

EL ARTICULO VI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Juan Monroy Gálvez
Profesor de Derecho Procesal Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima

«El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter.»

Federico Carlos Savigny

"De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", p. 48.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA INVESTIGACION

El Título Preliminar de un ordenamiento jurídico, suele ser el pórtico en donde se cobijan los postulados filosóficos e ideológicos que han orientado el pensamiento de los legisladores, es decir, de los gestores de tal producto jurídico. Para expresarlo en términos más explícitos, es el lugar en donde podemos encontrar **por qué y para qué** los legisladores han optado por una determinada norma o sistema, dentro del elenco que tenían para escoger.

En el caso de un ordenamiento civil, su título preliminar, entonces, debe postular la concepción que los legisladores tienen sobre cuáles son las relaciones sociales privadas que deben fortalecerse y también las que deben proscribirse dentro de la concepción de un determinado sistema social. Ahora bien, todo lo expresado es una consideración teórica, lo que **debe** ocurrir cuando se elabora un Título Preliminar, pero no necesariamente es lo que siempre pasa.

En el caso del Título Preliminar del Código Civil patrio, desconocemos la existencia de investigaciones que -superando el tradicional análisis exegético-, hayan apreciado si éste responde a la vi-

El doctor Juan Monroy Gálvez, preocupado por la función social de las instituciones jurídicas, realiza un análisis detallado de los antecedentes, la utilidad y la coherencia del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. El autor señala el carácter obsoleto de la concepción del artículo, propia de la etapa precientífica del Derecho Procesal, y lo inadecuado de incluir dentro del Código Civil una norma de este tipo. Culmina su exposición con un juicio sereno, pero justificado: la absoluta prescindencia del artículo en cuestión dentro del sistema jurídico nacional.

sión globalizadora que hemos considerado como adecuada. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que, en tal perspectiva, el trabajo legislativo no ha sido el más afortunado. Así, a manera de ejemplo, advertimos que algunas de las normas¹ tienen una connotación procesal, absolutamente impertinente dentro de la estructura del Código. Es también el caso del artículo X².

EL ARTICULO VI DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL NACIONAL

Una verdad indiscutible -aunque sus efectos a veces se tergiversan- es aquella que afirma que la característica más distintiva del proceso es su rasgo **instrumental**. Esto significa que el proceso es un medio para hacer efectivo los derechos materiales reconocidos en el sistema jurídico. En el caso del proceso civil, éste es un instrumento que permite lograr el cumplimiento de las normas civiles y, por extensión, también de las normas comerciales y de algunas otras disciplinas.

Ahora bien, es necesario identificar el criterio para establecer en qué casos nos encontramos ante una **norma material** y cuándo ante una **norma procesal**. Una aproximación tradicional al tema es considerar que la diferencia es sistemática, vale decir, que las normas materiales están en los códigos que tienen tal calidad y las procesales en los otros. Este criterio, curiosamente, es errado a pesar de ser una expresión tautológica; es común encontrar normas procesales dentro de ordenamientos de derecho material y viceversa.

Asumir este criterio sistemático, por lo demás, es tan absurdo como calificar de sustantivo al derecho material en oposición al carácter adjetivo del derecho procesal, a partir de la consideración que el segundo sólo es la expresión circunstancial del primero. Ambos son trascendentes, tienen contenido, estructura y sistemas explicativos de su contenido. Siendo así, el hecho que la norma procesal le otorgue material, es decir, que la haga realiza-

ble, no reduce su importancia ni tampoco su autonomía.

El tema descrito es relevante para el presente trabajo, en tanto es esencial identificar la naturaleza de la norma en estudio. ¿Se trata de una norma procesal o material? En las conclusiones de este trabajo, proveeremos al lector de una respuesta que será provisional y precaria, dado que la definitiva correrá a cargo de cada quien.

Otro tema trascendente es la utilidad de la norma. Vivimos una época -en el plano jurídico- signada por la necesidad de adecuar el Derecho a los raudos e incontrolables cambios que la ciencia y la tecnología producen en la realidad. El Derecho es cada vez menos el recuento histórico de las teorías más destacadas que, dígame de paso, han sido propuestas y desarrolladas para otras sociedades. Hacer Derecho en el Perú ya no debe consistir en conocer tesis foráneas para luego aplicarlas mecánicamente a nuestra sociedad, so pretexto de «hacerla progresar».

El reto del jurista nacional es ser el puente que conecta el Derecho -una superestructura formada por un amasijo de información expresada en distintos idiomas y referida a distintas sociedades- con las exigencias de su sociedad, con sus carencias, sus frustraciones, sus anhelos. Ya se ha perdido bastante tiempo en perseguir las sombras de las ideas jurídicas, ha llegado el momento de desentrañar sus vísceras y descubrir en ellas los postulados necesarios para proveer a nuestra sociedad de un Derecho ordenado, coherente, realista y, sobre todo, socialmente útil.

El reconocimiento de la autonomía científica del Derecho Procesal es un hecho históricamente reciente, tal vez no haya cumplido un siglo. No es exagerado afirmar que en el caso nacional, se trata de un acontecimiento que, a la fecha, es más intuido que conocido por la mayoría de los juristas nativos. La reciente vigencia del Código Procesal Civil³, ha determinado una suerte de reacomodo

¹ "Artículo VI.- Para ejercer o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.

Artículo VII.- Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar 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."

² "Artículo X.- La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.

Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores."

³ Si bien el Decreto Legislativo N° 768 fue promulgado en febrero de 1992, el Código Procesal Civil entró en vigencia el 28 de julio de 1993.

en los estudios jurídicos, apreciándose un auge de los estudios procesales, antes despreciados porque sólo consistía en un severo esfuerzo memorístico por fijar en la mente algunas formalidades cuya exigencia era determinante para «el ejercicio o defensa de los derechos sustantivos».

Este tema viene a colación porque -adelantando conclusión-, nos parece que la norma en estudio, es un ejemplo palmario de negación de la calidad científica de la materia procesal por parte del jurista nacional. Como resulta evidente, una forma de restarle calidad científica a los estudios procesales, consiste en ingresar a sus «fueros» con más audacia que prudencia.

Las líneas que siguen sólo pretenden convertirse en una contribución -mínima, es cierto- a los esfuerzos que la civilística nacional viene haciendo para reformar el Código Civil patrio, tan pródigo en méritos como voluptuoso en el número de normas procesales incorporadas⁴.

Por lo demás, ya es tiempo que los estudios jurídicos sean interdisciplinarios. Ha llegado el momento de romper con las aduanas mentales que controlan accesos a la información jurídica, barreras sostenidas en base a taxonomías creadas para ordenar las ideas, pero equívocamente entendidas como medios para cercenar la aventura intelectual.

En definitiva, el presente trabajo, bien puede ser sólo un pretexto para proclamar que el proceso no es más el hermano desvalido de otras disciplinas jurídicas. Afirmamos que el proceso ha dejado de depender de otras disciplinas para expresarse o estudiarse. Tiene categorías, métodos, estructuras y sistemas; ergo, es una ciencia. Precisamente cuando se le desconoce tal calidad, se elaboran normas como el artículo en estudio.

Antecedentes del Artículo VI

Podríamos remontarnos a normas del siglo pasado, las que, aún cuando fuese indiciariamente, desarrollan la temática contenida en la norma en estudio. Sin embargo, en atención a la brevedad del presente trabajo, sólo haremos alusión a las que constituyen su antecedente directo.

El Código Civil de Brasil de 1916 tiene dos artículos⁵ que son de particular importancia para nuestra investigación. En sus génesis, los proyectos de estos artículos tuvieron otra numeración, aun cuando su racionalidad es la misma. Así, el artículo 174 del Proyecto es importante porque de él se advierte el uso incorrecto -en estricto precientífico- del concepto acción. Siendo un tema que desarrollaremos a continuación, sólo importa precisar ahora que el germen de la distorsión lo identificamos en la norma citada.

El artículo 175 del mismo Proyecto, salvo mínimos detalles de traducción, constituye el antecedente directo del artículo IV⁶ del Título Preliminar del Código Civil de 1936, el que a su vez es el precedente inmediato de la norma en estudio. Siendo así, va a resultar de considerable importancia conocer su génesis, y luego, a partir de tal información, saber si fueron las mismas razones las que motivaron al legislador nacional a proponer su incorporación casi literal al código patrio.

Las Razones de Bevilaqua

En su obra de comentario a la gestación del Código Civil de Brasil, Bevilaqua⁷ desarrolla su concepto de acción expresando lo siguiente:

«A acção, modo de efectividade de Direito, é um elemento essencial de seu conceito. Subjetivamente o Direito é um interesse que a lei protege. O interesse é a par-

⁴ El profesor Lorenzo Zolezzi Ibárcena cita 473 artículos con contenido procesal en el Código Civil (ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. "Disposiciones de contenido procesal". En: *Para Leer el Código Civil II*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1985, p. 15).

⁵ "Artículo 174. Todo direito reconhecido é provido de uma acção que lhe garante o exercício" (Todo derecho reconocido tiene una acción que le garantiza su ejercicio).

Artículo 175 Para propôr uma acção em juizo, assim como para contestala, é necessario ter nella interesse legitimo, seja economico ou de orden moral. (Para proponer una acción en juicio, así como para contestarla, es necesario tener interés legitimo, sea económico o de orden moral).

O interesse moral só autoriza a acção quando se referir directamente ao autor ou á sua familia." (El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al actor o a su familia).

⁶ IV. Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legitimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.

⁷ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil Brasileiro: trabajos relativos a su elaboración. Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1917 y 1918. vol. I y II.

te nuclear, a protecção legal, o tegumento com que a sociedade reconhece a consonancia entre o egoísmo do individuo e as necessidades da co-existencia humana». (La acción, como modo de efectividad del Derecho, es un elemento esencial de su concepto. Subjetivamente, el Derecho es un interés que la ley protege. El interés es una parte nuclear, la protección legal, el revestimiento con que la sociedad reconoce la relación entre el egoísmo del individuo y las necesidades de la coexistencia humana)⁸.

La opinión de Bevilaqua es trascendente, porque no se trata únicamente del comentarista del Código Civil de Brasil, sino que es también uno de sus autores, incluso por la defensa que hace de los artículos del Proyecto, bien podría tratarse de su proponente. De la cita se advierte que el jurista brasileño asume el concepto clásico de acción vigente en la etapa previa a los estudios científicos del Derecho Procesal. Así, considera que la acción está **incorporada** al derecho. Respecto del interés, considera que es el elemento central del derecho, por otro lado, manifiesta que es la manera como se expresa en la sociedad la relación entre el individualismo y las exigencias de una vida en sociedad. Adviértase que su referencia es al interés como parte central del derecho, como elemento requerido de protección.

En el volumen II de su obra, Bevilaqua presenta algunos aportes que alcanzaron distintas personas e instituciones comentando el Proyecto de Código Civil de su patria. Son de singular importancia, respecto del artículo 175 del Proyecto, el que pasó a tener el N° 185, las críticas presentadas por la Comisión de la Facultad Libre de Derecho de Río de Janeiro. Reproducimos los cuestionamientos que, como se advertirá, son tan lacónicos como contundentes:

«Artículo 185- E materia puramente processual, sobre que aos Estados compete legislar. (Es materia pura-

mente procesal, sobre la que a los Estados les compete legislar).

Demais, é livre o direito de propor a acção. Só a sentença decidirá si o autor tem nela interesse legitimo, seja economico ou de ordem moral.» (Además, es libre el derecho de proponer una acción. Sólo la sentencia decidirá si el autor tuvo interés legítimo, sea económico o de orden moral)⁹.

En primer lugar, la Comisión recuerda que el tema contenido en el artículo es procesal «puramente» dice- por tanto, deducimos que está afirmando su excentricidad en el Código Civil .

En segundo lugar, y ésta es la crítica trascendente, la Comisión asume de manera categórica la tesis del derecho de acción como **derecho abstracto**, es decir, un derecho absolutamente desprovisto de contenido, tanto que puede ser intentado sin necesidad de que quien lo hace, sea titular de un **derecho material**, siendo también innecesario que este derecho se encuentre afectado.

Asimismo, al analizar los requisitos planteados por el artículo al ejercicio del derecho de acción, concluyen -en nuestra opinión con toda razón- que la existencia de interés legítimo en el actor sólo será advertida en la sentencia y no en el inicio del proceso.

Bevilaqua contesta las objeciones en la misma obra¹⁰, insistiendo en su concepción monista del derecho y de la acción, ésta como elemento integrado a aquél. Además considera indispensable citar -y eso es lo que dice hace el artículo- lo que denomina «condiciones subjetivas esenciales para que la acción pueda ser propuesta». El considera que esas condiciones son el interés para obrar y la cualidad para obrar, las que están presentes la primera en el artículo 174, y la segunda en el 175.

Afirma también que el defecto de los críticos es

⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Op. cit.* vol. I, p. 26.

⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Op. cit.* vol. II, p. 35.

¹⁰ «Primeira accusação: é materia puramente processual. Para mostrar o equívoco dos críticos, basta considerar que o direito e a acção se apresentam aos olhos do jurista como dois momentos da mesma idea, dois aspectos do mesmo phenomeno, e que, si o direito é o interesse que a lei protege, para reintegrar o direito violado é necessario que esse interesse realmente exista. (Primera acusación: es materia puramente procesal. Para demostrar el equívoco de los críticos, basta considerar que el derecho y la acción se presentan a los ojos del jurista como dos momentos de una misma idea, dos aspectos de un mismo fenómeno, por lo que, si el derecho es el interés que la ley protege, para reintegrar el derecho violado es necesario que ese interés realmente exista).
Tendo o projecto, no artigo 184, declarado que todo direito é provido de acção, era indispensavel completar o pensamento, estabelecendo as condições subjetivas essenciaes para que a acção pudesse ser proposta. (Teniendo el proyecto, en el artículo 184, declarado que todo derecho está provisto de acción, era indispensable completar el pensamiento, estableciendo las condiciones subjetivas esenciales para que la acción pudiese ser propuesta).
(Continúa en la siguiente página)

que no han advertido que el tema no es puramente procesal, sino que se encuentra en la frontera entre éste y el Derecho material. Finalmente considera que si bien todo es opinable, le parece una aberración considerar que la acción sea pasible de ser usada, se tenga o no interés.

Como resulta evidente, la tesis de Bevilaqua no logra sostenerse a pesar de los bríos del proponente. En efecto, tal como reclama la Comisión, se trata -en el mejor de los casos- de una norma de contenido procesal, con efecto procesal y para ser tenida en cuenta en un proceso, ergo, una norma procesal. Si bien en el tema de la legitimidad para obrar suele decirse que ésta tiene aristas materiales y procesales, el contexto genérico de lo que él da en llamar «condiciones subjetivas», integra en su conjunto lo que en doctrina suele denominarse condiciones de la acción, un tema absolutamente procesal.

Finalmente, es comprensible que Bevilaqua haya asumido con tanta contundencia la teoría concreta de la acción -sólo demanda quien tiene derecho-, dado que fue la predominante en su época. Sin embargo, desde Carnelutti en adelante, hoy asoma como posición pacífica en la doctrina el ca-

rácter abstracto del derecho de acción, es decir, que cualquiera puede demandar -ejercer su derecho de acción-, sin que el elemento subjetivo referido a la legitimidad de su interés sea obstáculo para tal acto.

A la fecha, las normas del Código Civil de Brasil han quedado prácticamente con la estructura original del Proyecto, habiendo cambiado sólo de numeración¹¹.

Análisis de la Norma

En primer lugar, en la línea de las propuestas descritas al inicio del presente trabajo, **afirmamos que la norma investigada es una norma procesal**. Lo es porque su uso por el ciudadano sólo es factible de concretarse **dentro del proceso o para el proceso**. La norma procesal enseña qué se puede hacer o no dentro de una relación procesal y de qué manera. Por oposición, consideramos que las normas materiales se caracterizan porque contienen una propuesta de comportamiento social, es decir, postulan una conducta determinada en el espectro de las relaciones sociales. Si bien esta postulación es regularmente por gratificación, puede ser también por sanción. Es decir, la norma

Essas condições ou requisitos do exercício da acção, segundo os mais conceituados jurisperitos são: o interesse de agir, que o projecto consagra no artigo 185; a qualidade para agir (artículo 181) e a capacidade de estar em juízo, que corresponde á capacidade de ser sujeito nas relações de direito. (Esas condiciones o requisitos del ejercicio de la acción, según los más calificados juristas son: el interés para obrar, que el proyecto consagra en el artículo 185; la cualidad para obrar (artículo 181) es la capacidad de estar en juicio, que corresponde a la capacidad de ser sujeto en las relaciones de derecho).

Evidentemente, só ao direito material, e entre nós só ao direito nacional e nao no regional, cabe fixar as condições dessa capacidade porque direito sem acção é um conceito falho, é uma aspiração, um desejo desprovido de condições de realizabilidade. (Evidentemente, sólo al derecho material, y entre nosotros sólo al derecho nacional y no al regional, cabe fijar las condiciones de esa capacidad porque derecho sin acción es un concepto errado, es una aspiración, un deseo desprovisto de condiciones de realizabilidad).

O engano dos censores procede do facto de verem o assumpto desenvolvido em compendios de processo, nao tendo advertido que assim é, porque o assumpto está situado justamente na fronteira do direito material, offerecendo o ponto de conexão entre elle e o processo, e nao tendo observado que tambem os civilistas expoem a materia, como é facil ver em Windscheid, Chironi, Gianturco, etc. (La equivocación de los criticos se origina en el hecho de ver un asunto desarrollado en ámbitos procesales, sin tener en cuenta que el asunto está situado justamente en la frontera del derecho material, siendo el punto de conexión entre éste y el proceso, sin observar también que los civilistas tratan esta materia, como es fácil ver en Windscheid, Chironi, Gianturco, etc...).

Emfim, é uma opiniao. O que, porém, se me afigura uma verdadeira aberração dos principios assentes na doutrina é affirmarse que o direito de propor a acção é livre a todos, tenham ou nao interesse que é a sentença que decide si o autor tem ou nao interesse. A sentença nao pode decidir si autor tem interesse em propor a acção, declara em um conflicto de interesses jurídicos, si realmente existe e a quem pertence o direito sobre que se questiona. Pela estranha doutrina do parecer, poderia o primeiro individuo, a quem tal idea pasasse pela cabeça, accionar Mevio pelo que este devesse a Ticio, propor o divorcio de dous conjuges, porque lhe parece que se acham nas condições requeridas pelo artículo 82 do decreto n. 181, de 24 de Janeiro de 1890. (En fin, es una opinión. Lo que, por ejemplo, considero es una verdadera aberración de los principios reconocidos en la doctrina, es afirmar que el derecho de proponer una acción es libre para todos, tengan o no interés, y que es la sentencia la que decide si el actor tiene o no interés. La sentencia no puede decidir si el actor tiene interés en proponer una acción; ésta declara en un conflicto de intereses jurídicos, si realmente existe y a quién pertenece el derecho sobre el cual se discute. Por la extraña doctrina al parecer, podría el primer individuo, a quien tal idea pasase por la cabeza, accionar Mevio por lo que éste debiese a Ticio, proponer el divorcio de dos cónyuges, porque le parece que se dan las condiciones requeridas por el artículo 82 del decreto n. 181 del 24 de enero de 1890).

"O absurdo é patente" (El absurdo es patente). BEVILAQUA, Clovis. Op. cit. pp. 616-617.

¹¹ "Artículo 75.- A todo o direito corresponde uma acção, que o assegura." (A todo derecho le corresponde una acción que le asegura).

"Artículo 76.- Para propor, ou contestar uma acção, é necessário ter legitimo interesse económico, ou moral. (Para proponer o contestar una acción, es necesario tener legitimo interés económico, o moral).

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a acção quanto toque directamente ao autor, ou á sua família." (Parágrafo único el in-

propone una conducta como lo más adecuada o la condena como inicua, pero siempre en el espectro de las relaciones sociales.

En segundo lugar, afirmamos que su ubicación en el Código Civil es una excentricidad, a la fecha absolutamente inútil. Ahora bien, si es una norma procesal, entonces resulta indispensable analizar las categorías procesales utilizadas en el artículo para descubrir su espíritu.

Análisis conceptual de la Norma en estudio

Es imprescindible definir algunas categorías procesales a efectos de intentar descubrir la racionalidad de la norma estudiada. Sobre todo, una vez admitida su naturaleza de norma procesal. Los conceptos a desarrollarse son: **acción, demanda, pretensión e interés.**

Acción

Al margen de la diversidad de teorías explicativas de la naturaleza jurídica del derecho de acción, complejidad que ha determinado expresiones célebres por parte de procesalistas de la talla de Alcalá-Zamora¹² y Mercader¹³, podemos afirmar que acción desde la óptica procesal, es el derecho público, subjetivo, autónomo y abstracto, por el cual todo sujeto de derecho se encuentra apto para solicitar tutela jurídica al Estado.

Se afirma su rasgo subjetivo, atendiendo a que es un elemento naturalmente presente en todo sujeto de derechos, por el solo hecho de serlo. Su carácter **público** tiene que ver con el hecho de que el pedido de tutela jurídica está dirigido al Estado. Es decir, contra lo que suele decirse -con extrema ligereza por lo demás-, el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, es a él a quien se le exige tutela y no al demandado. En consecuencia, decir: «...**interpuse acción contra fulano**», es un uso defectuoso del concepto acción.

El derecho de acción es además **autónomo**, porque tiene existencia sin necesidad de que quien haga uso de él, es decir quien demande, sea realmente titular de un derecho material agraviado o afectado. Incluso el conflicto de intereses que se pide al

juez que solucione, podría ser un hecho inventado; sin embargo, tal situación no es óbice para que se pueda ejercer el derecho de acción. En consecuencia, el derecho de acción es absolutamente independiente del derecho material o de la realidad del conflicto de intereses que se propone.

Finalmente, el derecho de acción es **abstracto**. Esto es, se encuentra desprovisto de contenido material. Es decir, el derecho de acción sólo tiene como contenido la exigencia de tutela jurídica al Estado, sólo eso hay en su interior.

Durante las dos primeras etapas históricas del proceso en el Derecho Romano -la *legis actionem* y el procedimiento formulario-, el inicio de éste, más específicamente el emplazamiento del demandado, producía una situación procesal conocida con el nombre de *litis contestatio*. Uno de los rasgos de este momento o etapa procesal, es que se producía una conversión del derecho material que se reclamaba; éste -desde tal momento- pasaba a convertirse en un derecho procesal, en un *actio*. Este es el llamado **efecto novatorio** de la *litis contestatio*.

Este efecto novatorio era tan determinante que, si durante el proceso el demandante equivocaba alguna formalidad y por ello perdía el proceso, perdía también, y de manera definitiva, el derecho material que ya se había convertido en *actio* por efecto de la *litis contestatio*. Precisamente este efecto novatorio es el que determinó que los procesos -en donde la acción contenía también el derecho material discutido- tomaran el nombre del derecho material. Es decir, el sustantivo **acción**, pasó a tener como adjetivo el **derecho material** que se discutía. Así, se decía **acción reivindicatoria, acción posesoria, acción sucesoria**, etc.

Dos mil años después, cuando la *litis contestatio* y su efecto novatorio forman parte de la protohistoria del Derecho Procesal, todavía se legisla -en sociedades donde la ciencia procesal no ha fructificado- diciendo acción reivindicatoria, acción pauliana, acción resarcitoria. En el caso nacional, incluso la novísima Constitución vigente, al referirse a los procesos de justicia constitucional, denomina **acción** a los procesos de Habeas Corpus,

¹² "[...] la jurisdicción se sabe qué es, pero no se sabe dónde está; el proceso se sabe dónde está, pero no se sabe qué es; la acción no se sabe qué va ni dónde está". ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto; cita de CARLI, Carlo. *Derecho Procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965 p. 151).

¹³ "Es una verdadera estantigua mal pergeñada en las páginas narrativas de la historia del Derecho, que pasa como una sombra huidiza tras de la que se arrastran los más diversos predicados". MERCADER, Amilcar. *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*. Depalma, Buenos Aires, 1944. p. 167.

Amparo y Habeas Data. Incluso hace referencia a la acción de inconstitucionalidad, también redundando cita a la acción popular y, finalmente, nombra a la acción de incumplimiento.

Por cierto, podría alegarse la existencia de una tradición jurídica en el uso errado del concepto, pero ésta sería una alegación más bien perjudicial para quien la formula, pues los desarrollos científicos sirven para abrir nuevas aventuras del pensamiento, también para perpetuar lo bueno pero, sin duda, son útiles también para erradicar lo defectuoso.

Uno de los juristas más autorizados del pensamiento constitucional latinoamericano, Héctor Fix Zamudio, se refiere a este uso errado del concepto acción de la siguiente manera:

«[...] la acción es puramente abstracta y única en todos los campos de enjuiciamiento, pues lo que le da contenido concreto es precisamente la pretensión.

41. Por tanto, sólo por motivos didácticos se habla de acción civil, penal, administrativa o constitucional, e inclusive de acciones concretas en cada una de estas ramas procesales, pues lo que realmente existe es el derecho de acción abstracto, genérico, unitario; es decir, un derecho subjetivo público frente a los tribunales, paralelo al derecho de petición, que se concreta por las pretensiones, éstas sí, civiles, penales, administrativas o constitucionales, de los que ejercitan ese mismo derecho único de acción.

Estimamos que desde un ángulo estricto no se puede admitir que exista o se configure una acción de amparo, sino que se trata de la acción genérica que se concreta o individualiza, cuando se pretende que el juez de amparo otorgue la protección de la justicia federal, al alegarse violación de los derechos del quejoso.»¹⁴

DEMANDA

Si bien este concepto no aparece citado en la norma en estudio, es importante por su calidad de nexo entre el concepto acción antes desarrollado y el concepto pretensión que se explica a continuación.

La demanda es la declaración de voluntad a través

de la cual un sujeto de derechos, en ejercicio de su derecho de acción, plantea dos exigencias a dos sujetos de derecho distintos. Por un lado, exige al Estado le otorgue tutela jurídica, en tanto éste es sujeto pasivo del derecho de acción. Por otro, exige a un sujeto de derecho que someta su interés sobre un determinado bien jurídico, al interés que él tiene respecto del mismo bien. Esta última exigencia la vamos a desarrollar a continuación, por ahora sólo importa precisar que recibe el nombre de **pretensión**.

La expresión material de estas exigencias, dirigida a un órgano jurisdiccional específico, constituye la demanda, que dicho sea de paso, es el primer acto procesal que se presenta en un proceso, sin perjuicio de aquellos casos excepcionales en donde se adelanta la actuación de un medio probatorio o una medida cautelar.

La demanda, entonces, es la expresión concreta del derecho de acción, y es también el instrumento que contiene la pretensión dirigida al emplazado.

PRETENSION

El verbo **pretender** tiene como sinónimo al verbo **reclamar**. La pretensión es la manifestación de voluntad por la que una persona exige algo a otra. Esta pretensión es material cuando el requerimiento ocurre fuera del proceso, regularmente antes de su inicio. Es pretensión procesal, en cambio, cuando su exigencia se viabiliza a través del ejercicio del derecho de acción, es decir, cuando está contenida en una demanda.

En estricto, lo que ocurre en realidad es que suele haber menos bienes de los necesarios para satisfacer las necesidades humanas. Por esa razón, muchas veces, cuando un sujeto de derechos tiene interés sobre un bien, puede ocurrir que otro sujeto tenga también interés sobre el mismo bien, siendo insuficiente éste para satisfacer a ambos. En tal situación, si una de las personas quiere hacer efectivo su interés sobre el bien, pero es resistido por otro, se produce un conflicto de intereses. La pretensión no es otra cosa que el acto de exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio, para expresarlo en términos apreciados por Carnelutti.

A manera de ejemplo: una persona arrienda su

¹⁴ "El Juicio de Amparo y el Derecho Procesal". En: *La Justicia*, n° 585. México D.F., enero de 1979. p. 27. (Esta cita llegó al autor gracias a la colaboración del destacado profesor y amigo Samuel Abad Yupanqui).

casa. El plazo del contrato ha vencido, sin embargo, el arrendatario no le devuelve ésta, a pesar de sus constantes pedidos. Ante la intransigencia advertida, el propietario de la casa se dirige donde un abogado. Este le aconseja iniciar un proceso de desalojo contra el arrendatario incumplido. Para que tal proceso se concrete, será necesario que el propietario **ejerza su derecho de acción**. Para tal efecto, éste deberá firmar el escrito preparado por el abogado, el cual contiene la **demand**. Esta tiene dos pretensiones, una pública dirigida al Estado solicitándole tutela jurídica, y otra privada dirigida contra el arrendatario para que la devuelva la posesión de su casa.

INTERES

De manera genérica, **interés** viene a ser la intencionalidad valorativa que un sujeto orienta hacia un determinado bien. Cuando esta valoración o estimación subjetiva está referida al entorno jurídico de un bien, estamos ingresando con dicho concepto al campo del Derecho.

El distinguido profesor nacional Marcial Rubio¹⁵, en un prolijo estudio sobre el uso del concepto de interés individualizable -que lo considera distinto al interés público, social y nacional- en el Código Civil, encontró por lo menos cuatro expresiones distintas de éste: **legítimo interés**, **interés legítimo** y **actual**, **interés** e **interés propio**.

En su opinión, cada cual responde a una acepción distinta, esto es, a un propósito diferente del legislador. Nosotros no compartimos tan autorizada apreciación; consideramos más bien que el legislador ha utilizado arbitrariamente las variantes.

Una prueba de nuestro aserto es la segunda acepción, **el interés legítimo y actual**. Esta es utilizada una sola vez¹⁶; sin embargo, bien se sabe que uno de los elementos del interés jurídico es su **actualidad**, el que estará presente -o debe estarlo- todas las veces en que se use correctamente el concepto **interés** en su acepción jurídica. Por tanto, su pre-

sencia no es individualizadora de una acepción distinta.

Otra prueba es el concepto de **interés propio**, que también es utilizado en una sola oportunidad¹⁷. En nuestra opinión, la calidad de **propio** es natural al concepto de interés en su acepción jurídica, como lo es que sea actual. En la norma en mención se utiliza la palabra **propio**, única y exclusivamente para evitar se piense que se trata del interés del tercero por el que podría estar actuando el estipulante. Es decir, se redunda únicamente para evitar una confusión.

Finalmente, el profesor Rubio considera que el concepto **legítimo interés** «[...] parece referirse a aquellos intereses que son jurídicamente exigibles a su arbitrio por el interesado»¹⁸. Una vez más discrepamos con nuestro querido profesor. En primer lugar, en sede de proceso civil, todos los derechos y las pretensiones que de ellos emanan, sólo son exigibles en sede jurisdiccional por **arbitrio del interesado**, es decir, por decisión libérrima de éste. Más bien es excepcional que en sede civil pueda demandar quien no tiene interés y voluntad para hacerlo. Por tanto, el arbitrio del interesado es la generalidad y no la singularidad. Este tema está relacionado con una de las líneas vectoriales del proceso civil, el llamado **Principio de la demanda privada**, según el cual, en material civil los procesos comienzan siempre a iniciativa de parte (*Nemo iudex sine actore* o «No hay juez sin actor»).

Por otro lado, no nos parece que los intereses sean los exigibles en un proceso, éstos son los elementos impulsores que conducen a un titular de derechos a defender a estos últimos en sede judicial, sea planteando pretensiones o defendiéndose de las que le son opuestas.

Otra opinión sobre el uso del concepto **interés** en el artículo estudiado, es la del Maestro del Derecho Civil nacional, el doctor José León Barandía-

¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar. Para Leer el Código Civil III*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986. p. 117.

¹⁶ "Artículo 275.- La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual. Si la nulidad es manifiesta, el juez la declara de oficio. Sin embargo, disuelto el matrimonio, el Ministerio Público no puede intentar ni proseguir la nulidad ni el juez declararla de oficio."

¹⁷ "Artículo 1457.- Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato."

¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.* p. 119.

rán¹⁹. Para él, el concepto **interés legítimo** significa que éste se encuentra basado en una norma (Derecho objetivo) de la cual emana el derecho subjetivo del litigante. Siendo así, podría afirmarse que el destacado Maestro equipara el concepto de **legítimo interés** con el concepto de **interés legal**. Sobre esta identificación hacemos referencia en las siguientes líneas.

Creemos que el interés jurídico toma por lo menos dos formas: **el interés material y el interés procesal**. El primero es aquella estimación valorizada a la que nos referimos antes, consistente en la aprehensión que tiene un sujeto sobre un bien que considera se encuentra jurídicamente dentro del ámbito de su titularidad. Así, tengo interés en poseer mi casa porque es mía.

En cambio el **interés procesal**, llamado comúnmente «interés para obrar», es el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable, actual o inminente, egoísta y abstracto. Nos explicamos.

Es insustituible o irremplazable porque se presenta cuando el sujeto de derechos tiene un conflicto de intereses, respecto del cual no tiene otra manera de resolverlo que no sea acudiendo a los órganos jurisdiccionales a solicitar tutela jurisdiccional. Es actual o inminente, porque esa necesidad de tutela no puede ser prematura ni extemporánea, tiene que ser vigente y urgente para el momento.

Finalmente es egoísta, en el sentido que la necesidad de tutela sólo puede ser exigida por quien realmente es o se considera titular del derecho respecto del cual se ha producido el conflicto. Ninguna cercanía familiar o de cualquier naturaleza, autoriza a persona distinta a intentar la defensa judicial de un interés procesal ajeno. Más bien, en los casos excepcionales en que esta situación se permite, el ordenamiento procesal debe admitirlo expresamente. Así lo hace el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil del Perú²⁰.

Otro rasgo distintivo del interés procesal es su **abstracción**. Sin embargo, siendo una característica de singular trascendencia para nuestro análisis, lo desarrollaremos más adelante.

Buscando apoyo en la doctrina, encontramos que Devis Echandía se refiere de esta manera al interés para obrar:

«La noción de interés para obrar se refiere al motivo jurídico particular que induce al demandante a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda; al demandado, a contradecir esas pretensiones si no se halla conforme con ellas; y a los terceros, a que intervengan luego en el juicio a coadyuvar las pretensiones de aquél o de éste.»²¹

ANÁLISIS DE LA NORMA DESDE LA ÓPTICA DE LAS CATEGORÍAS PROCESALES DESCRITAS

Tratándose de una norma procesal, como ya se anotó, el análisis de la norma exige se haga éste desde su óptica matriz: el Derecho Procesal. Veamos qué se encuentra.

Análisis I. La norma dice textualmente: «**Para iniciar o contestar una acción...**». Sin embargo, en atención a lo antes desarrollado, el derecho de acción **no se inicia**, dado que es simplemente el derecho subjetivo que titula al sujeto jurídico para solicitar al Estado tutela jurisdiccional. Más bien, es el derecho de acción el que faculta a un sujeto a iniciar un proceso, a través de la interposición de una **demanda**. De tal suerte que, en ánimo de perfeccionar la norma, podría decirse que lo que se inicia o contesta sería la **demanda**.

Sin embargo, aún esa sería una afirmación inexacta. Siendo la demanda la manifestación procesal y concreta del derecho de acción, en estricto se encuentra dirigida al Estado, dado que es él a quien se le solicita tutela jurídica. Por tanto, si bien en principio sería admisible la frase **iniciar una de-**

¹⁹ "El interés, lógicamente ha de ser legítimo, es decir que se base en una relación o situación prevista en la norma de la cual deriva el derecho subjetivo, o sea, que se está pensando en que el derecho subjetivo es sólo un elemento de composición de la norma, en cuanto ésta importa el derecho objetivo. Se puede hacer la distinción defacultad y norma, pero no se puede disociarlos completamente, pues siempre hay la *facultas agendi* procedente de una norma jurídica". LEON BARANDIARAN, José. "Exposición de Motivos y Comentario al Título Preliminar". En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985. t. IV, p. 28.

²⁰ "Artículo IV.- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos."

²¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Temis, Bogotá, 1966 t. I, p. 470.

manda, ésta resulta inexacta porque lo que se inicia es un proceso. Por otro lado, aquella que se refiere a **contestar una demanda**, también sería errada, dado que en estricto lo que se contesta -entendido este concepto como sinónimo de contradecir- es la **pretensión**, vale decir, aquella manifestación de voluntad por la que quien ejerce su derecho de acción, exige que el demandado resigne su interés al de él, respecto del objeto del conflicto.

En consecuencia, la frase «**Para iniciar o contestar una acción** [...]», reivindica el uso del concepto **acción** desarrollado en el período antiguo del Derecho Romano. Tal recuperación del concepto no es, bajo ningún punto de vista, un mérito, simplemente es la confirmación que el legislador del Código Civil de 1984 ignoró -involuntariamente o intencionalmente- toda información científica sobre el proceso, durante la elaboración del citado ordenamiento.

Análisis II. La frase «[...] es necesario tener **legítimo interés económico o moral**», que completa la estudiada en el párrafo anterior, utiliza el concepto **interés** de manera totalmente ajena a la acepción procesal; nos referimos a que lo hace de manera distinta al concepto que hemos desarrollado de **interés procesal**. Siendo el artículo investigado, como tantas veces se ha dicho, una norma procesal, este desencuentro con la acepción indicada profundiza la divergencia de la norma con su utilidad.

Si el uso del concepto **interés** en el artículo no es procesal, entonces, en atención a lo antes desarrollado, corresponde a su **acepción material**. Siendo así, tiene que ver con la estimación que el sujeto tiene respecto de la pretensión discutida en el proceso. Llevado a ejemplo, es el interés que tiene el demandante de un proceso de desalojo en recuperar la posesión del predio.

Ahora bien, la exigencia que ese interés sea **legítimo**, puede ser entendido de dos formas. Por un lado, que tenga apoyo o sustento en el ordenamiento jurídico, y por otro, que tenga fundabilidad, es decir, amparo o razón en el mismo sistema. Advuértase que estamos optando por entender el concepto **legítimo**, sea como aquello que es **legal**, o como aquello que tiene **legitimidad**, respectivamente.

Si fuese lo primero, sería una afirmación absolutamente tautológica. De hecho sólo se puede discutir en un proceso judicial un conflicto de intereses con relevancia jurídica, es decir, un conflicto que tenga la calidad de **caso justiciable**, en tanto la pretensión propuesta tiene como fundamento un derecho, es decir, un interés reconocido en el sistema jurídico. Entonces, si **interés legítimo** significa **interés legal**, la frase es ociosa.

Si fuese lo segundo, se trataría de una afirmación equivocada. Si para interponer una demanda o exigir judicialmente una **pretensión** -que es como estamos entendiendo el concepto **acción**- es necesario tener la razón, entonces sólo podrían demandar aquellos que van a ganar un proceso, con toda la dificultad que significa tener la certeza que van a ser triunfadores de un proceso, desde antes de iniciarlo.

Siguiendo esta segunda alternativa, lo más cuestionable es que según ella para contestar una acción (pretensión) también es necesario tener razón. Si esto es así, es decir, si sólo puede demandar quien tiene la razón y sólo puede contestar quien también la tiene, se estaría produciendo una contradicción tan insalvable que podría determinar la negación del proceso, dado que teóricamente es imposible que una situación como la planteada se pueda presentar. Al margen también de otra imposibilidad práctica: la de poder asegurar, al inicio del proceso, quién tiene la razón. En conclusión, si **interés legítimo** equivale a **interés legitimado**, la frase es absurda.

Otra teoría, que parece hacer suya el profesor Rubio²², es la de considerar que el legítimo interés del artículo en estudio se refiere a la legitimación para actuar en un proceso. La llamada **legitimidad para obrar** es una institución del proceso que junto con el **interés procesal** ya descrito, constituyen los requisitos para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo en un proceso.

Se vería seriamente afectada la estructura del presente trabajo si desarrollamos en detalle la **legitimidad para obrar**, sin embargo a riesgo de decir generalidades alcanzamos algunas ideas sobre ésta. La legitimidad para obrar, es básicamente un concepto lógico de relación. Esta consiste en lo si-

²² "Es decir, se pretende reforzar la legitimación activa directa e inmediata en el asunto, lo que además queda claro de los diversos incisos del artículo 274 (que establece las causales de nulidad), en los que se tiende también a restringir dicha legitimación a un grupo reducido o a personas individuales con un interés muy preciso en el asunto". RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.* p. 118.

guiente: cuando se inicia un proceso, lo que el demandante intenta es establecer una relación con el juez, y sobre todo, con el demandado, esto es, el sujeto pasivo de su pretensión. Pues bien, dicha relación procesal debe proponerse correctamente, de lo contrario, nunca se podrá expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo.

Precisamente para cumplir con establecer correctamente la relación procesal, deben participar de ésta las mismas personas que conforman la relación material. Esta relación material -que es anterior al proceso- está conformada por las personas que participan del conflicto de intereses que ha motivado el inicio del proceso. Cumplir con hacer participar a los protagonistas de la relación material en la relación procesal es hacer efectiva la legitimidad para obrar.

Adviértase que no siempre esta legitimidad tiene un apoyo en la norma positiva. Muchas veces depende de la necesidad de hacer efectivos los llamados principios del proceso, es decir, las líneas vectoriales esenciales a la naturaleza jurídica de un proceso, reglas sin las cuáles no sería posible referirse a una relación procesal.

Volviendo a nuestro tema, lo que resulta trascendente para éste es que se trata de una institución autónoma, **absolutamente distinta** al interés procesal o interés para obrar.

Afirmar que el artículo VI lo que hace es titular a quien puede actuar en un proceso, implica confundir el interés para obrar con la legitimidad para obrar. En conclusión, aun admitiendo la hipótesis absurda de que la norma estudiada diga lo que no dice, lo hace mal.

No entramos en el comentario del segundo párrafo del artículo en estudio, porque es un comentario que no agrega ni modifica nada de lo expuesto, a lo más redundante en el uso defectuoso del concepto **acción**.

A MANERA DE CONCLUSION

Siendo inminente -a diez años de su vigencia- una reforma del Código Civil, lo desarrollado sólo pretende ser un primitivo -y tal vez por eso vehementemente- punto de partida a reflexiones más serias y profundas sobre un aspecto jurídico de considerable trascendencia para el Derecho patrio: la rela-

ción entre el **Derecho Civil** y el **Derecho Procesal Civil**.

Los vientos frescos que empiezan a soplar en el Derecho nacional, anuncian que los dogmas están en debate. La sociedad le exige al investigador que reparta sus ojos y sus intereses entre la teoría y la práctica, es decir, le grita que introduzca la realidad en su escritorio. Quien reclame hoy día una verdad jurídica como definitiva, debe haber probado su afirmación en la exigencia o fragua de dos valores que se complementan: la justicia y la eficacia, uno sólo ya no alcanza.

Volviendo al tema analizado, enumeramos algunas conclusiones, reiterando su carácter de provisionales y sólo indiciarias de las que el lector pueda extraer.

1. El artículo VI del Título Preliminar del Código Civil de 1984 es una norma de naturaleza procesal.

2. A pesar de la afirmación anterior, los conceptos utilizados en la norma no corresponden a una concepción científica del proceso.

3. La norma podría consistir en una afirmación redundante del interés jurídico que provoca el inicio de un proceso.

4. En una interpretación distinta a la anterior, la norma puede conducir a una contradicción insalvable, desde que exigiría situaciones materiales inviables para participar en un proceso, como por ejemplo que el demandado sólo pueda contradecir la pretensión, si tiene la razón.

5. La norma, desde la consideración del interés material como presupuesto para intervenir en un proceso, es absolutamente innecesaria.

6. Desde una óptica procesal -admitiendo como realizados los cambios propuestos en las categorías mal empleadas-, la norma seguiría siendo absolutamente inútil, desde que hoy el Código Procesal Civil regula los criterios o requisitos para intervenir en un proceso, sea como parte o tercero legitimado.

7. Finalmente, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil del Perú de 1984 es una norma defectuosa y prescindible en nuestro sistema jurídico.