla fundamental de conducta».¹ Otros observan que *principio* proviene de la voz griega *archè*, que desde tiempos remotos era motivo de una incesante angustia existencial de los filósofos griegos, que pretendían determinar su esencia.²

Si bien desde un plano lógico toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de principios —es decir, de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber—, el determinar la esencia de un principio no cabe en el ámbito de la ciencia sino en el de la filosofía de la ciencia, por cuanto esta última analiza y cuestiona cada concepto que la primera presupone pero no explica.

Existen tres grandes categorías que agrupan a los principios en relación con su espectro de comprensión de las ciencias: principios omnivalentes,

¹ ROSENTHAL, M. M. y P. E. IUDIN. *Diccionario filosófico*. Rosario: Universo, 1973, p. 374.

² FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. 5.ª ed. Tomo II. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 480.

principios plurivalentes y principios monovalentes. Dentro de los últimos, se encuentran los llamados principios generales del derecho.

2. SOBRE LA PRETENDIDA GENERALIDAD DE LOS PRINCIPIOS (GENERALES) DEL DERECHO Y SU ORIGEN

La expresión «principios generales del derecho» implica que, frente a estos, existen unos principios especiales del derecho. Sin embargo, al parecer dicha consecuencia parte de una inadecuada denominación. Baste dar una ojeada a los manuales de cualquier rama del derecho (sea la civil, penal, agraria, procesal u otra) para observar que cada una tiene sus propios principios. Como es bien sabido, cada una de estas derivaciones constituye una parte específica del derecho. ¿Será posible concebir entonces que, por ejemplo, el derecho agrario, derecho especial, tenga principios generales del derecho? Creo que no.³ Considero innecesario el adjetivo general porque genera una gran confusión.⁴ De igual parecer es aquel sector de la doctrina argentina que sostiene que

[...] con la sola palabra «principio», se logra significar, aun analógicamente, la característica esencial que tienen los llamados principios generales del derecho, cual es la de ser aquello de donde deriva una norma, un conjunto de normas, la totalidad del ordenamiento jurídico nacional o

³ Ya en otra sede se había observado que, dentro de la noción de principio, en tanto resultado de una abstracción, se subsume el concepto de generalidad (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Principios generales del derecho». *Temas de Derecho*, n.º 1, 1987, p. 42). Sin embargo, hay quien, partiendo de la premisa de que el adjetivo *general* es un concepto de relación, considera que tiene un carácter graduable (GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Turín: Giappichelli, 1990, p. 113). Ello equivaldría a decir que hay principios más generales que otros. En este mismo sentido, cuando se afirma que «existe en todo caso una red —una trama amplísima— de principios generales, graduables, por lo mismo que tienen radios de diferente longitud que brinda la posibilidad de completar, recurriendo a ella, cualquier cuadro normativo aparentemente con lagunas» (BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 28).

⁴ Así, se sostiene que «en el sentido lógico, el principio es un concepto central, el fundamento de un sistema, concepto y fundamento que constituyen una generalización y la aplicación de algún principio a todos los fenómenos que se producen en la esfera de la que ha sido abstraído el principio dado» (ROSENAL, M. M. y P. F. IUDIN. *Op. cit.*, p. 374).

el derecho positivo».⁵ Sin embargo, no solo se utiliza la expresión «principio»: el Código Civil colombiano⁶ y el panameño⁷ optan por la de «reglas generales del derecho».

No son pocos los autores que han tratado de definir los principios del derecho. Doctrina española expresa que son «las líneas directrices, las líneas fundamentales, los hilos conductores que dan al sistema un conjunto de instituciones que integran el derecho privado o, en sentido más amplio, el total ordenamiento jurídico».⁸

Existe una serie de opiniones controvertidas respecto a la procedencia de los principios jurídicos. Estas se desarrollarán, a continuación, sobre la base de una clasificación esbozada por la doctrina argentina que se viene siguiendo.⁹

⁵ VIGO (h.), Rodolfo. *Integración de la Ley. Artículo 16 del Código Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 102.

⁶ En efecto, en Colombia, el art. 8 de la ley 153 de 1887 establece lo siguiente: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y las *reglas generales del derecho*» (la cursiva es mía).

Debe tenerse en cuenta que en la experiencia jurídica colombiana «el Código Civil redactado por Bello para la República de Chile fue adoptado por el Estado Soberano de Santander, en 1858, por ley del 18 de octubre; por el de Cundinamarca, a cuya Asamblea había sido llevado por don Miguel Chiari; y con posterioridad fue adoptado por otros Estado de la Unión. [...] durante el régimen federal rigieron en el país dos clases de legislaciones: una privativa de cada Estado y otra general de la Unión. Esta última estuvo informada por el antiguo derecho español hasta cuando, por la ley 84 del 26 de mayo de 1873, el Congreso adoptó como Código Civil de la Unión el referido Código chileno, y luego la ley 57 de 1887 lo reafirmó como parte de la legislación nacional» (CARREJO, Simón. *Derecho Civil*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1972, p. 49). En ese contexto, el 15 de agosto de 1887, se promulga la ley 153, que adiciona y reforma, entre otros, el Código Civil colombiano.

⁷ El art. 13 del Código Civil panameño precisa que, «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional, las *reglas generales del derecho* y la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana» (la cursiva es mía).

⁸ GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil I. Parte General*. Madrid: Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 175.

⁹ VIGO (h.), Rodolfo. *Op. cit.*, pp. 86 y ss.

2.1. Positivistas

En este orden de ideas, los principios del derecho consisten en una consecuencia de un proceso de generalización y decantación de las leyes, constituyéndose como normas que se deducen de estas.

Un sector de la doctrina francesa expresa que los principios del derecho son «simplemente reglas generales comunes que se desprenden de los sistemas jurídicos positivos en vigor». ¹⁰ Por su parte, en el ámbito latinoameri-

¹⁰ MARTY, Gabriel y Piere RAYNAUD. *Droit Civil*. Tomo I. París: Sirey, 1961, p. 25. En este mismo sentido, Gian Pietro Chironi, quien define los principios jurídicos como «aquellos que se forman como los conceptos fundamentales del sistema al cual se ha informado sustancialmente la obra del legislador y que, con el examen completo de la ley, deben ser buscados y determinados» (CHIRONI, Gian Pietro. *Elementi di Diritto Civile*. Milán-Turín-Roma: Fratelli Bocca Editori, 1914, pp. 11-12). Ettore Cassati y Giacomo Russo entienden los principios, «según la moderna doctrina y el código [italiano] vigente, como aquellas idealidades positivas y progresivas en la evolución de la vida social, que se van afirmando históricamente en los preceptos positivos de los cuales constituyen, por así decir, la quintaesencia, debiéndose abstractamente extraer de todo el conjunto de normas sobre las cuales se yergue el ordenamiento jurídico estatal, del cual constituyen base y fundamento» (CASSATI, Ettore y Giacomo RUSSO. *Manuale del Diritto Civile italiano*. Turín: UTET, 1950, p. 27). Véase también AZZARITI, Francesco Saverio; Giovanni MARTÍNEZ y Giuseppe AZZARITI. *Diritto Civile italiano*. Tomo I. Padua: CEDAM, 1943, p. 34. Felipe Clemente de Diego expresa que los principios «son, en suma, los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad (*a priori*) y los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas (*a posteriori*)» (DE DIEGO, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil español*. Tomo I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1941, p. 102). En el mismo sentido, Francesco Messineo cuando afirma que «los principios generales del derecho, precisamente por que se extraen del entero ordenamiento jurídico, se extraen de todas las ramas del derecho» (MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, p. 111); y Massimo Bianca al sostener que «principios generales en nuestro derecho son aquellos que son expresados por la Constitución y, después, aquellos que se pueden deducir inductivamente por el complejo de las normas que forman el ordenamiento jurídico» (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile I*. Milán: Giuffrè, 1990, p. 104). Por su parte, Ludovico Barassi afirma que los «principios generales se infieren de la propia Ley y no están determinados a priori, sino que (en derecho privado siempre) son los principios informadores, las tendencias constantes, de todas las normas jurídicas contenidas en la Ley (cuya laguna trata de llenarse), esto es, en el Código Civil o en las restantes leyes del derecho privado» (BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1955, p. 32). Tajante es la posición de Guillermo Borda cuando observa que «todos o casi todos estos que podrían llamarse *principios naturales* de la vida social y de la organización jurídica; están contenidos en la Constitución nacional, que no solo es una ley, sino que es la primera ley, en el orden de prelación jerárquica. Por

cano, la doctrina brasileña distingue que en esta dirección existen dos tendencias¹¹:

2.1.1. Positivistas del derecho patrio

Dentro de esta tendencia los principios generales del derecho se infieren solamente de la legislación nacional.¹²

2.1.2. Positivistas del derecho comparado

Siguen la anterior concepción, pero consideran que los principios generales del derecho también pueden deducirse de los textos legales de otras naciones.¹³

Dentro de esta corriente pueden considerarse también a los positivistas históricos quienes sostienen esta concepción afirman que los principios del

consiguiente, al echar mano de ellos, el juez está aplicando una ley positiva y no una vaga abstracción. Es muy difícil, en verdad, concebir la existencia de algún principio general del derecho que no esté contenido, expresa o tácitamente, en la Constitución o en la ley propiamente dicha; por nuestra parte, no creemos que exista» (BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil*. Parte General. 13.ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1986, p. 65). Igualmente, se sostiene que «la consideración científica de los principios generales puede ser conducida, como en concreto lo ha sido, bajo diversos ángulos y, sin embargo, su orientación final no puede no ser aquella del derecho positivo» (FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I. Teoria generale del Diritto*. Milán: Giuffrè, 1999, p. 338).

¹¹ REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. 6.ª ed. Madrid: Pirámide, 1984, pp. 141-142.

¹² A propósito de la experiencia jurídica italiana, se sostiene que «la expresión *principios generales de derecho* adquiere mayor claridad y verdad con el agregado de un adjetivo: *principios generales de derecho italiano*. Con ello se indican los principios generales de nuestro sistema positivo, las máximas con las cuales este se informa. Y se resalta que no se trata de principios vagos, indefinidos, sino concretos y determinados» (FADDA, Carlo y Paolo BENSÀ. «Note». En: WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Volumen I. Parte I. Turín: UTET, 1902, p. 128). En igual sentido, quien afirma que, «en cuanto a los principios generales, no son, como se creyó en un tiempo, ni los principios fundamentales del derecho natural, ni los del derecho romano, sino los principios del derecho positivo italiano, tal como se deducen de todo el sistema orgánico. Podrán por casualidad coincidir con los principios racionales o romanos, en cuanto que las concepciones de las escuelas filosóficas y de los juriconsultos romanos hayan pasado a nuestras leyes, pero lo que les da valor de principios generales es su *recepción* en el derecho vigente» (DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, pp. 153-154).

¹³ En este sentido, VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. 4.ª ed. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1966, p. 196.

derecho son aquellos propios del derecho romano,¹⁴ pero, como acertadamente se afirma, «la identificación de los principios generales del derecho con los del derecho romano tiene un valor puramente histórico y hoy no es sostenible».¹⁵ Inclusive, no falta algún autor que, a partir de una interpretación del art. 1976 del Código Civil español,¹⁶ asegure que los principios del derecho son los que están consagrados en las Partidas españolas.¹⁷

Tanto los principios del derecho romano como aquellos de las Partidas pertenecieron a una realidad distinta de la actual y, como cualquier otra institución del derecho, no pueden detenerse en el tiempo, sino que tienen que seguir su natural evolución.

Doctrina iusfilosófica española, que denomina la posición descrita como aquella de la «interpretación histórica»,¹⁸ advierte que, «sin duda, el jurista

¹⁴ BIANCHI, Francesco Saverio. *Corso di Codice Civile*. Turín: UTET, 1888, p. 1. Cit. por BUSO, Eduardo. *Código Civil anotado*. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1944, p. 155.

¹⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 5.ª ed. Barcelona: Bosch, p. 585. En este mismo sentido cuando se afirma que «el sometimiento al derecho romano puede explicarse solo como un hecho circunstancial, históricamente considerado. El hombre es un ser progresivo y, en el mundo jurídico, sus avances han superado en muchos puntos los límites que alcanzó el derecho romano» (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I: «Título preliminar y Derecho de las Personas». Concordado con el Código Civil de 1984. Lima: WG Editor, 1991, p. 88). Irónicamente, romanistas de la talla de Carlo Fadda y Paolo Bensa sostienen que «se requiere mucha buena voluntad para entender por derecho romano a los principios generales del derecho» (FADDA, Carlo y PAOLO BENSA. *Op. cit.*, p. 127).

¹⁶ Este establece que «quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaran subsistentes».

¹⁷ Es el caso de quien sostiene que «todavía es admisible, en una correcta exégesis del artículo 1976 del Código Civil, considerar subsistente o vigente el título 34 de la Partícula VII, expresivo de los más fundamentales principios o reglas generales del derecho, toda vez que dicho artículo 1976, aunque deroga todos los cuerpos legales, usos y costumbres, que constituyen el derecho civil común, lo hace tan solo en todas las materias que son objeto de este Código y no se registra en él ningún precepto relativo a la determinación concreta de lo que se deba entender por principios generales del derecho» (SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e historia general de la legislación española*. 2.ª ed. Tomo II. Madrid: Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1911, p. 105). A título de ejemplo, la regla 17 del título y Partida referidos establece que «ninguno non deue enriquecer en danno de otro» (cit. por MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo I. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1956, p. 206).

¹⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Op. cit.*, p. 585.

tiene que «inferir» los principios generales del contenido del ordenamiento jurídico; pero una cosa es inferirlo de ese contenido y otra que se constituyan como tales principios en esa inferencia».¹⁹ Esta sagaz crítica pone de manifiesto las limitaciones de una posición que se limita a un marco meramente formalista. La existencia de los principios generales del Derecho es independiente de la del ordenamiento positivo.

2.2. Iusnaturalistas

En esta posición, también denominada de la «interpretación filosófica»,²⁰ los principios generales del derecho no son aquellos que se encuentran en las leyes positivas, sino que se asimilan a un sistema superior al de las normas jurídicas, que reside en el derecho natural. Se trata, así, de una serie de principios *suprapositivos* componentes del sistema del derecho natural.

Una autorizada doctrina italiana se alinea en esta posición y explica que «es misión propia de la crítica valorar las leyes positivas en relación con la idea absoluta del derecho o de lo justo natural, sin que pueda jamás imputarse a esa idea la defectuosa correspondencia que encuentre en el orden positivo».²¹ En términos más claros, «el derecho natural no deja de ser tal ni pierde su valor intrínseco, porque a veces sea también positivo».²²

¹⁹ *Ibid.*, p. 586.

²⁰ *Ibid.*, p. 585.

²¹ DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 69.

²² *Ibid.*, *loc. cit.* En este mismo sentido, quien observa que «hay principios de justicia superiores a la contingencia y variabilidad de los hechos [...] estos principios de justicia revelados por la razón y la conciencia tienen una existencia real, efectiva y superior a los hechos, puesto que, si en estos se realizan los principios, no puede contenerse en ellos la esencia jurídica» (VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español*. 4.ª ed. Tomo I. Parte general. Valladolid: Talleres Tipográficos «Cuesta», 1935, pp. 204-205). También se sostiene que, «cuando se afirma que los principios generales del derecho son los del derecho natural, quiere decirse que, a falta de una disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión concreta sometida a su conocimiento. Queda excluida, por ende, la posibilidad legal de que el juez falle de acuerdo con sus opiniones personales» (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 4.ª ed. México D. F.: Porrúa, 1951, p. 360). Aunque se autodenomina «cientificista», pertenece a esta corriente brasileña que afirma que: «a) la tradición del derecho luso-brasileño usó los principios de derecho natural

Se agrega, además, que «la fuente inagotable del derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón».²³ Y en relación con el tema que aquí nos incumbe se dice que «[p]recisamente, a esta fuente, que una tradición varias veces milenaria ha llamado derecho natural, es a la que el legislador tenía intención de referirse cuando señala los principios generales del derecho como el medio para superar las inevitables deficiencias de sus prescripciones positivas».²⁴

para colmar las lagunas de la Ley; b) en el derecho universal, muchos son los códigos que expresamente los mencionan; c) igualmente, en los países en los que no se reguló, siempre fue posible a la doctrina sustentar la consagración implícita; d) la argumentación positivista está fundada en un preconcepto y, por eso mismo, no es científica; e) entre nosotros, los que admiten la extensión del concepto en función a los Principios del Derecho Natural son aquellos que más atentamente trataron esta materia, f) la orientación positivista implica una redundancia, inadmisibles en el ordenamiento; g) el recurso al derecho natural sobrepasa las inmóviles limitaciones del derecho positivo; h) el legislador incluyó, en nuestra Ley, la expresión "principios generales del derecho" con la intención pre-establecida de extenderse al Derecho Natural» (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios Gerais de Direito*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 237). En el ámbito de la doctrina nacional, se afirma que la búsqueda de los principios del derecho «se trata de una cuestión axiológica, inquiriendo por la solución de justicia, para que se cumpla con la paremia de *ius est quod iustus est*» (LEÓN BARANDIARÁN, José. «Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar». En REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Exposición de motivos y comentarios*. Tomo IV. Lima: Studium, 1985, p. 30).

²³ DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 9.ª ed. Barcelona: Bosch, 1980, p. 343.

²⁴ *Ibid.*, loc. cit. El autor enfáticamente afirma que los «principios generales del derecho» son lo mismo que decir «derecho natural» (DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*..., p. 344). Esta posición ha sido fuertemente contestada por una doctrina positivista que sostiene que «aquellos que identificaban los principios generales del derecho con los principios del derecho natural, entendían a los principios supremos inspirados exclusivamente en la justicia y en la razón y, por ello, extraños y superiores a todas las legislaciones positivas, que de estos fundamentales principios contendrían, aunque sea, un eco o un reflejo, más o menos, imperfecto; pero es fácil observar que estos principios absolutos, abstractos, superiores a cualquier regulación de normas jurídicas positivas, no pueden inferirse sino de las concretas —si se quiere, imperfectas— formulaciones de *questi benedetti diritti positivi!* (sic). No tenemos ningún motivo para contestar que existan principios que respondan a exigencias superiores de justicia y de razón, siempre y cuando, evidentemente, cada uno pueda adecuar a su manera el contenido de estos principios, la valoración de estas exigencias y el concepto mismo de justicia. Pero lo que me parece imposible es hacer que estos principios puedan ser entendidos de manera distinta de las normas morales, que [...] no se pueden confundir con las normas jurídicas. Si la posibilidad de la coacción caracteriza las normas jurídicas, o estos principios de derecho natural están fornidos de ella, y entonces son principios de derecho positivo, o están desprovistos de ella, y entonces no son normas jurídicas» (ROTONDI, Mario. *Istituzioni di diritto privato*.

Esta dirección no es del todo exacta, por cuanto las reglas del derecho natural no se pueden adoptar de una manera aislada. Y ello porque, como pone de manifiesto cierta doctrina española,²⁵ entran en juego otros principios. Bástenos pensar en los distintos criterios que adoptarían una sociedad de ideología liberal y otra de tendencia socialista.²⁶ Ello sin contar con la advertencia de que «bajo la vieja etiqueta de "escuela del derecho natural", se esconden autores y corrientes muy diferentes».²⁷

2.3. Cientificistas

Para quienes defienden esta corriente, los principios jurídicos surgen de la doctrina. Así, se sostiene que los principios generales del derecho «emanan de la ciencia del derecho».²⁸ Otros, aunque parten de una percepción positivista de la procedencia de los principios jurídicos, apelan al argumento de

5.ª ed. Milán: Casa Editrice Ambrosiana, 1945, p. 75). Nótese que este autor parte de la identificación de los principios del derecho con las normas jurídicas, posición que, como se demostrará más adelante, no es correcta.

²⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 4.ª ed. Volumen I. Madrid: Tecnos, 1982, p. 170.

²⁶ Doctrina nacional sostiene que «en la sociedad capitalista, los principios generales se traducen en postulados de propiedad privada, libertad de contratación, capacidad de las personas para obligarse, necesidad de cumplir las obligaciones, la causa o pretendida equiparidad de las prestaciones contractuales bilaterales y la organización del Estado correspondiente a este conjunto de preceptos jurídicos y hechos sociales.

Sin embargo, como no es posible evitar que en esta sociedad, y en su derecho, se produzcan cambios cuantitativos en sus diferentes esferas, como la avanzada de una nueva forma de organización social, tampoco resulta posible impedir la aparición, con esos cambios, de principios generales, que se interpretan y se establecen como un trasfondo necesario del estado al que ha llegado el orden jurídico, aunque en lo esencial la variación es relativamente exigua, si la estructura económica no se modifica. De esta manera, si la sociedad continúa siendo básicamente capitalista, sus principios generales siguen reproduciendo esta realidad» (RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El derecho como norma y relación social. Introducción al Derecho*. Lima: Ediciones Tarpuy, 1984, pp. 238-239).

²⁷ BOBBIO, Norberto. «El modelo iusnaturalista». En BOBBIO, Norberto y Michelangelo BOVERO. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 16.

²⁸ SPOTA, Alberto. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Parte General. Volumen I. Buenos Aires: De Palma, 1947, p. 385.

la «tradición científica nacional».²⁹ Al parecer, esta posición, por pretender abarcar demasiado, se arriesgó a ser vaga e imprecisa. En efecto, si tenemos en cuenta que la doctrina produce (como veremos más adelante) modelos dogmáticos, estos no nacen de ella: la materia prima de la doctrina esta constituída principalmente por las normas jurídicas (ley, costumbre y jurisprudencia) y es de ahí de donde se obtienen (entre otras fuentes de procedencia) los principios. Así, el jurista interpretará los enunciados normativos, propondrá o descubrirá el significado de las normas jurídicas e inferirá principios que se obtendrán de las propias normas y no (a través) de la doctrina. Un sector de la doctrina española ilustra claramente la función de la doctrina respecto a los principios, al afirmar que «su declaración es obra de la ciencia, de la técnica».³⁰

No se debe confundir la discusión respecto de la procedencia de los principios con aquella referida a la actividad a través de la cual se infieren los principios. La actividad que se realiza es la interpretativa; por consiguiente, no solo el doctrinario o jurista puede inferirlos o descubrirlos, sino que también lo puede hacer el juez, el legislador o cualquier operador jurídico. Tampoco se debe olvidar que la mayoría de los que se afilian a esta concepción, denominada científicista, están alineados —al mismo tiempo— a la corriente positivista.

²⁹ Así, a propósito de la experiencia jurídica italiana, se afirma que se entiende por principios generales del ordenamiento del Estado italiano «no solo a los principios del derecho positivo italiano, los cuales se infieren por vía de generalización por todo el sistema orgánico, sino también a aquellos que se infieren de la orientación político-legislativa estatal y de la tradición científica nacional (derecho romano, común, etc.) concordante con estos» (las cursivas son mías) (DE RUGGIERO, Roberto y Fulvio MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*. 6.ª ed. Volumen I. Milán-Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1943, p. 55). En este mismo sentido, RUBBIANI, Galasso. *Le disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale e il diritto delle persone nel nuovo Codice Civile italiano*. Milán: Società Editrice Libreria, 1940, pp. 8-9 y PACCHIONI, Giovanni. *Elementi di Diritto Civile*. 4.ª ed. Milán: Giuffrè, 1944, p. 30.

³⁰ DE DIEGO, Felipe Clemente. *Op. cit.*, p. 102. Así, también quien sostiene que la investigación de los principios «solo puede estar al alcance de las personas versadas en la ciencia del derecho, es decir, de los juristas» (VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, p. 198).

2.4. Eclécticos

Son aquellos que asimilan tanto la posición positivista como la iusnaturalista. En este sentido, se afirma que, «en definitiva los principios generales del derecho son "derecho natural", pero este es siempre normatividad concreta y, en los escalones más bajos de la concreción, el contenido iusnaturalista se difumina progresivamente».³¹ En atención a ello, se sostiene que «no se puede afirmar rotundamente que los principios generales se hallan fuera ni, por el contrario, dentro del ordenamiento jurídico».³²

En el ámbito de la doctrina nacional, se expresa que «los principios generales del derecho pueden ser ubicados, en primer lugar, dentro de la legislación positiva, mediante abstracción de su contenido subyacente, mediante los procedimientos correspondientes al método lógico, que indaga la *ratio legis* de la norma».³³ No obstante, se dice, también, que «nada obsta

³¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Op. cit.*, p. 586. Se alinea a la corriente ecléctica, VIGO (h.), Rodolfo. *Op. cit.*, p. 102; RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte general I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 131. Jaime Santos Briz afirma que «en la investigación habrá que dar preferencia a los principios generales del sistema positivo y, cuando ello sea infructuoso, el juez habrá de aplicar la norma que estime más racional, conforme a los principios del derecho justo, a condición de no contradecir las ideas fundamentales de la ley ni de la costumbre ni de la doctrina consagrada» (SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y práctica*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 178). También se sostiene que, «generalmente, se acepta que los principios generales del derecho, para nuestro sistema jurídico [el español], proceden del sistema de derecho positivo, en cuanto informadores del mismo, decantados por la evolución histórica del derecho tradicional: [...] los principios del derecho natural, evidentemente, se encuentran ya incorporados básicamente al sistema tradicional de nuestro derecho histórico y positivo» (GARCÍA AMIGO, Manuel. *Op. cit.*, p. 176). En la experiencia argentina, se sostiene que los principios del derecho «son los *principios fundamentales de nuestra legislación positiva*, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, son los presupuestos lógicos de las normas legislativas» (BUSO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 155). Doctrina colombiana asevera que los principios son «ciertos criterios que expresan reglas de justicia, de lógica y de buen sentido; y, aunque su validez es universal, constituyen como el trasunto de cada ordenamiento jurídico, entendida esta expresión en su significación amplia que comprende, además de normas e instituciones, la ordenación política del Estado y la tradición científica nacional. Equivalen aquellos, por lo tanto, al espíritu de la legislación, están formados por las ideas fundamentales en que ella se origina y se deducen, a través de un procedimiento de metódica generalización, del conjunto de disposiciones del derecho positivo y de los elementos históricos, sociales y éticos que lo presiden» (CARRERO, Simón. *Op. cit.*, p. 107).

³² DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, p. 170.

³³ RUBIO CORREA, Marcial. *Título preliminar*. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 149.

que el agente aplicador del derecho indague por los principios más generales, que son válidos para el derecho sin estar necesariamente contenidos en la norma positiva»,³⁴ hecho que «supone, naturalmente, que existen principios en diversos planos».³⁵

2.5. Culturalistas

Como respuesta a las posiciones anteriores, surge la corriente culturalista, que sostiene que los principios del derecho son «productos culturales»,³⁶ es decir, criterios producidos por cada cultura que, en armonía con los valores, creencias sociales y circunstancias concomitantes, responden a los requerimientos jurídicos de la sociedad.³⁷ De esta manera, se define a los principios generales como «criterios guías, de carácter críptico o sumario, dotados de aptitud *normogenética*, que cada sociedad elabora conforme a su cosmovisión cultural, para asentar sobre determinadas bases y orientar hacia determinados objetivos la totalidad, o un área, de su ordenamiento jurídico».³⁸

Se entiende por criterios guías la opción de alternativas que han sido previamente valoradas y que tienen fuerza orientadora;³⁹ por carácter críptico, la riqueza conceptual concentrada en una fórmula simple;⁴⁰ y por aptitud *normogenética*, la capacidad o potencialidad para generar normas jurídicas.⁴¹ Se sostiene, además, que la opción por los principios de derecho «no es un ejercicio teórico, sino una selección vital, que tiende a legitimar, en el consenso cultural de cada sociedad, el fundamento de las conductas que ella exige y que orienta las constantes de las relaciones sociales en el sentido de las aspiraciones y finalidades perseguidas por ella».⁴² Asimismo, se establecen, para los principios del derecho, las siguientes funciones:⁴³

³⁴ *Ibid.*, loc. cit.

³⁵ *Ibid.*, loc. cit.

³⁶ RÍOS ALVAREZ, Lautaro. «Dos reflexiones de los principios generales del derecho». *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 26/27, 1985, p. 75.

³⁷ *Ibid.*, p. 81.

³⁸ *Ibid.*, pp. 82-83.

³⁹ *Ibid.*, p. 83.

⁴⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁴¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

⁴³ *Ibid.*, pp. 84 y ss.

- se constituyen en fundamento normativo, al inspirar una determinada fisonomía al derecho vigente;
- se desempeñan como criterios guías de interpretación de las normas, a través de las siguientes tres funciones que aquí se enumeran;
- le dan sentido al texto literal de la norma jurídica;
- en relación con la anterior función, no se limitan a la comprensión de las normas sino a su extensión;
- se desempeñan como controladores de su cumplimiento;
- se constituyen en criterios o bases para la integración del ordenamiento jurídico;
- orientan la ejecución de la ley; y
- delimitan positiva y negativamente las normas y conductas, función que comprende tanto al legislador como al profano. Este último aspecto resulta importante, y esa importancia se ilustra en el refrán que dice: «El pueblo sabe derecho». Este dicho tiene razón de ser porque «el hombre más modesto “sabe derecho”, porque conoce intuitivamente qué posición es justa y cuál no lo es; porque *siente* que debe obrar conforme a unos criterios que le han sido inculcados desde la cuna, que —de una manera vivencial— forman parte de su modo de ser y de conducirse, criterios que le han ido imprimiendo, a lo largo de su vida, una certera capacidad para discernir qué actuación *está bien* y qué actuación *está mal*, a la luz de los valores, principios y pautas de la sociedad en que se ha formado y de la que es parte».⁴⁴

En mi opinión, los principios no tienen aptitud *normogenética*, por cuanto carecen de una estructura de poder *in re ipsa* para generar normas jurídicas, como es el caso de la ley, la costumbre y la jurisprudencia. En cambio estos, al estar contenidos en la norma jurídica, le delinear una fisonomía, le dan un fundamento. Por ello, se afirma que los principios jurídicos «siempre servirán de base en la elaboración de las reglas positivas»;⁴⁵ los principios inspiran la creación de normas jurídicas; pero carecen de la aptitud para crearlas per se; son una suerte de musas inspiradoras de las normas jurídicas.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 95.

⁴⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Op. cit.*, p. 228.

2.6. Integralistas

Aparentemente, los aspectos positivo y natural del derecho parecen irreconciliables. Sin embargo, autorizada doctrina mejicana nos revela que esta afirmación no es una verdad absoluta, al distinguir los siguientes criterios:⁴⁶

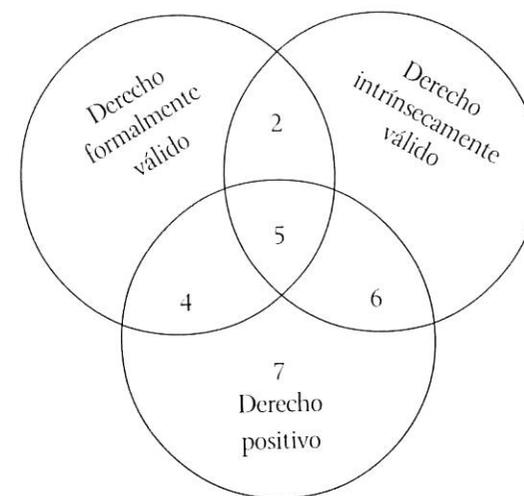
- El derecho intrínsecamente válido es el que conocemos como derecho natural y es definido, actualmente, como un patrón absoluto de justicia para ser comparado con el derecho positivo; pero, en sentido puro, el derecho natural es la conciencia valorativa de cada ser humano.
- El derecho formalmente válido es el creado y reconocido por la autoridad competente, investida para ello.
- El derecho positivo es el derecho que tiene la característica de la eficacia, o sea, es el derecho que se cumple.

En resumidas cuentas, tanto el derecho natural como el que emana de la autoridad pueden ser considerados derecho positivo en la medida en que sean acatados. El siguiente cuadro⁴⁷ ilustra mejor esta afirmación:

⁴⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁷ Tomado de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45. El autor, combinando los tres conceptos que propone, enuncia las siguientes posibilidades:

- 1.- Derecho formalmente válido, sin *positividad* ni valor intrínseco.
- 2.- Derecho intrínsecamente valioso, dotado además de vigencia o validez formal, pero carente de *positividad*.
- 3.- Derecho intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad política y desprovisto de eficacia.
- 4.- Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.
- 5.- Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido.
- 6.- Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal.
- 7.- Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca» (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45).



En otro texto, propuse «una aprehensión tridimensional de los principios generales del derecho, ya que estos constituyen abstracciones que, posteriormente se traducen en reglas básicas que se aplican a casos concretos». ⁴⁸ Además, afirmé que «[e]stas fórmulas o reglas se desprenden del ordenamiento normativo, de los valores jurídicos o de los criterios de organización del grupo humano» y que, «[p]or lo general, estos tres elementos de procedencia de los principios generales del derecho convergen entre sí», ⁴⁹ haciendo la salvedad que «se puede dar el caso de una procedencia uni o bidimensional». ⁵⁰

Sucede, en este caso, lo mismo que con la definición del derecho: los iusnaturalistas solo vieron la fuente de los valores; los positivistas contemplaron las normas; y los culturalistas los entienden como respuestas de la experiencia jurídica. En realidad, el fundamento de los principios del derecho reside en estos tres aspectos, no como conglomerado aritmético sino en continua interacción.

Para un sector de la doctrina española, ⁵¹ las características de los principios generales del derecho son las siguientes:

⁴⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵¹ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, pp. 170-171.

- No se encuentran fundados en la autoridad del Estado.
- Tienen su fundamento en la comunidad entera.
- Tienen una función *vertebradora* o reestructuradora del derecho.

Se ha observado, con acierto, que los principios absuelven las siguientes funciones:⁵²

- función integradora, en el sentido de ser instrumento técnico para colmar lagunas normativas;
- función interpretativa, por cuanto ofrecen al intérprete el modo de subsumir el tipo legal en un enunciado amplio;
- función delimitadora, debido a que ponen un marco a las competencias legislativas estatales y negociales; y
- función de fundamento, ya que ofrecen los valores sobre los cuales se sostiene todo el ordenamiento jurídico.

En jurisprudencia, se suele dar a los principios un uso doble:⁵³ el primero, de carácter formal, es decir, como técnica interpretativa; el segundo, de tipo teleológico, o sea, como técnica *manipulativa*.⁵⁴

En síntesis, se puede afirmar que los principios generales del derecho son proposiciones que pueden provenir de las abstracciones de las normas, los valores o las convicciones de un grupo social, y que se exigen recíprocamente al resolverse los casos concretos. Evidentemente, su utilización y aplicación dependerá del grado de sensibilidad jurídica del operador del derecho.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Es clásico el estudio de los principios generales del derecho dentro del tema de las fuentes de este. En mi opinión, los principios del derecho no son

⁵² ALPA, Guido. *I principi generali*. en IUDICO, Giovanni y Paolo ZATTI (eds.). Milán: Giuffrè, 1993, p. 13.

⁵³ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁴ En esta perspectiva, se sostiene —un tanto desencantadamente— que «el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve para cubrir, de cuando en vez, operaciones dispares (lamentablemente, bajo el paraguas de la mención al título preliminar)» (TARFELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 385). El mismo Guido Alpa sostiene que los principios jurídicos «son instrumentos neutros, que tienen origen histórico diverso y tienen contenido diverso según las épocas, los países, las culturas del intérprete, sobre todo, de las finalidades que estos quieren perseguir» (ALPA, Guido. *Op. cit.* p. 85).

fuentes del derecho, por cuanto estos tienen una función *vertebradora* o reestructuradora del ordenamiento jurídico y no una función *positivadora* de la norma, en tanto carecen de una estructura de poder. En la concepción moderna⁵⁵ de las fuentes de derecho, no se incluyen los principios como tales. Los principios del derecho —repito— no son fuentes: la aplicación de los principios del derecho en caso de defecto o deficiencia (e interpretación) de los enunciados legislativos constituye uno de los mecanismos de la administración de justicia.

Un sector de la doctrina española advierte que los principios del derecho son «auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta».⁵⁶ Un sector de la doctrina italiana considera a los principios como normas jurídicas de segundo grado, porque derivan de —o se fundan en— otras normas (sean escritas o consuetudinarias), y la jurisprudencia tiene la tarea de identificarlos y consolidarlos.⁵⁷ También discrepo de esta posición. Debemos recordar que la norma jurídica «es una norma de conducta humana a cuya observancia puede constreñirnos la sociedad mediante una presión externa de mayor o menor intensidad»⁵⁸ y —queriendo ser más técnicos— «es una estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de una manera objetiva y obligatoria».⁵⁹

Si bien «la imperatividad es solo una de las parcelas del fenómeno y el derecho presenta muchas más notas y muchos más matices»,⁶⁰ no podemos negar el carácter obligatorio de la norma jurídica, carácter que no poseen los principios del derecho, por cuanto estos, per se, no son vinculantes, salvo que se encuentren ínsitos en una norma jurídica propiamente di-

⁵⁵ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 112.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, p. 171. En este mismo sentido, Miguel Reale afirma que los principios del Derecho son «enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e integración como para la elaboración de otras normas» (REALE, Migue. *Op. cit.*, p. 140). De igual parecer es quien define a los principios como «normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento» (VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993, p. 415).

⁵⁷ ALPA, Guido. *Op. cit.*, p. 147.

⁵⁸ CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I: «Disciplina general y derecho de las personas». Barcelona: Bosch, 1960. p. 18.

⁵⁹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, p. 34.

cha.⁶¹ Los principios del derecho, por tanto, no son normas jurídicas. Se debe diferenciar el carácter obligatorio de la norma del meramente sancionador. Las normas, sean enunciativas o prescriptivas, tienen carácter obligatorio. En igual sentido va la crítica a la posición que entiende a los principios jurídicos como normas de segundo grado: esta parte de una conceptualización positivista de los principios, pero (sea cual fuere el grado) los principios no obligan al operador jurídico, como sí lo hacen las normas.

Autorizada doctrina italiana define como principio del derecho a la «regla jurídica caracterizada por la indeterminación, en cuanto al momento de la acción (el deber-hacer) o también en cuanto al momento del resultado de la acción (el deber ser-del valor jurídico)».⁶² Útil para la delimitación de la naturaleza jurídica de los principios del derecho es la teoría de los modelos jurídicos, definidos como «estructuras normativas de hechos según valores y que son instauradas en virtud de un acto concomitante de opción y prescripción».⁶³ Frente a este concepto, surge otro, el de los modelos teóricos o dogmáticos, que son esquemas lógicos cuyo objeto consiste en determinar:⁶⁴

- Cómo las fuentes del derecho pueden producir modelos jurídicos válidos.
- El significado de los modelos jurídicos.

⁶¹ En este sentido, se afirma que «si los principios no son normas jurídicas en sentido técnico, constituyen, en cambio, como *ratio legis*, un derecho positivo posible, que se realiza a través de la interpretación y su transformación a un nivel más concreto.

Los principios dejan de ser punto de apoyo para el razonamiento y se transforman en derecho positivo a partir del momento y en la medida en que han sido encarnados en una institución por un acto del poder legislativo o de la jurisprudencia. Por tanto, son verdades existentes en potencia que, como tales, no son fuente formal del derecho hasta su *positivización* en ley o en sentencia. Fuente del derecho lo son las fuerzas que llevan a efecto esta *positivización*. Los principios no son derecho positivo hasta que por haber informado a la correspondiente fuente del derecho (ley, costumbre o jurisprudencia) han dado lugar a un determinado resultado jurídico. Por tanto, entiendo que lo de «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico» ha de entenderse en el sentido de que los principios generales informan al legislador y en lo que este no haya alcanzado a formular con carácter general, informan al juez para que dicte la sentencia conforme a un ordenamiento general que el legislador todavía no ha llegado a formular» (PUNG BRUJAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1980, pp. 240-241).

⁶² FALZA, Angelo. *Op. cit.*, p. 340.

⁶³ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 135.

- La interrelación entre los distintos modelos jurídicos, que dan lugar a sistemas jurídicos.

Partiendo de la posición culturalista, los principios jurídicos tienen la naturaleza de modelos crípticos, vale decir, son esquemas teóricos que, como ya se mencionó, contienen «una riqueza conceptual comprimida en una fórmula simple».⁶⁵ No se debe confundir la naturaleza de los principios jurídicos (que responden a la pregunta de qué son tales principios) con el origen o procedencia de estos (que vimos en el punto anterior). Como puede observarse, existen puntos de contacto entre los modelos teóricos, los modelos dogmáticos y los principios del derecho; pero si los analizamos detenidamente, se advertirán las diferencias. En efecto, si a través de los principios del derecho se interpretan y aplican modelos jurídicos, estos tendrán la misma función de los modelos dogmáticos, y eso —sin embargo— no quiere decir que ambos modelos se identifican entre sí. Si el principio deriva de la abstracción de alguna norma jurídica, su naturaleza coincidirá con la de un modelo jurídico. No obstante ello, se debe recordar, para ambos casos, que los principios pueden provenir de valores, normas o criterios sociales. En resumidas cuentas, los principios jurídicos son modelos crípticos o sumarios (que en algún supuesto coincidirán con modelos dogmáticos o jurídicos, pero no se agotan en estos) que no tienen fuerza vinculante.

Para concluir este punto, los principios del derecho no tienen carácter obligatorio per se ni constituyen procesos de *positivización* de las normas jurídicas; pero, al ser modelos crípticos, ofrecen pautas para una aplicación, si se nos permite la expresión, más justa del derecho, en caso de existencia de dispositivos defectuosos o deficientes, o también para interpretarlos. Recién al ser declarados por el órgano competente tienen carácter obligatorio. Los principios del derecho son modelos de carácter críptico o sumario, que dotan de contenido a los enunciados jurídicos.

4. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y LOS BROCARDOS JURÍDICOS

Doctrina italiana, basándose en los estudios de los historicistas, advierte que

[...] los romanos, sobre todo en el período clásico, no se cuidaban de elaborar enunciados de carácter general y abstracto: no era acorde a su

⁶⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Op. cit.*, p. 83.

mentalidad práctica y casuística ir en la búsqueda de los «universales», de fórmulas tan amplias como para ser adaptadas a todas las circunstancias que presentasen características de homogeneidad o de similitud, pero sí que fueran enunciadas de una manera genérica, que no las hiciera identificarse con el supuesto de hecho del caso concreto».⁶⁶

Se operaba mediante *regulae*, o sea, expresiones que resumían el supuesto de hecho.⁶⁷ Estas expresiones eran el resultado de la «aplicación del derecho a deber crear la regla, no de la regla a crear el derecho».⁶⁸ La *regulae* es una fórmula abreviada que se extrae del caso concreto en la experiencia romana antigua, sin la intención de ser aplicada a los demás casos, es decir, sin vocación de abstracción y generalidad sino con pretensión orientadora y didáctica.

Inicialmente los brocardos eran entendidos como fórmulas que reflejaban costumbres, principios, modos de ver y proverbios, afianzados en el lenguaje de los juristas.⁶⁹ Con el transcurso del tiempo, la *regula* no es solamente considerada como un destilado del conocimiento antiguo; no es solo el enunciado que resuelve un caso y todos los casos similares a este, sino que deviene también en la solución de todos los casos en los cuales se puede encontrar la misma *ratio*.⁷⁰ En las elaboraciones de los canonistas, desaparece la distinción entre *regulae* y brocardos, conceptos que terminan por identificarse.⁷¹ El uso actual de los brocardos es, pues, peligroso, por cuanto su formulación no estuvo dirigida para aplicarse a una generalidad de casos sino para formular abreviadamente el caso concreto.

Para un sector de la doctrina española, los brocardos, llamados también reglas, paremias o apotegmas jurídicos, «son refranes jurídicos o fórmulas concisas que comprenden una experiencia jurídica»,⁷² específicamente, la perteneciente al derecho romano. No se deben confundir los principios generales del derecho con los brocardos jurídicos. Ambos tienen una relación complementaria, tal como sucede con la norma jurídica y la disposición legal: mientras que la primera es la estructura proposicional enunciativa que debe ser acatada, la segunda es la señal por medio de la cual se

⁶⁶ ALPA, Guido. *Op. cit.*, p. 58.

⁶⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 61.

⁷¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁷² Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, p. 175.

manifiesta la norma. En otras palabras, a través de los brocardos (pero no solo mediante ellos), llegamos a los principios del derecho. De ello se recibe confirmación a través de aquella corriente que afirma la procedencia de los principios jurídicos desde la perspectiva positivista histórica, en la cual estos provienen del antiguo derecho romano.

Los brocardos jurídicos o reglas pueden ser agrupados, según su contenido, de la siguiente manera:⁷³

- como medio de inducción a un principio general del derecho;
- como resumen del sentido de un conjunto de normas o de una institución; y
- como abstracciones de la doctrina jurídica.

Como se puede apreciar a partir de esta clasificación, no existe sinonimia conceptual entre los brocardos jurídicos y los principios del Derecho, por cuanto los primeros son (una de las) señales de manifestación de los segundos.

5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, FINES Y VALORES JURÍDICOS

Doctrina italiana advierte el uso polisémico que se les da a los principios generales del derecho en el ámbito doctrinal, jurisprudencial y legislativo. En el primero, se los entiende como inicio, valores, nociones fundamentales o «espíritu» del ordenamiento; en el segundo, como reglas de tipo general y abstracto;⁷⁴ y, en el tercero, como disposiciones generales, finalidades de las leyes o valores tutelados.⁷⁵ Doctrina nacional clasifica a los principios del derecho de la siguiente manera:⁷⁶

⁷³ Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, pp. 175-176.

⁷⁴ En este sentido, se sostiene que «la jurisprudencia tiende a considerar al principio como regla general y abstracta que se obtiene cumpliendo sucesivas *subsunciones* de reglas particulares específicas y *circunstanciadas* con contenido amplio, conducibles todas al ápice, al vértice, justamente al principio» (ALPA, Guido. *Op. cit.*, p. 9).

⁷⁵ ALPA, Guido. *Op. cit.*, pp. 6-42.

⁷⁶ SILVA VALLEJO, José Antonio. «El artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Civil: llave maestra de la teoría general del Derecho Civil y Procesal». En *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 487-488.

- principios ius-axiológicos, entre los cuales se encuentran la justicia, el bien común, la seguridad, el orden público y la buena fe;
- principios lógico-jurídicos, entendidos como principios hermenéuticos o de interpretación, que consisten más propiamente en argumentos tales como el *a sensu contrario*, el *similia similibus*, el *a fortiori*, el *de maiore ad minus* o el *de minore ad maius*, entre otros; y
- principios institucionales, que resumen el *quid iuris* de cada institución. En el derecho contractual, *rebus sic stantibus, pacta sunt servanda*; en los derechos reales, *solus consensus perficiuntur*, en el derecho sucesorio, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest*; en el derecho penal, *nullum crime sine lege, in dubio pro reo*; en el derecho procesal, principio impositivo, inquisitivo, integrativo de la sentencia; etc.

Cuestiono esta clasificación debido a que, en el primer grupo, no se hace mención a los principios del derecho sino a los fundamentos de los principios; en el segundo, se hace referencia a los postulados de la lógica general, que no son propiamente principios sino instrumentos de interpretación; y, en el tercero, se confunden a los principios generales del derecho con los brocardos jurídicos. Asimismo, cabe notar que, dentro de esta clasificación, se fusionan tres conceptos de diversa naturaleza, pero que, en la dinámica de la experiencia jurídica, se encuentran en estrecha relación. Me refiero a los principios del derecho propiamente dichos, a los fines y a los valores jurídicos, que intentaré definir y distinguir.

Doctrina sociológica nacional advierte que los valores son «los criterios según los cuales el grupo o la sociedad juzga la importancia de las personas, los modelos, de los fines u otros objetos socio-culturales». ⁷⁷ Asimismo, establece que ellos tienen las siguientes características: ⁷⁸

- son compartidos por los integrantes del grupo;
- suscitan reacciones afectivas de carácter social; y
- requieren el consenso.

⁷⁷ ÍSMODES CAIRO, Anibal. *Sociología*. 3.ª ed. Lima: Minerva, 1967, p. 282.

⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit. El mismo autor sostiene que los valores poseen las siguientes funciones:

- función activa de juicio;
- fuente de ideales;
- factor de control y presión social; y
- factor de fortificación social (ÍSMODES CAIRO. *Op. cit.*, pp. 285-286).

No es mi intención reproducir la discusión respecto a las características de axiología formal de los valores, ⁷⁹ como es el caso del valer (que no pasa de ser una redundancia), su cualidad, su jerarquía (lo cual es muy relativo). La naturaleza de los valores es un tema asaz controvertido: unos sostienen que son objetivos ⁸⁰ (los valores se entienden como estrellas polares inalcanzables); otros afirman que son subjetivos, dada su dependencia ontológica; y otros se adhieren a una posición ecléctica. Lo cierto es que los valores son el resultado de una vivencia personal. En lo que todos los autores están de acuerdo es en la característica de la polaridad que tienen los valores, ya que existe un lado positivo que está dado en el valor y otro negativo que se traduce en el *disvalor*.

La teoría egológica establece una tabla de valores jurídicos, que se presenta a continuación, junto a sus respectivos *disvalores*: ⁸¹

- justicia-injusticia,
- orden-desorden,
- seguridad-inseguridad,
- poder-impotencia,
- paz-discordia,
- cooperación-masificación y
- solidaridad-aislamiento.

Doctrina nacional objeta la escala propuesta y advierte que

[...] el orden en sí mismo no es un valor, ni menos aun un valor jurídico, sino un estado que deriva de la observación de otros valores. La seguridad [...] es, no un valor, sino uno de los fines del derecho. El poder significa una forma de acción que solo puede justificarse en otros valores. La

⁷⁹ Para lo cual me permito remitir a FERRATER MORA, José. *Op. cit.*, pp. 869-870.

⁸⁰ Así, se afirma que «diversos objetivistas, desde Platón hasta Husserl, Bergson, Scheler, N. Hartmann y otros autores, han sostenido que los valores son factores autónomos, semejantes a sustancias, que un objeto "tiene" o de las que "participa", esencias o entidades que un sujeto puede "percibir" o para los que puede estar "ciego". Un valor determinado que así "existiría en sí mismo" sería, según ciertos filósofos, parte de una organización jerárquica, ocupando en ella un puesto superior o inferior al de otro» (BLUMENFELD, Walter. *Valor y valoración*. Lima: Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1959, p. 3).

⁸¹ COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954, p. 84.

cooperación y la solidaridad son en sí mismas modos de vida social. Solo quedaría la paz, que es valor tributario de la justicia.⁸²

Desde mi punto de vista, ni siquiera la paz es un valor. En efecto, al ser entendida como una situación de sosiego o de tranquilidad, tiene la naturaleza de un resultado y no de un valor concebido —como ya se dijo— como criterio.

Los valores jurídicos se constituyen en uno de los elementos del derecho y se traducen en un conjunto de criterios que poseemos para juzgar tanto a los sujetos como a los objetos. El valor supremo del derecho es la justicia y no es el único. Todos los valores, al ser recogidos por la norma, se tornan en jurídicos; tal es el caso de las normas de las letras de cambio: el valor de crédito que se regula se convierte en un valor jurídico. Comparto plenamente la posición que sostiene que los valores no pueden ser principios, por cuanto «un principio, lo mismo que una ley física o una norma moral, es una regla general que permite la deducción de lo que sucederá o ha de suceder bajo ciertas condiciones»,⁸³ cosa que no se aplica en los valores. Estos no se encuentran como estrellas polares, alejadas de la realidad del ser humano; todo lo contrario, se hallan dentro de este, pero, simultáneamente, no dejan de existir porque el hombre los pretenda ignorar.

La definición del concepto de *fin* se asimila a la idea de terminación, límite o acabamiento de una cosa. Siguiendo doctrina filosófica argentina,⁸⁴ el fin tiene una serie de sentidos, a saber:

- sentido temporal, como momento final;
- sentido espacial, como límite;
- sentido ideal, como esencia, expresada en la definición o en la determinación; y
- sentido general, como propósito, objetivo, blanco o finalidad.

Es importante señalar que el fin se confunde a veces con el principio. Así, se afirma que «los fines poseen para el derecho una doble significación: son, por una parte, principios que dirigen su elaboración y que se incorporan en normas y en instituciones; y, por otra, ideales que representan su permanente aspiración. En el primer sentido, son inmanentes o internos al

⁸² ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. 7.ª ed. Lima: SESATOR, 1980, p. 312.

⁸³ BLUMENFELD, Walter. *Op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. 5.ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 705.

orden jurídico; en el segundo, trascendentes o externos».⁸⁵ Debemos distinguir el fin objetivo, que consiste en la finalidad, del fin formal, que se materializa al conseguir una finalidad.⁸⁶ Atendiendo al concepto objetivo del fin, podría decirse que el derecho tiene como fines el bien común, interpretado como «satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses de todos los individuos, con el menor sacrificio, con el menor desperdicio y con la mínima fricción»⁸⁷ y la seguridad, entendida como el «sentido de estabilidad que ofrece al individuo la sociedad al apreciar su conducta».⁸⁸

Los principios del derecho, los fines y los valores jurídicos se encuentran, pues, fuertemente vinculados. Por eso, muchos autores tienden a confundirlos. Los valores, entendidos como criterios para juzgar y actuar, se constituyen como medidores de los fines e incluso de los principios del derecho. Los valores jurídicos son parte integrante del derecho, junto con las normas y la conducta humana intersubjetiva. Como se advirtió líneas arriba, los principios del derecho pueden provenir de los valores. Se entienden como fines todo aquello que se quiere lograr a través del derecho. El valor es el fundamento del principio y el principio ilumina el fin.

Al tener una visión tridimensional del derecho, se infiere también que los fines de este pueden ser logrados mediante una vivencia plena de los valores jurídicos; y, en un plano de aplicación del derecho en caso de deficiencia o defecto de la ley o cuando se requiera interpretar algún enunciado jurídico, por medio de una justa aplicación de los principios del derecho.

6. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Existen discrepancias respecto de quién utilizó primero la expresión «principios generales del derecho». Unos sostienen que fue Raimundo Lulio en sus obras *Ars magna* y *Ars generalis ultima*. Otros le atribuyen este hecho a

⁸⁵ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Op. cit.*, p. 293.

⁸⁶ FERRATER MORA, José. *Op. cit.*, p. 706.

⁸⁷ RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México D. F.: Porrúa, 1981, p. 326. El autor afirma que, «en todo caso, se debe tener siempre a la vista el principio de que, entre todos los intereses humanos, los de más alta jerarquía son aquellos consistentes en proporcionar los medios para la realización de los valores que pueden cumplirse solo en la persona individual y por la decisión libre de esta» (RECASENS SICHES, Luis. *Op. cit.*, p. 326).

⁸⁸ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Op. cit.*, pp. 297-298.

Tomás de Aquino, quien antes que Lulio se refiere a los «principios generales del derecho natural».⁸⁹

En el ámbito legislativo, el Código Civil austríaco de 1811 es el que por primera vez alude, en su art. 7, a los «principios del derecho natural»; posteriormente, en 1838, el Código Civil albertino, en su numeral 15, se refiere a los «principios generales del derecho».

Con el movimiento de la codificación, casi todos los textos legales del mundo se refieren —ya sea desde una óptica iusnaturalista o positivista— a los principios generales del derecho. Merece especial atención el Código Civil italiano de 1942, que —pese a que su predecesor de 1865, en su art. 3, hacía mención a los principios generales del derecho— singularmente menciona, en su art. 12, referido a las pre-leyes, los «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado»,⁹⁰ hecho que fue calificado, en su momento, como una «miopía estatolatría».⁹¹

En el Perú, se deja sentir la influencia de los códigos austríaco y albertino. Así, en el Código Civil de 1852, numeral 9 del Título Preliminar, se prescribe lo siguiente:

Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: primero, al espíritu de la ley; segundo, a otras disposiciones sobre casos análogos; y tercero, a los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.

⁸⁹ VICO (h.), Rodolfo. *Op. cit.*, pp. 85-86.

⁹⁰ Así, comentando este cambio legislativo, se afirmó que fue «aprobable el sistema, feliz la fórmula» (DI SEMO, Giorgio. *Istituzioni di diritto privato*. 6.ª ed. Firenze: G. Barbera Editore, 1952, p. 74). Para este autor, el ordenamiento jurídico del Estado «es el conjunto de normas jurídicas en vigor en el territorio del Estado, consideradas en su orgánica y coordinada unidad» (DI SEMO, Giorgio. *Op. cit.*, p. 74). También se sostiene que los principios generales «son deducidos de todo el ordenamiento del Estado y, por lo mismo, tanto del derecho público, como del privado, pero teniendo siempre presentes los principios fundamentales de la constitución, por cuanto a estos —sin que se pueda dejar de repetirlo— debe ajustarse toda ley» (BRIECCIA, Umberto; LINA BIGLIAZZI GERI, Ugo NATOLI y FRANCESCO BUSENELLI. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 1: «Normas, sujetos y relación jurídica». Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 93).

⁹¹ DEL VECCHIO, Giorgio. «Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto». *Rivista internazionale de Filosofia del Diritto*, n.º 32, 1960, p. 700. Asimismo, este autor criticó de «limitación étnica» a la doctrina que se refería a los «principios generales del derecho italiano» (DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 48).

Como lo explicita el art. 10 del mencionado texto legal, las consultas a que se refiere el art. 9 son elevadas —junto con su informe— por la Corte Suprema al Poder Legislativo. Al amparo de este artículo, se sancionaron ejecutorias supremas en 1873,⁹² 1880,⁹³ 1886,⁹⁴ 1908⁹⁵ y 1919,⁹⁶ basándose en los principios generales del derecho.

Por otro lado, el numeral 23 del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936 expresaba lo siguiente: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho».

Sorprende sobremanera que dicho texto legal se aparte de su predecesor —a mi modo de ver, equivocadamente— al no incluir como mecanismo de integración de la ley a la analogía. Sin embargo, se observa que adopta una terminología adecuada al aludir a los «principios del derecho». Resulta sumamente interesante la resolución suprema del 2 de mayo de 1978 (expediente 352-78/Piura), que, bajo el amparo del artículo vigésimo tercero del Título Preliminar del Código Civil de 1936, se emitió reconociendo *pretorianamente* el derecho a la imagen. En efecto, en la parte considerativa se advierte que:

[...] por su naturaleza, los atributos de la personalidad son inalienables, figurando entre ellos el derecho sobre la propia imagen, en virtud del

⁹² Con sentencia del 7 de noviembre de 1873, se afirma que «la administración de justicia nunca puede ser arbitraria, pues a falta de ley expresa debe procederse por leyes análogas o principios de derecho» (*Anales judiciales del Perú 1873-1874-1875*. Tomo II. Lima: Oficina Tipográfica La Opinión Nacional, 1907, pp. 88-89).

⁹³ Cit. por GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código Civil*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, 1982, p. 77.

⁹⁴ Así, en un dictamen fiscal de fecha 29 de setiembre de 1886, se advierte que las cuestiones de derecho «deben ser resueltas por el juez aplicando la ley y los principios jurídicos» (*Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia 1880-1887*. Tomo IV. Lima: Imprenta La Industria, 1911, p. 329). Por su parte, en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1886, relativa al mismo caso, no obstante se invoca el artículo noveno del Título Preliminar del Código Civil de 1852, se fundamenta la decisión sobre la base de la analogía (*Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia 1880-1887*. *Op. cit.*, p. 336).

⁹⁵ En la cual se estableció que «el llamado derecho de "llave", constituido por antiguos contratos de arrendamiento de tiendas de comercio, no está regulado por leyes especiales y, por tanto, debe regirse por los principios generales del derecho» (GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, p. 77).

⁹⁶ En la que se precisa que «el Código Civil no define ni reglamenta el contrato de corretaje común por cuya razón debe resolverse atendiendo únicamente a la prueba actuada y a los principios generales del derecho» (GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, p. 77).

cual se tutela la intimidad y el decoro; que, consecuentemente, es derecho indiscutible de la persona el decidir la oportunidad y condiciones de representación de su forma corporal así como el de prohibir su desnaturalización; que este derecho, tendiente a la protección de la imagen, se traduce en dos valores: uno moral y otro patrimonial; por el primero nadie tiene por qué invadir la esfera de la privacidad exhibiendo a los demás, sin consentimiento del titular del derecho, la efigie o imagen; y por el segundo, solo a aquel le corresponde determinar las exigencias que deben previamente satisfacerse para autorizar su difusión, coligiéndose, asimismo, que tampoco está permitido procurarse un provecho económico a expensas de la imagen de una persona sin su consentimiento y, cuando así hubiere ocurrido, la obligación de asumir el resarcimiento del daño irrogado es su consecuencia.⁹⁷

Respecto del vacío legislativo, se precisa que:

[...] no encontrándose previsto en forma expresa en el Código Civil ni en la Ley número trece mil setecientos catorce⁹⁸ el derecho sobre la propia imagen, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo veintitrés del Título Preliminar del acotado, que hace imperativo el deber de administrar justicia, es evidente que la demanda de fojas trece resume la legítima petición de doña Amparo Valcárcel Barreto de obtener una indemnización por el daño causado al haberse utilizado su imagen sin su consentimiento en una propaganda comercial, asegurándose de esta un beneficio indebido.⁹⁹

El artículo octavo del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, en concordancia con la Constitución de 1979, en su art. 233, inc. 8, establece lo siguiente: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

Doctrina procesal nacional ha advertido, a propósito de la expresión «defecto o deficiencia de la ley», que si bien «se están utilizando como si fueran distintos dos conceptos que son idénticos»,¹⁰⁰ lo que se quiso decir «al utilizar el concepto “defecto” es referirse al error contenido en la norma

⁹⁷ *Revista de jurisprudencia peruana*, año XXXVII, n.º 412, mayo de 1978, pp. 532-533.

⁹⁸ Ley de Derechos de Autor, ya derogada.

⁹⁹ *Revista de jurisprudencia peruana*, año XXXVII, n.º 412, mayo de 1978, p. 533.

¹⁰⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. «La función creadora del juez». En *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I: «Título Preliminar». Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 382.

aplicable al caso concreto, es decir, cuando esta es imperfecta para su aplicación al conflicto de intereses».¹⁰¹ La misma doctrina agrega que, «[p]or otro lado, cuando usó la palabra “deficiencia”, quiso referirse al supuesto en el que no existe norma que contemple el caso concreto a ser resuelto, es decir, a un caso de vacío, aquello que en doctrina suele denominarse “laguna de la ley”».¹⁰²

No obstante la expresión «principios generales que inspiran el derecho peruano» ha quedado suprimida, por cuanto la nueva Constitución de 1993 ha adoptado una formulación distinta de la de su predecesora,¹⁰³ durante su vigencia llamó poderosamente la atención, haciendo surgir la interrogante acerca de cuáles son los principios generales que inspiran el derecho peruano.

Doctrina italiana respondió a esta pregunta de la siguiente manera:

[...] a mi modo de ver, resulta claro que el legislador no se refiere a principios «extraídos» por sucesivas generalizaciones del derecho peruano o, en todo caso, a principios «nacionales» de derecho. El movimiento representado es, más bien, opuesto, tratándose de principios que «inspiran» el Derecho peruano, de «directivas» que dan forma (principios informadores), que indican orientación del Derecho del Perú, a una rama de este, a una materia, a una institución.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰² *Ibid.*, loc. cit. En este mismo sentido, Marcial Rubio Correa cuando afirma que «defecto o deficiencia equivalen a indicar insuficiencia o inexistencia de la norma jurídica» (RUBIO COBREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 141).

¹⁰³ Cuyo art. 139, inc. 8, establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional «el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley».

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

¹⁰⁴ SCHIPANI, Sandro. «El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano (apuntes para una investigación)». En *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 53. En doctrina nacional, se sostiene que «los principios generales del derecho que inspiran el Derecho peruano, si los ubicamos en el ámbito de nuestro Derecho Civil, son el resultado de un proceso histórico de su formación y el momento de su eclosión, esto es, desde el advenimiento de la República. Son, pues, el resultado de la conjugación de elementos hispánicos, por cuyo conducto llegaron el derecho romano y el canónico, con los escasos elementos autóctonos, entonces y hasta ahora reconocidos, así como también con los que aportó la ilustración, la Revolución Francesa y el Código de Napoleón» (VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. 2.ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 258).

Por consiguiente, la Constitución y el Código Civil peruano (*previgentes* a la Constitución de 1993), sobre esta materia, lejos de afiliarse a una dirección positivista, menos aún a aquella nacionalista, propia del Código Civil italiano, se alinearon a una posición iusnaturalista o culturalista, por cuanto, al referirse a «los principios generales que *inspiran* el derecho peruano», no estaban indicando que dichos principios se infieren del derecho peruano sino todo lo contrario, es decir, que son independientes de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, esta posición se asemeja a la del Código civil español de 1889,¹⁰⁵ que en el art. 1.4 de su Título Preliminar, redactado conforme a la Ley de Bases 3/1973, del 17 de marzo de 1973, y del decreto 1836/1974, del 31 de mayo de 1974, prescribe lo siguiente: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter *informativo* del ordenamiento jurídico» (la cursiva es mía).

Doctrina española afirma que, al ser equívoca la expresión «principios generales del derecho», se encierran, al mismo tiempo, las siguientes acepciones:¹⁰⁶

- como los principios mismos que informan el ordenamiento jurídico escrito;¹⁰⁷ y
- como los principios del derecho natural que deben inspirar el ordenamiento positivo.¹⁰⁸

Observo similitud entre este último sentido que se les da a los principios del derecho y el inc. 6 del art. 233 de la Constitución de 1979. Al parecer,

¹⁰⁵ En su versión original, el art. 6 del Código Civil español admitía la aplicación de los principios generales del Derecho «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido». En efecto, establecía que «el Tribunal que rehúse fallar con el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho». Con la reforma, los principios generales del derecho son reconocidos expresamente como fuentes del ordenamiento jurídico español (art. 1.1.).

¹⁰⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 4.ª ed. Volumen I: «Parte General». Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 301.

¹⁰⁷ En este mismo sentido, se sostiene que los principios «no son verdaderamente una fuente autónoma del derecho, sino más bien forma de conocimiento del total ordenamiento positivo» (GARRIDO FALLA, Fernando. *Op. cit.*, p. 303).

¹⁰⁸ En esta acepción, se considera a los principios como «fuente subsidiaria» del derecho (GARRIDO FALLA, Fernando. *Op. cit.*, p. 304).

el legislador constitucionalista de ese entonces tuvo presente la doctrina ya citada. El recurso a los principios jurídicos ha sido (y continua siendo) modelo jurídico de amplia circulación en diversos códigos civiles. Tal es el caso del Código Civil argentino,¹⁰⁹ el Código Civil venezolano,¹¹⁰ y el Código Civil paraguayo,¹¹¹ entre otros.

7. CÓMO LOS OPERADORES JURÍDICOS UTILIZAN (¿O MANIPULAN?) LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

La razón por la cual elegí el epígrafe de Sófocles fue porque los jueces, en no pocas ocasiones, se encuentran en el mismo dilema de Antígona, vale decir, obedecer las leyes (aunque injustas) o ir más allá de ellas. Lamentablemente, el fantasma del prevaricato hace que estos operadores jurídicos elijan la (cómoda) primera opción. He elegido el caso de una demanda por filiación extramatrimonial para validar mi afirmación. En el caso, una *vedette* y un reportero televisivo se conocieron el 29 de mayo de 1996 en una discoteca, en la cual el reportero le entregó una tarjeta de presentación. Días después comenzaron a frecuentarse, llegando a tener «relaciones sexuales múltiples».¹¹² Producto de ello, la *vedette* quedó embarazada y el (presunto) padre (que estaba casado) se negó a reconocer a la menor que nació el 1 de

¹⁰⁹ Cuyo art. 16 establece lo siguiente: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (la cursiva es mía).

¹¹⁰ El artículo cuarto del Título Preliminar de este cuerpo de leyes precisa que «a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los *principios generales del derecho*» (la cursiva es mía).

¹¹¹ El art. 6 establece lo siguiente: «Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y, en su defecto, se acudirá a los *principios generales del derecho*» (la cursiva es mía).

¹¹² Tal como se da cuenta en la resolución del Octavo Juzgado de Familia de Lima, de fecha 7 de diciembre de 1999, la que estoy siguiendo fielmente con el propósito de relatar los hechos.

marzo de 1997. En vista de ello, la *vedette* (ya madre) demandó por filiación extramatrimonial al reportero. Por su parte, el demandado reconvino para que se declare por no puesto su nombre en la partida de nacimiento de la menor. El Octavo Juzgado de Familia de Lima, con resolución de fecha 7 de diciembre de 1999, teniendo como pruebas la tarjeta de presentación entregada por el reportero; las declaraciones testimoniales de las dos amigas de la *vedette* que la acompañaron la noche en que se conoció con el reportero en la discoteca; la declaración de su propia madre; la del administrador del hostel que frecuentó la pareja, quien indicó que «el demandado concurría al referido hostel frecuentemente»; la inspección judicial; y, sobre todo, la conducta procesal del demandado, declaró infundada la reconvencción y fundada la demanda, y ordenó cursar los partes judiciales a la municipalidad respectiva para que se haga la anotación marginal correspondiente, indicándose el reconocimiento judicial de filiación extramatrimonial.

Esta resolución tiene fundamentos débiles y fundamentos fuertes. Entre los primeros, merece atención la afirmación de que:

[...] la demandante, en forma exacta, pese al tiempo transcurrido, no solo conocía de todas las instalaciones y su ubicación, sino que describió todas y cada una de las habitaciones en las cuales se había hospedado con el demandado, indicando su ubicación, encontrándose una en vías de remodelación y otra sin número, instruyendo al juzgado de la ubicación de las mismas, *de lo que se colige que concurrió con el demandado a dicho lugar* y sabía perfectamente de la distribución de ambientes, comprobándose de esta manera el haber frecuentado el hostel en referencia, situación que se corrobora con la diligencia de inspección judicial [la cursiva es mía].

Llama poderosamente la atención la (forzada e ilógica) conclusión de que, por el hecho de que la madre describa pormenorizadamente las instalaciones de un hostel, se entienda que lo frecuentó con el reportero. Su declaración y la corroboración hecha por la inspección judicial solo podrían acreditar que la *vedette* era *habitué* en dicho local, al punto de tener pleno conocimiento de sus instalaciones, pero, de ningún modo, que haya concurrido con una persona determinada y, mucho menos, con el demandado. También son argumentaciones débiles la presentación de la tarjeta, así como las declaraciones testimoniales.

La argumentación fuerte (creo que la única) está dada por la conducta procesal del demandado. En efecto, se sostiene que:

[...] por otro lado, debe tomarse en cuenta que el artículo cuatrocientos trece del Código Civil, modificado por la Ley veintisiete mil cuarenta y ocho, señala que es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, es decir, que esta es de vital importancia para el proceso, razón por la cual el Juzgado admitió la Prueba de ADN. *Esta prueba de análisis citogenética con validez científica no ha sido aceptada por el demandado*, debiendo meritarse el hecho de haber sido renuente a pasarla aduciendo que por sus creencias religiosas no ha podido realizarla, presentando para el efecto la constancia de matrimonio de fojas ochenta y cuatro y los documentos de fojas quinientos diecinueve a quinientos veinte, estos últimos luego de la audiencia de pruebas. Ello de ninguna forma acredita la prohibición de pasar la referida prueba, si se toma en cuenta que el demandado, actuando dentro del proceso, no solo debe ejercer su derecho de defensa que la ley le franquea, sino *que debió colaborar con la judicatura* a fin de despejar la incertidumbre jurídica. Por ello, se advierte en las constancias que corren de fojas cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos sesenta y uno de autos que el demandado y reconviniendo no ha concurrido a pasar la prueba de ADN, *por lo que se hizo efectivo el apercibimiento que al respecto señala el segundo párrafo del inciso sexto del artículo cuatrocientos dos del Código Civil*,¹¹³ modificado por el artículo dos de la Ley veintisiete mil cuarenta y ocho, como es de verse de la resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho [la cursiva es mía].

La falta de colaboración del demandado fue evaluada de la siguiente manera:

[...] que los sucedáneos de los medios probatorios son los auxilios establecidos por la Ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, ya sea corroborando, complementando o sustituyendo el valor o el alcance de estos como lo señala el artículo doscientos setenta y cinco del Código adjetivo. Dentro de ellos se encuentra la presunción, que no es otra cosa que el razonamiento lógico-crítico, que señala que uno o más hechos indicadores llevan al juez a la certeza del hecho investigado. Por otro lado, el artículo doscientos ochenta y dos del

¹¹³ Téngase en cuenta que la parte pertinente citada establece que «ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, *el juez evaluará tal negativa*, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415» (la cursiva es mía).

Código Procesal Civil señala que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción, de donde se establece la presunción legal relativa, por lo que, tomada en cuenta la conducta procesal del demandado en el presente proceso y su falta de colaboración con el juzgado, frente a su negativa a someterse a la prueba de ADN, pese a haber sido debidamente notificado y tomándose en cuenta todos y cada uno de los considerandos y medios probatorios que esta resolución contiene, *así como el parecido físico existente entre la menor y el demandado*, como se colige de las fotografías de fojas trece a dieciséis de autos y las corrientes en los recortes periodísticos, se presume que la paternidad de la menor materia de este proceso le corresponde al demandado [la cursiva es mía].

En verdad, el argumento que me parece más consistente —repito— ha sido el de la conducta procesal del demandado. Las pruebas inconsistentes no pueden servir para reforzar la valoración de dicha conducta. Otro dato que no puede pasar desapercibido es que el juzgado se haya referido al parecido físico entre la menor y el demandado.

La fundamentación jurídica del juzgado se basó en principios del derecho y en normas específicas. Respecto del primer tipo de argumentación se manifestó lo siguiente:

[...] si bien el demandado basa su reconvencción en el hecho de que la demanda no se sujeta a ninguno de los presupuestos que señala el artículo cuatrocientos dos del Código Civil, debe establecerse categóricamente que el hecho de no haber sostenido las partes una relación de convivencia, por no haber vivido juntos nunca, no establecen que estas relaciones sexuales no se hayan realizado dentro del marco de una relación amorosa con trato sexual furtiva e inconstante por el poco tiempo de su duración, si tomamos en cuenta que duró aproximadamente un mes, ya que ello no determina en forma alguna el hecho de que estas relaciones sexuales no se hayan consumado. Cabe mencionar sobre este aspecto que, *frente a vacíos o deficiencias de la ley, el juzgador debe administrar justicia aplicando en forma extensiva la jurisprudencia y los principios generales del derecho con el fin de resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica* como lo es el presente caso, como lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso octavo, de la Constitución Política del Estado, tomándose en cuenta la copia de la jurisprudencia sobre filiación que corre de fojas ocho a nueve de autos [la cursiva es mía].

Las normas que se invocaron fueron las siguientes:

[...] que habiendo el demandado basado su reconvencción en el artículo cuatrocientos tres del Código Civil,¹¹⁴ norma que actualmente ha quedado derogada por el artículo sexto de la ley veintisiete mil cuarenta y ocho, de fecha seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, no pudiendo esta judicatura basar su sentencia en norma anteladamente derogada, por ser norma inaplicable, y no habiendo probado las preces de su acción el demandado frente a la reconvencción planteada, es de aplicación en este último extremo el artículo doscientos del Código Procesal Civil, que las demás pruebas actuadas y no glosadas no enervan en nada los considerandos de esta sentencia, por lo que de lo dispuesto por el artículo segundo, inciso diecinueve, de la Constitución Política del Perú, artículo diecinueve del Código Civil y *en aplicación extensiva del inciso tercero del artículo cuatrocientos dos del mismo cuerpo de leyes*, así como en la ley veintisiete mil cuarentiocho, en su artículo segundo, que modifica el artículo cuatrocientos dos, que incluye el inciso sexto y artículo cuatrocientos trece del mismo cuerpo de leyes, así como en los artículos doscientos setenta y cinco, doscientos setenta y siete, doscientos ochenta y uno y doscientos ochenta y dos del Código Procesal Civil, el octavo Juzgado de Familia de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación, falla: declarando infundada la reconvencción [...] y fundada la demanda [la cursiva es mía].

En aplicación (*in abstracto*) de los principios (generales) del derecho, ya que no se menciona específicamente ninguno, se realiza una aplicación (hiper) extensiva del inc. 3 del art. 402 del Código Civil, que establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando

[...] el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

De ello se desprende que, para los efectos del mencionado inciso y con esta interpretación, el hecho de tener «relaciones sexuales múltiples» equivale

¹¹⁴ Este establecía que «la acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre».

a un concubinato, y eso es suficiente para ser declarado judicialmente como padre extramatrimonial. Ello confirma la tendencia a diferenciar este supuesto del de la configuración de la «unión de hecho» para que se constituya una sociedad de gananciales, en la cual se requiere, según lo establecido por el art. 326 del Código Civil, que la pareja esté conformada voluntariamente por un varón y una mujer, que estén libres de impedimento matrimonial y que hayan convivido, al menos, dos años continuos «para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio».

Habiendo sido apelada esta sentencia por ambas partes, la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, con resolución del 15 de junio de 2000, con el voto de tres vocales, cada uno de los cuales hizo una fundamentación singular, y con un voto en discordia, se confirmó la resolución recurrida. En la resolución firmada en conjunto por los tres vocales, se afirma lo siguiente:

[...] se debe mencionar que si bien el artículo 402 del Código Civil no ha considerado la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción como causal para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor cuya situación jurídica es la de un gran sector de la población infantil, porque ello importaría atentar contra su derecho de llevar un nombre patronímico que le corresponde, así como desconocer el *principio general del derecho de que «todos somos iguales ante la ley»* y, por tanto, gozamos de las mismas oportunidades.

[...] Que, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo octavo del Título Preliminar del Código civil, aplicable al caso de autos por imperio del artículo séptimo del mismo título [la cursiva es mía].

A propósito del principio de la igualdad, se sostiene que se debe enfocar desde una doble perspectiva,

[...] de un lado, como un *principio* rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que este debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un *derecho constitucional subjetivo*, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho a ser tratado con igualdad ante la Ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.¹¹⁵

¹¹⁵ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación». *Ius et Veritas*, año VIII, n.º 15, diciembre, 1997, p. 63 (la cursiva es mía).

Como ya lo mencioné anteriormente, la naturaleza de los principios jurídicos es la de ser modelos crípticos, estructuras carentes de poder vinculante (como la ley, la costumbre o la jurisprudencia); y, por lo tanto, no pueden ser entendidos como normas jurídicas. Los principios no tienen, per se, el carácter de obligatorios. Otra es la situación cuando los principios son recogidos en una norma jurídica: por tal hecho, se vuelven vinculantes; pero no por ello pierden su naturaleza. En el caso del denominado derecho subjetivo a la igualdad, creo que se trata de un principio que, por el hecho de ser consagrado por la Constitución, no debería alterarse en su esencia.¹¹⁶ El derecho subjetivo, en tanto situación jurídica da ventaja activa, no es más que el poder que el ordenamiento jurídico les otorga a los sujetos de derecho para que actúen libremente. Por ello, el error conceptual en el cual se ha incurrido al redactar el art. 2, inc. 2, de la Constitución no nos debe llevar a esta confusión. Volviendo a la interpretación del art. 402 del Código Civil, se sostiene que:

[...] analizado el indicado artículo 402 del código sustantivo, se llega a la conclusión de que el legislador, al estructurar dicha norma, ha señalado supuestos de hecho sobre la base de los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial *sin que los supuestos fácticos para tal declaración se agoten en la enumeración que hace el aludido artículo*.

[...] Que, en efecto, este numeral no determina que la declaración judicial en cuestión solo puede declararse sobre la base de las causales que en él se fijan, dado que esta disposición legal no determina taxativamente las causales sobre las cuales se puede producir la referida declaración judicial.

[...] Que, *la interpretación teleológica* del artículo 402 del Código Civil nos permite establecer la relación paterno-filial (paternidad extramatrimonial), lo cual conforme a nuestro ordenamiento jurídico deberá demostrarse de acuerdo con las normas procesales respectivas» (la cursiva es mía).

Es aquí donde la Sala apela a la normatividad procesal para reforzar la interpretación extensiva del art. 402 del Código Civil de la siguiente manera:

[...] debe tomarse en consideración que el sistema jurídico para la determinación judicial de paternidad ha evolucionado en el tiempo, particular-

¹¹⁶ Así, Loris Lonardo, citando a Barberis, cuando expresa que «un principio puede considerarse existente no por el hecho de haber sido legítimamente puesto por un legislador, sino “por el hecho de ser considerado *justo* o, al menos, adecuado al caso para el cual ha sido invocado”» (LONARDO, Loris. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Nápoles: ESI, 1993, p. 287).

mente en los últimos veinte años, en razón al notable desarrollo científico que ha posibilitado la determinación biológica de la paternidad, desplazándose así progresivamente el sistema de presunción legal de paternidad.

[...] Que, así, nuestro Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo número 768 y vigente desde el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y tres, contempla en su artículo 193 el ofrecimiento de «medios probatorios atípicos» constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios, los que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios probatorios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

[...] Que, igualmente, el legislador concede al juez, para formarse convicción, el uso del método lógico-jurídico al incorporar el capítulo denominado «sucedáneos de los medios probatorios», que incluye las modalidades de los indicios, presunciones, evaluación de la conducta de los justiciables y la ficción legal.

[...] Que, los sucedáneos de los medios probatorios son, como lo establece el artículo 275 del Código Procesal Civil, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos.

[...] Que, dentro de los sucedáneos de los medios probatorios, el código Procesal Civil recoge la presunción judicial y la conducta procesal de las partes.

[...] Que, en cuanto a la presunción judicial (artículo 281 del código adjetivo), nuestro ordenamiento procesal civil autoriza al juez a formarse convicción respecto al hecho o hechos investigados, entre otros, a partir de los presupuestos debidamente acreditados en el proceso.

[...] Que, en el presente caso, los medios probatorios analizados por la juzgadora en cuanto a la relación extramatrimonial habida entre las partes en época contemporánea a la concepción *conducen a presumir fundadamente que dicha relación extramatrimonial fue real y que durante su vigencia se procreó a la menor* [la cursiva es mía].

La Sala procede de una manera correcta (frente a las nuevas pruebas que ofrecen los avances de la ciencia) al interpretar en forma extensiva el art. 402 del Código Civil, ampliando el elenco de las causales para declarar la filiación extramatrimonial y no como equivocadamente hace el juez de familia, forzando el inc. 3 de dicho artículo.¹¹⁷ Sin embargo, ambas instancias, en

¹¹⁷ No obstante ello, en el fundamento del voto del vocal Ramos Lorenzo, se invoca la interpretación extensiva del inc. 3 del art. 402 del Código Civil.

vez de evaluar atentamente las pruebas (bastante inconsistentes) ofrecidas por la demandante, hacen más bien un «acto de fe» respecto de estas, por cuanto son insuficientes para acreditar que la *vedette* y el reportero tuvieron relaciones sexuales y, mucho menos, una hija. Mejor suerte corre el *iter* argumentativo respecto de la conducta procesal del demandado. En efecto, la Sala sostiene:

Que, en cuanto a la conducta procesal de las partes (artículo 282 del código adjetivo), dicho ordenamiento procesal civil autoriza al juez a extraer conclusiones atendiendo a la conducta que estos observen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción; se debe agregar que los jueces se encuentran autorizados para amparar o desamparar la demanda, como un elemento coadyuvante, y a calificar la conducta procesal que observen las partes durante el desarrollo del proceso.

[...] Que, siendo esto así, si alguno de los justiciables no concurre varias veces a las citaciones del juzgador, su conducta debe ser considerada como indicio grave en contra de su pretensión o de las excepciones de mérito, según sea el caso.

[...] Que, en el caso sub-litis, no aparece elemento de juicio alguno que conduzca a determinar que el demandado haya colaborado para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes.

[...] Que, con respecto a ello, aparece de la audiencia de fojas doscientos veintiocho a doscientos cuarenta y uno que el demandado formuló oposición a la prueba genética de reconocimiento de ADN —fojas cuatro y cinco del Cuaderno de Tachas que se tiene a la vista— manifestando que en el Hospital Rebagliatti no se cuentan con los instrumentos necesarios para llevar adelante dicho examen y que la mencionada prueba genética no brinda certeza sobre la relación de parentesco; oposición que fue declarada infundada por el a-quo en la propia audiencia y confirmada su resolución por la Sala de Familia conforme es de verse de la resolución que fotocopiada corre a fojas cuatrocientos setenta.

[...] Que, al no haberse presentado el demandado al Hospital Rebagliatti el día señalado para la audiencia, como es de verse de la constancia de fojas trescientos ochenta y cuatro, el Juzgado, por resolución de fojas cuatrocientos seis, señaló nueva fecha para el examen correspondiente, el que tampoco se pudo realizar por inasistencia del emplazado conforme aparece en la constancia de fojas cuatrocientos veinticuatro;

[...] Que, posteriormente, por resolución de fojas cuatrocientos treinta y dos, nuevamente el a-quo convoca a las partes para la realización de la prueba del ADN en los laboratorios el Hospital Rebagliatti, apareciendo

en la constancia de fojas cuatrocientos sesenta y uno *que por tercera vez no asistió el demandado*.

[...] Que hay que hacer notar que *el demandado, en forma totalmente extemporánea*, mediante escrito de fojas quinientos veintiuno a quinientos veintisiete, *indica la imposibilidad física y moral que tiene para someterse a la prueba de ADN* el día señalado por el Juzgado (doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve); imposibilidad «moral» que no alegó al momento de cuestionar la prueba dentro del plazo que imperativamente previene el inciso primero del artículo 478 del Código Procesal Civil en el Cuaderno de Tacha acompañado.

[...] Que, sin embargo, a pesar de haberse opuesto a la prueba genética de ADN y no cumplido con asistir a las tres citaciones realizadas por el Juzgador, el demandado se sometió al examen médico-legal ordenado por el Juzgado, manifestando en su escrito de fojas trescientos noventa y seis que lo hacía en «estricto acatamiento a lo dispuesto por su despacho y mostrando su voluntad de colaborar».

[...] Que, de otro lado, debe también señalarse que *el propio demandado*, en su escrito de fojas cuatrocientos diez, *expresa haber interpuesto una acción de garantía —amparo—* contra la resolución del Juzgado que ordena se lleve adelante el examen de ADN [la cursiva es mía].

Frente a ello, la Sala entiendo que:

[...] todo lo anteriormente expuesto con relación a la conducta del emplazado autoriza a concluir que no ha prestado de modo alguno su colaboración para la práctica de la prueba de ADN; *acreditándose de este modo que entre las partes no solo ha existido una relación amorosa, sino que ha existido una relación íntima que inequívocamente ha conducido a la procreación de la menor* [...], cuyo mérito conduce a amparar la demanda de filiación aplicando el espíritu y el criterio contenido en el artículo 402 del Código Civil.

[...] Que respecto de la aplicación retroactiva de la Ley número 27048 alegada por el demandado, debe señalarse que el a-quo, mediante resolución de fojas cuatrocientos ochenta y ocho, resolvió hacer efectivo el apercibimiento que contiene el segundo párrafo del inciso sexto del artículo 402 del Código Civil, modificado por la indicada ley; resolución que, conforme puede verse a partir de lo actuado, se encuentra debidamente consentida al no haberse formulado por el demandado medio impugnatorio alguno en su contra.

[...] *Que las disposiciones procesales por mandato de la segunda disposición complementaria final del Código Procesal Civil son de aplicación inmediata*; pudiendo el Juez evaluar la negativa del emplazado a someterse a la prueba del ADN para declarar judicialmente la paternidad, de acuerdo

con lo que dispone el artículo 402 del Código Civil, modificado por la ley número 27048 en concordancia con las disposiciones que, para evaluar la conducta de los justiciables, contiene el artículo 282 del Código Procesal Civil [la cursiva es mía].

Comparto con la Sala el criterio de haber aplicado la disposición procesal relativa a la evaluación del juez frente a la negativa de someterse a la prueba del ADN de manera inmediata.¹¹⁸ No me queda tan claro si de ello «inequívocamente», como lo sostiene el órgano colegiado, se deba inferir la paternidad del demandado, máxime cuando aún subsiste el art. 415 del Código Civil, que establece «que el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años».¹¹⁹ Repito que el *iter* argumentativo ha sido impecable. Sin embargo, entre este y la conclusión tan categórica a la que se arriba hay una suerte de «principio oculto» (o política jurisprudencial) en el que, indudablemente, el operador jurídico se inclina más a favor de la pretensión de la madre que a la del (presunto) padre: es el del interés superior del menor.¹²⁰ En este sentido (y revelando dicho principio), se pronuncia el fundamento del voto de la vocal Huerta Herrera, en el cual se sostiene que:

[...] habiéndose demandado la investigación judicial de la paternidad de la niña [...], dicho petitório responde a una exigencia de estricta justicia

¹¹⁸ Resulta pertinente citar el siguiente pasaje del fundamento del voto del vocal Ramos Lorenzo, en el cual se aprecia que «la prueba del ADN no es una creación de la Ley 27048, desde que ya se encontraba prevista en el texto originario de la primera parte del artículo 413 de nuestra codificación civil sustantiva, conforme a la cual en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extrajudicial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos "u otras de validez científica" (la del ADN, por ejemplo), por lo que con esa o sin esa ley tal medio probatorio resulta pertinente y precedente al caso de autos».

¹¹⁹ En efecto, se sostiene que «debe observarse que la posibilidad de declarar infundada la demanda no se ha perdido, no solo porque la Ley N.º 27048 no expresa ni sugiere que necesariamente debe declararse la paternidad, sino, y sobre todo, porque la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios —destinados a corroborar, completar o sustituir el valor o alcance de estos— permiten al juez utilizar su apreciación razonada» (PLACIDO VILACACHAGUA, *Alex. Manual de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 291).

¹²⁰ Para un sector de la doctrina nacional, el interés superior del menor está basado en «el desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las tres características: amor, comprensión, felicidad» (CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de menores*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 1999, p. 225).

que debe ser atendido por el juzgador por cuanto conlleva un debate sobre derechos fundamentales tales como: «a conocer los progenitores» y la «identidad» (uno de cuyos elementos lo constituye el apellido paterno), conforme lo reconoce el inciso 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que el niño tendrá derecho, desde que nace, entre otros, a un nombre y a conocer a sus padres; siendo además deber del juez resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica [...] De ahí que, sustentándose la demanda en la imputación de la paternidad que se le atribuye al demandado [...], como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con la demandante [...], resulta menester interpretar el artículo 402 del Código Civil que regula sobre la declaración judicial de paternidad extramatrimonial [...] Dicho dispositivo legal prevé los supuestos de hecho de la referida declaración de paternidad que no [debe] entenderse sean los únicos desde que la paternidad no puede agotarse en cierto número de supuestos previstos por la ley sino fundamentalmente en adquirir certeza o verosimilitud de ser el padre respecto de determinada persona [...] Por ello, cualquier interpretación restrictiva de la norma en comento podría llevar a una situación injusta que no puede ser amparada por el derecho, que busca precisamente realizar el ideal de justicia, tanto más si se tiene en cuenta que en los tiempos actuales, con el avance de la ciencia y la tecnología, puede llegar a determinarse con un altísimo porcentaje de certeza la paternidad y/o maternidad [...] A mayor abundamiento, cabe destacar que la norma en comento no contiene el vocablo «solo» o «únicamente» u otros términos similares que denoten que los supuestos de hecho previstos por ella sean los únicos [la cursiva es mía].

Merece particular atención el voto en discordia del vocal ponente, Carrion Lugo, quien proponía revocar la sentencia del juzgado de familia, declarando improcedente la demanda, sustentándose en lo siguiente:

Conforme al inciso cinco del numeral 426 del Código Procesal Civil, uno de los requisitos para la admisibilidad de la demanda es que ella debe contener el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide. Es decir, *el actor debe precisar la pretensión procesal que propone*. Tratándose de una demanda sobre filiación, como es el caso de autos, el actor o la actora debe señalar la causal en la que sustenta su pretensión procesal, en la que apoya su pedido para que se emita su declaración de paternidad.¹²¹ [...] de otro lado, el inciso 6 del artículo

¹²¹ Se precisa, además, que «toda pretensión procesal tiene, por un lado, su fundamentación jurídica y fáctica, y, por otro, el petitorio correspondiente. Tratándose de la

427 del Código Procesal Civil establece que una demanda es improcedente si ella contiene un petitorio jurídicamente imposible. En efecto, si una pretensión procesal no estuviera regulada por el derecho positivo, mal podría encontrar tutela jurisdiccional efectiva, por lo que la demanda correspondiente deberá declararse improcedente. *En el presente caso, se está frente a un petitorio jurídicamente imposible, pues el supuesto fáctico descrito en la demanda no está tutelado jurídicamente por el numeral 402 del Código Civil ni por otro dispositivo legal.* [...] Si bien conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado o lo haya sido erróneamente, el juzgador no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. *Dicha norma, por su texto, supone que los hechos están regulados por el ordenamiento jurídico, pues si no estuvieran regulados el Juez no podría crear una norma para el efecto por no ser esa su función estricta* [la cursiva es mía].

El vocal discordante pretende invocar el argumento psicológico, es decir, la intención del legislador para sustentar su opinión al aseverar lo siguiente:

¿Cuál ha sido el criterio del legislador al regular las causales para la declaración de la filiación extramatrimonial? Inicialmente, con la promulgación del Código Civil, se fijaron cinco causales concretas detalladamente concebidas (artículo 402 del Código Civil) para la declaración de la filiación. Con posterioridad, con la dación de la Ley N.º 27048 (promulgada el 28 de diciembre de 1998, ocho meses después de la presentación de la demanda que ha originado el presente proceso), se ha agregado una causal más, consistente en la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Por consiguiente, ahora se tienen seis causales que pueden invocarse válidamente para los efectos de la declaración judicial de la filiación extramatrimonial. Esto significa también que *el legislador, al fijar las causales con detalle, ha querido que los juzgadores recurran a la interpretación*

filiación, la pretensión respectiva comprende: a) su fundamentación, que está conformada por la descripción de los hechos que deben subsumirse dentro del marco de los incisos 402 del Código Civil y por la fijación de la previsión legal que sirve de base para la tutela jurisdiccional que se reclama; b) el petitorio, que se concreta a solicitar la declaración de paternidad. La propia demandante reconoce que el supuesto fáctico que señala en su demanda no es subsumible dentro de las causales de filiación previstas por el artículo 402 del Código Civil vigente en la fecha de presentación de la demanda».

restrictiva de la norma para la filiación y no a la interpretación extensiva, en la que el intérprete amplía el significado del texto de la norma para comprender en ella otros supuestos fácticos que razonadamente estén incluidos, en atención a que el legislador, al regular las anotadas causales, lo ha hecho, no recurriendo a fórmulas genéricas, sino a fórmulas específicas, detalladamente configuradas, dando, como por ejemplo en el caso previsto en el inciso 3 del artículo 402 del Código Civil, una concepción singular del concubinato, diferente en algunos aspectos al concebido para la determinación de la sociedad de bienes que se genera por las uniones de hecho reguladas por el artículo 326 del Código Civil [la cursiva es mía].

Por último, se invoca el principio de irretroactividad de las normas, al sostener lo siguiente:

[...] la modificatoria introducida por la Ley N.º 27048 al numeral 402 del Código Civil, de otro lado, no puede aplicarse retroactivamente en virtud de la previsión contenida en el artículo 103 de la Constitución del Estado. Es más, si conforme al Código Procesal Civil los jueces están autorizados para calificar la conducta procesal de las partes en litigio para amparar o no una demanda, especialmente cuando se manifiestan notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción, la ley citada en este considerando, sin embargo, ha establecido una calificación especial y concreta de la conducta procesal que pueda asumir el demandado cuando señala que ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas (entre ellas la del ADN), luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad.

Frente a estas afirmaciones, creo pertinente hacer las siguientes precisiones:

- La pretensión procesal (declaración judicial de filiación extramatrimonial) si fue formulada por la demandante, aunque el fundamento jurídico no era el correcto (o, en todo caso, fue impreciso). El juez está obligado a administrar justicia aun en caso de vacío de la ley, y eso no significa «crear una norma». No se entiende por qué el vocal ponente (discordante) exige «que la pretensión procesal materia del proceso esté *rigurosamente* señalada», cuando, repito, sí lo fue y, si por *rigor* se entiende que la parte deba invocar el artículo, se incurre

en un grueso error. Por ello, la afirmación que señala que se está frente a un «petitorio jurídicamente imposible» no resiste al análisis.

- La pretendida interpretación de la intención del legislador es un argumento débil. Si bien es cierto que esta era la posición del ponente del Libro de Familia del Código Civil,¹²² esta va en contra de toda una orientación jurisprudencial que ya había admitido una interpretación extensiva del art. 402 del Código Civil, vale decir, que el elenco de las causales contenidas en este no debía entenderse como un *numerus clausus* sino como un *numerus apertus*.
- La afirmación que la ley 27048 no es retroactiva, debe entenderse respecto de sus normas de carácter material. Las disposiciones procesales contenidas en esta (entre ellas, la valoración de la conducta del emplazado por parte del juez), por mandato del propio Código Procesal Civil, son de aplicación inmediata. Asimismo, se debe recordar que los arts. 193 (respecto de los medios probatorios atípicos) y 282 (evaluación de la conducta procesal de las partes) del Código Procesal Civil, entre otros, estaban vigentes al momento de la interposición de la demanda.

Creo que estos argumentos son suficientes para afirmar que la posición del vocal ponente (discordante) se ha producido dándole la espalda (inaplicablemente) a una orientación jurisprudencial ya aceptada y a normas procesales vigentes.

En opinión que comparto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en resolución del 13 de octubre de 2000 (casación 1753-2000), declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por el demandado, precisando que:

¹²² En efecto, Héctor Cornejo Chávez, en su momento (1980), afirmó que «el progreso de la ciencia permite ya obtener de la prueba de la sangre una conclusión tan inequívoca como puede ser la de cualquiera otra pericia, en el sentido de la no-paternidad, aunque no de la paternidad» (CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. «Exposición de motivos y comentarios del proyecto del Libro de Derecho de Familia de la Comisión Reformadora». En: REVOREDO DE DEBACKEY, Delia. *Exposición de motivos y comentarios*. Tomo IV. Lima: Studium, 1985, p. 436. Asimismo, este autor, posteriormente, sostuvo que «acreditada en el juicio la hipótesis alegada —que ha de ser una de las cinco enumeradas en el artículo 402— se presume que el demandado es el padre» (la cursiva es mía) (CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10.ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 476).

[...] esta denuncia [la del demandado] está dirigida a cuestionar la interpretación modificativa efectuada por la sala de mérito, sustentada en una línea jurisprudencial, que ha sido recogida con posterioridad en la ley veintisiete mil cuarenta y ocho, y a la que se podía arribar luego de una interpretación sistemática del conjunto de normas que regulan el derecho familiar, hechos que en estricto no configuran contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sino el ejercicio de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, como es el aplicar el derecho que corresponda al proceso, fundamentando su decisión en hechos alegados por las partes.

Nótese que, en un mismo proceso, diversos operadores jurídicos han invocado una serie de principios jurídicos, como el de igualdad, el de aplicar la norma jurídica pertinente (traducido a través del aforismo *iura novit curia*), el de irretroactividad de la ley o, inclusive, el del interés superior del menor para defender posiciones contrapuestas. Ello debe llamarnos a realizar las siguientes reflexiones y a validar ciertas afirmaciones que hice al desarrollar la parte teórica de este capítulo:

- El juez está facultado para aplicar los principios jurídicos, no solo a falta o deficiencia de la ley, sino para interpretar sus enunciados de una manera más justa.
- Este poder que tiene el juez puede convertirse en una técnica manipuladora cuando, detrás de la aplicación de principios expresos, se esconden principios ocultos o políticas de derecho encaminadas a favorecer a un segmento de los usuarios de la administración de justicia (por ejemplo, menores, reos, deudores, consumidores, en suma: sujetos débiles).
- Generalmente, los principios jurídicos se refuerzan con otro tipo de argumentación, como, en este caso, la invocación de la jurisprudencia.
- Aunque peque de decir lo evidente, no cabe hablar de principios jurídicos en abstracto sino de principios concretos.

El caso que se ha comentado pone en evidencia, como señalé anteriormente, el dilema en el cual se encuentra el juez, entre ceñirse cómodamente a la literalidad de la ley (cuando esta existe) o arriesgarse y recurrir a los principios jurídicos para entenderla de una manera que haga más sensible a la administración de justicia. El derecho no es una ciencia exacta que busca soluciones frías y uniformes: es un producto cultural y, por ello,

requiere el auxilio de seres humanos que, con defectos y virtudes, asuman el rol de operadores jurídicos y respondan, acordes con las normas y los principios, a los requerimientos de la colectividad, los que siempre serán variados y estarán en constante transformación. De esta manera, irán descubriendo nuevos principios y situaciones jurídicas, dignos de tutela: esto es lo que diferencia a un operador jurídico atento a su realidad de un apático burócrata que no ve (ni va) más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.