

## Editorial



### Marcos Mauricio Córdoba

Profesor Emérito y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Académico de universidades nacionales en Argentina y profesor de doctorado en países de Europa y América. La República de Italia, el Tribunal Constitucional de la República del Perú y el Senado de la Nación de Argentina le han otorgado las máximas honorificencias por su obra jurídica.

Con el lanzamiento de la “Revista Internacionalización del Derecho” propusimos como objetivo esencial que el aprendizaje compartido, a partir del conocimiento jurídico de diferentes países, constituyera un mecanismo que permitiera mejorar el estándar normativo general de los países cuyos sistemas jurídicos se inciden recíprocamente. Llamamos a ese proceso “internacionalización del derecho”. Dicho mecanismo incluye, como otro de sus elementos, la construcción de las categorías jurídicas que, fundadas en lo valioso de la realidad actual, proyecte aquello que tiene que subsistir para la posteridad.

Consideramos asimismo que, para el logro de ese objetivo, lo más conveniente sería que la selección de los trabajos que se publicarían estuviera sujeta a un proceso de evaluación de pares que permitiera el mayor nivel científico. La propuesta fue compartida por prestigiosos académicos que nos acompañaron con sus colaboraciones: Guido Alpa, de la Universidad de La Sapienza, con su precursor trabajo “Sobre el poder contractual de las plataformas digitales”; Carlos Martínez de Aguirre de la Universidad de Zaragoza con sus consideraciones sobre “Maternidad subrogada internacional”; el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Juan Carlos Cassagne con su clarificador artículo “Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo” que iluminó un debate de alcance global.

Compartieron también nuestra idea sobre la importancia de construir con base en el acervo común de la juridicidad, Carlo Granelli de la Universidad de Pavia, con

una obra indispensable sobre el “Menor de edad y contrato”; Luz Pacheco Zerga, vicepresidenta del Tribunal Constitucional de Perú, con su trabajo “El derecho constitucional de resocialización de los terroristas en el Perú” y la doctora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Cristina Argelich Comelles, quien reflexionó sobre el “concepto de consumidor vulnerable digital y su protección en la contratación civil”.

Ya en marcha la idea y con extraordinarios primeros volúmenes, confirmamos el proceso recorrido y continuamos con la publicación de la obra de autores de reconocida trayectoria internacional como: Stefano Troiano, de la Universidad de Verona, quien trató la problemática del “Algoritmo y contrato”; Noemí L. Nicolau de la Universidad Nacional de Rosario, con “Los modos de producción del derecho privado en la internacionalidad. El rol del derecho flexible”; y la prestigiosa profesora argentina María Blanca Noodt Taquela, con su artículo sobre “La contribución imprescindible del Derecho Internacional Privado para facilitar los derechos de los migrantes”.

El volumen IV contuvo las reflexiones de Mauro Tescaro de la Universidad de Verona sobre “La previsibilidad de los daños en la Convención de Viena”; las del profesor alemán Markus Finn sobre “Responsabilidad civil médica alternativa a la solución jurisdiccional en Alemania” y la de los profesores de Brasil, Érico Andrade y Leonardo Parentoni sobre “La superación de la personalidad jurídica en el Derecho Brasileño”.

En conjunto se analizaron situaciones jurídicas que trascendieron el ámbito nacional de Alemania; Brasil; Argentina; España;



### Alejandro Laje

Posdoctorado de Investigación en la Universidad de Regensburg, Alemania. Doctor en Derecho (UCES, 2011). Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, 1987). Máster en Humanidades (Stanford University, 2014) y MBA (IAE-Universidad Austral, 1990). Tiene publicaciones en revistas jurídicas indexadas en Scopus, Scielo y DOAJ.

Italia y Perú, en un desarrollo que contemplaron y armonizaron particularidades regionales, económicas, idiosincráticas y ciertamente jurídicas de manera que implican un enriquecimiento para la cultura legal en el ámbito internacional. La obra académica se inserta así en los procesos sociales que permanentemente afectan la vida de los pueblos.

Los trabajos que se presentan en este nuevo volumen de la “Revista Internacionalización del Derecho” también transmiten experiencias que resultan del mayor interés para el proceso por el cual las normas de un país resultan incorporadas como derecho interno en otros.

Para el Volumen II/2024 de la “Revista Internacionalización del Derecho” se han seleccionado, luego de ser evaluados a través del procedimiento de doble referato ciego, tres trabajos que ciertamente cumplen con el objetivo de la Revista: “Algunas reflexiones sobre la definición de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación” obra de la profesora Roberta Marini de la Universidad de Roma “Tor Vergata”; “El estudio comparado de la historia del derecho como herramienta para la internacionalización de las ciencias jurídicas” del profesor Agustín Parise, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht de los Países Bajos; y, “La naturaleza de la legítima en el derecho peruano a través de las estrategias de protección del legitimario” del profesor Vincenzo Barba, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

La profesora Roberta Marini analiza en profundidad aspectos relevantes de definición de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación a la luz de la influen-

cia del “modelo” italiano y de la identidad jurídica Latinoamericana.

La obra del profesor Parise alerta al lector sobre la utilidad de analizar las dimensiones espacial e histórica ante la necesidad de comprender acabadamente la internacionalización de las ciencias jurídicas. Aborda el estudio comparado de la historia del derecho, elaborada sobre los dos pilares brindados por el derecho comparado y la historia del derecho, al tiempo que se presenta una conceptualización de la disciplina y ofrece perspectivas sobre su uso en el marco de la internacionalización de las ciencias jurídicas.

Explica justificadamente el profesor Barba que la legítima en el derecho peruano no constituye una *pars hereditatis*, sino una *pars bonorum* y que el ordenamiento peruano garantiza a los legitimarios su legítima preferentemente mediante el título de heredero, pero no siempre. Analiza la acción de preterición y la acción de reducción para concluir que resultan incompatibles con la idea de *pars hereditatis*. Concluye que, en Perú, la legítima se considera una verdadera *pars bonorum*, reflejando al legitimario como copropietario de los bienes hereditarios.

Resulta del mayor interés lo que se ha logrado para este número en el que una profesora italiana analiza la disciplina del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; un profesor argentino analiza la historia del derecho desde los Países Bajos y finalmente un profesor italiano analiza el derecho sucesorio peruano. Este enfoque demuestra, así también, la creciente internacionalización del derecho.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2473/2024

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

### Algunas reflexiones sobre la definición de Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación

2

Some thoughts on the definition of the Contract in the Civil Code and Commercial of the Nation



#### Roberta Marini

Doctora en Derecho por la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Profesora en la Universidad de Roma “Tor Vergata”. Directora del Centro de Latinoamericano de Estudios Legales, de la Universidad de la Universidad de Roma “Tor Vergata”.

### El estudio comparado de la historia del derecho como herramienta para la internacionalización de las ciencias jurídicas

4

Comparative legal history as a tool for the internationalization of legal science



#### Agustín Parise

Doctor en derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Derecho, Universidad Estatal de la Luisiana (EE. UU.). Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Maastricht (Países Bajos).

### La naturaleza de la legítima en el derecho peruano a través de las estrategias de protección del legitimario

7

The nature of the legal portion in Peruvian law through strategies of protection of the legitimate heir



#### Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho Civil - Universidad de Roma “La Sapienza”

# Algunas reflexiones sobre la definición de Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación (\*)

## Some thoughts on the definition of the Contract in the Civil Code and Commercial of the Nation



Roberta Marini



Doctora en Derecho por la Universidad de Roma "Tor Vergata". Profesora en la Universidad de Roma "Tor Vergata". Directora del Centro de Latinoamericano de Estudios Legales, de la Universidad de la Universidad de Roma "Tor Vergata".

**SUMARIO:** I. Observaciones preliminares.— II. La definición de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación: influencia del "modelo" italiano y "identidad jurídica" latinoamericana.— III. Reflexiones finales.

**Resumen:** La identificación del contrato con su fundamento consensual (el acuerdo) es una realidad de los derechos civiles actuales, estrictamente funcional al protagonismo reconocido a la autonomía privada. Este "modelo monolítico" es muy diferente de la "pluralidad de modelos" atestiguada por las fuentes romanas y tiene su fundamento histórico en dos momentos esenciales de relectura conceptual: el iusnaturalismo y la pandectística alemana. En este panorama, la nueva codificación argentina —también en diálogo con la italiana— se convierte a los ojos del estudio del derecho romano en un punto de reflexión histórico-dogmático privilegiado sobre la noción de contrato.

**Abstract:** Identifying the contract with its consensual foundation ("the agreement") is a reality of current civil rights, strictly functional to the recognized role of private autonomy. This "monolithic model" is significantly different from the "plurality of models" attested by Roman sources. It has its historical foundation in two essential historic moments of conceptual rereading: School of Natural Law and German pandectism. In this panorama, the new Argentine Codification —also in dialogue with the Italian one— becomes a privileged point of historical-dogmatic reflection on the notion of contract.

### I. Observaciones preliminares

El *Código Civil y Comercial de la Nación argentina*, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015 (1) en sustitución del anterior *Código Civil* de Dalmacio Vélez Sarsfield de 1869 (2), es

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Publicado aquí, en versión revisada para la prensa y acompañado de notas, el texto de las reflexiones realizadas en el seminario internacional "La codificación argentina: influencia europea y particularmente italiana", que tuvo lugar el 19 de octubre de 2023, en el "Centro de Studi Giuridici Latinoamericani" (CSGLA) de la Universidad de Roma Tor Vergata, en colaboración con el Máster de II nivel "Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei".

(1) Véase la *Presentación al Código Civil y Comercial de la Nación* realizada por el presidente de la *Comisión de Reformas* (decreto 191/2010, integrada por HIGHTON DE NOLASCO, Elena - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída), LORENZETTI, Ricardo Luis, contenida en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014.

(2) Sobre la citada codificación argentina, véase A. GUZMÁN BRITO, "La Codificación civil en Iberoamérica", *Siglos XIX y XX*, Santiago, 2000, ps. 446 y ss.

(3) Sobre la relación entre códigos y tiempo, es fundamental CARDILLI, R., *Nuovo Codice argentino e Sistema Giuridico Romanistico*, en R. CARDILLI, R. - ESBORRAZ, D. F., *Nuovo Codice Civile Argentino e Sistema Giuridico Latinoamericano*, Milano, 2017, ps. 766-768.

(4) Tanto es así que, como se viene informando desde hace mucho tiempo en la doctrina, la autonomía privada representa esencialmente la "única e vera fonte di obbligazioni" como ASTUTI, G., s.v. *Contratto (Diritto intermedio)*, en ED, IX, Milano, 1961, p. 760. Ahora capta perfectamente el "rinnovato slancio" de la autonomía privada en un sis-

a todos los efectos y por diversas razones una codificación "hija de su tiempo" (3).

Desde el punto de vista específico del tema de la noción de contrato, es significativo observar cómo el *Código actual* hace una elección importante de política del derecho como la —generalizada y probada en el ámbito de los derechos civiles actuales— de reconocer al acuerdo contractual una aplicación de campo amplio, no limitada a la función de "crear" sino también a la de "regular, modificar, transmitir o extinguir las relaciones jurídicas patrimoniales", como lo prevé, expresamente, el art. 957 del Cód. Civ. y Com. argentino (año 2015).

Este planteamiento [el art. 1321 del Cód. Civil Italiano (año 1942) es un modelo perfecto] representa una herramienta estrictamente funcional para el protagonismo de la voluntad privada en los derechos actuales (4).

La elección realizada no tiene poca importancia, especialmente si se compara con el enfoque anterior, y llega a adquirir un valor significativo a los ojos del estudioso del derecho romano por diferentes razones.

En primer lugar, porque es resultado de diversos momentos de relectura histórica que, aunque con aportaciones diferenciadas, condicionaron ideológicamente su surgimiento dentro de la tradición civil fundada en el derecho romano.

En este proceso es bien conocido el papel tanto de las doctrinas del derecho natural (5) como del sistema de derecho privado desarrollado por la pandectística alemana (6).

tema económico globalizado, IUDICA, G., *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in *Derecho moderno, Liber Amicorum Marcos M. Córdoba*, II, Santa Fe, 2014, ps. 27 y ss.

(5) Véase, emblemáticamente, GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Parisiis 1625 (rist. Aalen, 1993), Lib. II, Caput, XI *De promissis*, p. 326 y ss.; Sobre este punto, permítanme referirme a lo especificado recientemente en MARINI, R., *Consensus e contractus tra continuità terminologica e discontinuità concettuale*, in CARDILLI, R. - FORMICHELLA, L. - MARINI, R. - SANGERMANO, F. (a cura di), *Aspetti e problemi dell'autonomia negoziale tra continuità terminologica e discontinuità concettuale. Dialogo interdisciplinare*, Torino, 2024, ps. 29 y ss.

(6) En el que se relee el contrato a través del lente del negocio jurídico bilateral. Sobre la metodología de la relectura pandémica del derecho romano, véase CARDILLI, R., *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, en HAFERKAMP, H. P. - REGEN, T. (Hg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?*, Tubinga, 2017, ps. 83-99.

(7) Cabe señalar que el artículo fundamenta la definición de obligación con la de contrato, sacrificando la primera en favor del segundo y consagrando así un enfoque conceptual que se expresará de diferente manera en la tradición jurídica posterior; sobre la recuperación del esquema jurídico de la *obligatio* como una de las máximas expresiones de la ciencia jurídica romana, para todos CARDILLI, R., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016.

(8) Como es sabido, el derecho contractual francés modificado recientemente (año 2016) el citado artículo en el sen-

Dentro de la tradición de los códigos, ciertamente debe recordarse el texto del art. 1101 del *Code Napoléon* de 1804 ["une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose" (7)] que al definir el contrato como "une convention" marcará, de manera casi indisoluble, el vínculo estructural del contrato con su fundamento consensual, conservando al mismo tiempo una relevancia exclusivamente constitutiva en cuanto a sus efectos (8).

Pese a ello y a pesar de la formulación literal del citado artículo, este será, desde los primeros comentaristas del *Code*, entendido en un sentido "amplio".

Emblemática, en este sentido, es la crítica al art. 1101 de uno de los máximos exponentes de la *École de l'exégèse*, Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854), que estigmatizó el planteamiento —profundamente inexacto a su juicio— entre la definición del "contrat" como "une convention" y luego la delimitación de los efectos de estos al perfil constitutivo únicamente.

"La définition que cet article donne du contrat, et qui lui aurait convenu (à peu près) autrefois, est profondément inexacte et beaucoup trop étroite dans le système du Code, qui a élargi singulièrement le sens du mot contrat, et l'a fait devenir synonyme du mot convention [...] d'après le système du Code, on appelle contrat, ou convention, l'accord arrêté entre plusieurs personnes, soit pour former une ou plusieurs obligations, soit pour éteindre ou modifier des obligations déjà existantes, soit enfin pour opérer un transport immédiat de propriété ou de droits" (9).

tido de que "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations"; destaca rápidamente la "significativa sostituzione dell'originario 'convenzione'" con "accordo di volontà", CARDILLI, R., *Considerazioni conclusive: il negozio giuridico nella storia*, in CARDILLI, R. - FORMICHELLA, L. - MARINI, R. - SANGERMANO, F. (a cura di), *Aspetti e problemi dell'autonomia negoziale tra continuità terminologica e discontinuità concettuale. Dialogo interdisciplinare*, Torino, 2024, p. 195 nt. 16.

(9) Véase V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence* (7e édition augmentée de plusieurs questions et des lois et arrêts récentes), IV, Paris, 1873, 352 y ss. Sobre este punto, permítanme referirme a lo observado en MARINI, R., *Contrarius consensus*, Milano, 2017, ps. 167 y ss.

(10) Hecho para caer dentro de la formulación amplia de "regular", cf. por ejemplo RESCIGNO, P. (a cura di), *Codice civile*, Milano, 2022, I (art. 1-1677), con il coordinamento di CIRILLO, G. P. - CUFFARO, V. - ROSELLI, F., ps. 2515 y ss.

(11) Como no lo habían hecho los códigos civiles anteriores a la unificación, ver. MARINI, R., *Consensus e contractus tra continuità terminologica e discontinuità concettuale*, ob. cit., p. 31 nt. 9.

(12) Es difícil creer que las doctrinas de la *École de l'exégèse* pudieran haber tenido un peso insignificante en este enfoque. Según G. TARELLO, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 98 "la prima generazione civilistica dell'Italia unita può considerarsi come una sorta di appendice della Scuola dell'Esegesi".

(13) Se hace excepción, por la sustitución de la referen-

Sin embargo, habrá que esperar al *Código Civil Italiano* (año 1865) para ver la eficacia extintiva y modificatoria del acuerdo incluido en la definición de contrato (10).

El "Codice Pisanelli", aunque generalmente atento y respetuoso de las opciones dogmáticas contenidas en el *Código Civil Francés* (año 1804), se desviará de ellas en este punto específico (11), optando por codificar una noción de contrato que lo identifique con su fundamento consensual, pero que reconoce explícitamente los mismos efectos que no solo son constitutivos de la obligación.

Art. 1098 del Cód. Civil Italiano/1865 "Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico" (12).

Este planteamiento, reproducido sin cambios significativos en el art. 1321 del actual Cód. Civil Italiano (año 1942) según el cual "il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" (13), representará "un modelo" a este respecto nunca verdaderamente abandonado en las codificaciones civiles, en Europa y más allá (14).

Los datos relevados no están exentos de consecuencias ya que evidentemente implican una ampliación del perímetro contractual (15), por lo que es adecuado incluir en él también figuras jurídicas no necesariamente imputables al ámbito contractual, como por ejemplo la del "mutuo disenso", que es una institución jurídica que tiene sus raíces en el derecho romano "contrarius consensus" pero que en la experiencia jurídica romana nunca

cia a la noción romana de 'vincolo giuridico' (que evoca la definición contenida en l. 3.13 pr. "Obligatio est iuris vinculum...") por la de "relazione giuridica patrimoniale" que es evocado en la reflexión del jurista la solución alemana del "Rechtsverhältnis" surgida en SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840 (rest. anast. Aalen 1981), p. 309.

(14) Un ejemplo significativo de este enfoque es el art. 464 del reciente CcRPC/2021 según el cual "Il contratto è l'accordo diretto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico tra soggetti di diritto [...]" (tomo prestada aquí la traducción de MEILING HUANG contenida en el *Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese*, editado por O. DILIBERTO, O. - DURSI, D. - MASI, V, Pisa, 2021, p. 105), de manera sustancialmente similar a lo que señala el art. 2 de la *Legge sui contratti* de 1999 decía ("Ai fini di questa legge per contratto si intende un accordo per costituire, modificare o estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, in qualità di soggetti paritari", como prestada aquí la traducción contenida en FORMICHELLA, L. - TOTI, E., (ed.), *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. Legge sui contratti*, Torino, 2002. Para una correcta comprensión de las peculiaridades del derecho privado chino y de su desarrollo histórico, es importante el análisis de S. Porcelli, Hettong y contractus. *Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020.

(15) La orientación "ideológica" que la doctrina autorizada ha comprendido desde hace mucho tiempo, véase vd. DE NOVA, G., en SACCO G. - DE NOVA, R., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 730 que destaca la

fue arrastrado al “contrahere”, permaneciendo en el ámbito de la “pacisci” (16).

De hecho, de la reflexión sobre el tema contractual de la jurisprudencia romana emerge una particular complejidad y riqueza de construcciones conceptuales que no pueden superponerse a las experiencias jurídicas modernas que parecen proyectadas hacia un “modelo monolítico”.

Aunque la experiencia jurídica romana se caracterizó por un sistema contractual muy típico (17) en el que el *contractus* era instituido por los juristas en el marco sistemático de las fuentes de las obligaciones (18), esto no les privó de una fructífera reflexión sobre el complejo tema de la noción general de contrato perfectamente insertado —como se sostiene con autoridad (19)— dentro de la dialéctica *synallagma* y *conventio* (reciprocidad y acuerdo) y nunca allanado en la identificación de esta con su único componente consensual (20).

## II. La definición de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación: influencia del “modelo” italiano y “identidad jurídica” latinoamericana

Recientemente se ha aceptado en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina una noción de contrato —evocadora del modelo descrito hasta aquí— que reconoce su amplia y no solo constitutiva eficacia, que en este punto difiere del anterior Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

Como es sabido, el *Código Civil* del año 1869 contenía en el art. 1137 una definición de contrato según la cual “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

En la *nota* correspondiente al artículo citado (21) la primera referencia es evidentemente a las ideas desarrolladas por Savigny en su *Sys-*

*tem des heutigen römischen Rechts* (22), aunque Vélez en la misma nota se cuida de precisar cómo el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) “es más claro en la materia” (23) al decir que “habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios” (24).

Aún más abajo en la nota considerada se hace referencia a Ch. Mayns (“contratos son aquellas manifestaciones de voluntad, que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones”) y a Domat.

Pese a la ley romana a la que se refiere el caso del art. 1137 es la conocida fuente de Ulpianus en la que se recuerda la teoría de la “inderogabilidad de la *conventio*” en Pedius (D.2.14.1.3 Ulp. l. 4 ad ed.) (25) emerge en los argumentos del gran jurista y codificador argentino la conciencia de que “los jurisconsultos distinguen los contratos de los convenios, aun cuando en el uso común llaman convenios a los contratos” en esta perspectiva “todo contrato es un convenio; sin embargo, no todo convenio, aunque tenga efectos civiles, es un contrato” ya que “la palabra convenio es un término genérico, que se aplica a todo tipo de negocio o cláusula que las partes tengan en mente”; tal como dice la Ley Romana.

Es decir, Vélez parece tener una comprensión clara de la relación que caracteriza *conventio* y *contractus*, hasta el punto de no nivelar este último con el primero y demostrar así una correcta interpretación de la fuente ulpiana referida.

Sin embargo, al igual que ocurrió en otras experiencias ya mencionadas y más allá del dato literal codificado, la noción de contrato contenida en el art. 1137 “con una formulazione solo aparentemente amplia” (26) ha sido objeto de una interpretación “ampliada” por la doctrina (27) y la jurisprudencia (28), encaminada a reconocerle una función que no es

exclusivamente constitutiva de obligaciones. Es evidente que, como consecuencia de esta interpretación, no resulta difícil reconocer al “distracto” según el art. 1200 del Cód. Civil argentino (año 1869) (“Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza”) el papel del “acto jurídico bilateral extintivo de obligaciones” al que “todas las disposiciones de la ley relativas a los actos jurídicos, y sea por analogía, o sea por considerarlo también un contrato, las de los contratos en general” (29).

Junto a este enfoque, sin embargo, no faltaron interpretaciones que abogaban por un ámbito de aplicación “más estrecho” del perimetro contractual limitado exclusivamente al perfil constitutivo (30).

Por otro lado, y esto también hay que subrayarlo, la interpretación sustancial que realiza la doctrina y jurisprudencia argentina del citado art. 1137 de la Cód. Civil argentino (año 1869) se ubica dentro de un debate más amplio y antiguo sobre los “límites” para atribuir al ámbito de aplicación del contrato (31) y, en particular, a la oportunidad de reconocer a este una capacidad amplia y no exclusivamente generativa, reconocida como más adecuada y coherente a las necesidades jurídicas de nuestras sociedades (32).

Tan cierto es esto que el Código Civil y Comercial argentino aborda claramente este punto, que en el art. 957 establece: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

En realidad, este enfoque ya se encuentra en el art. 899(a) del Proyecto de Reformas al Código Civil del año 1998, que definió el con-

trato como “acto jurídico mediante el cual dos o más partes demuestran su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

La influencia del “modelo” contractual italiano tuvo una relevancia inesperada en esta elección (33). A diferencia de los anteriores proyectos de reforma del *Código Civil* (34), el Proyecto del año 1993 de la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo Nacional (P1993PEN) ya proponía sustituir la definición allí contenida calificando el contrato como “[...] el acto jurídico bilateral que considera constituir, regular o extinguir inmediatamente las relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 850) para luego precisar en una *nota* cómo el “texto propuesto sigue la orientación del art. 1321 del Código italiano y coincide con la posición de importante doctrina nacional”.

## III. Reflexiones finales

Al final de estas breves reflexiones me parece que es posible llamar la atención sobre dos aspectos en particular.

El primero es el hecho no evidente sino a veces obliterado, por el cual la elección de reconocer o no el contrato con un amplio campo de aplicación, encaminado no solo a la creación sino también a la modificación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, es evidentemente una elección de política del derecho, que fue [para la experiencia jurídica italiana con el Código Civil (año 1865) y con el actual Código Civil (año 1942)], y es [para la experiencia jurídica argentina con el Código Civil y Comercial (año 2015)], perfectamente adaptada y funcional al rol reconocido al esquema contractual —como el primer y más importante acto jurídico— dentro del derecho actual. En esto no hay duda de que las experiencias jurídicas de los dos países (en este punto como en muchos otros aspectos) pueden considerarse similares.

“lectura ideológica” que nos empuja a considerar el disenso mutuo como un contrato.

(16) Sobre este punto, permítanme referirme a lo que había observado en MARINI, R., *Contrarius consensus*, ob. cit., ps. 167 y ss., sobre el importante “cambio de paradigma” que afecta a la tradición civil basada en el Derecho romano en este punto.

(17) Sobre el punto esencial GROSSO, G., *Il sistema romanom dei contratti*, 1945, I ed., Torino.

(18) Ver D. 46.3.80 Pomp. l. 4 ad Q. *Muc. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest, y el enfoque desarrollado en la corriente institucional que ve el conocido paso en términos de fuentes de obligaciones de una simple bipartición (Gai. 3. 88 *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*) a una tripartición (D. 44. 7. 1 pr. -1 Gaius l. 2 *aur. Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. 1. Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*) y finalmente a una cuatripartición (l. 3.13.2 *Sequens diuisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus*); a punto para todos GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, ps. 1-27 (Cap. I “Il *contractus* nella sistematica delle fonti delle obbligazioni”).*

(19) Sobre este punto para todos GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino, 1992. Para una perspectiva histórica de la dialéctica que dentro de la noción de contrato tiende a favorecer respectivamente la “conventio” o la “synallagma”, cuyo principio se puede encontrar respectivamente en Pedius D. 2.14.1.3 Ulp. l. 4 ad ed.: [...] *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum*

*esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est, y en Labeo D. 50.16.19 Ulp. l. 11 ad ed. [...] contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem [...].*

(20) Sobre la “sineddoche” utilizada en materia contractual para todos SACCO, R., *Il contratto, in VASSALLI, F.*, (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1975 y MONATERI, P. G., *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.

(21) Sobre las ‘Notas’ de Vélez al Código Civil Argentino, véase MOISSET DE ESPANÉS, L., “Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino”, en *Studi Sassaresi, V. Derecho Romano. Codificaciones y sistema jurídico latinoamericano*, Milán 1981, 445 y ss.; OSVALDO COBAS, M. - ZAGO, J. Alberto, “La influencia de las ‘Notas’ del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latinoamericano”, en Schipani, S. (ed.), (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, ps. 141 y ss.

(22) La referencia es al tercer volumen, §140 [ver en la obra original SAVIGNY, F. C., *System des heutigen römischen Rechts*, III, §140, (309)], que el Codificador argentino había utilizado en la traducción al francés realizada por Ch. Guenoux; sobre la bibliografía consultada por D. Vélez Sarsfield durante la elaboración del Código Civil Argentino (1869), cf. VÁZQUEZ, H. - MICIELI, L. - BAZÁN, M. E., - CALVO LEAL, M. A., “El Derecho romano en la Biblioteca del Dr. Vélez Sarsfield”, Córdoba, 1998.

(23) Véase LLAMBIAS, J. J. - ALTERINI, A. A., “Código civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia”, (Arts. 1137 a 1433 - *Contratos en general, Sociedad conyugal, Compraventa*), Buenos Aires, 1982, t. 3, vol. A, p. 12.

(24) Véase Esboço, art. 1830: *Haverá contrato quando duas ou mais pessoas gação, ou obrigações recíprocas, a que correspondem direitos creditorios; ou a modificação de tais obrigações.*

(25) Ulp. l. 4 ad ed. *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius*

*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

(26) Así SCHIPANI, S., *Le definizioni del contratto nel sistema giuridico latinoamericano*, en CARPINO, B. (a cura di), *Scritti in onore Giovanni Galloni*, II, Roma, s.d., p. 1119 para la cita y sobre el punto en general ps. 1119 y ss., donde se destaca claramente cómo si bien el art. 1137 se refiere de manera general a “reglar sur derechos”, la nota pertinente en la que Vélez luego “precisa la diferencia tra ‘convenzione’ e ‘contratto’ con citazioni di Savigny, Freitas, Aubry-Rau e Durandon, e il dato sistematico costituito dall’epigrafe della Sezione e della materia effettivamente trattata” nos hacen creer que el contrato es solo el que genera obligaciones (p. 1120 nt. 61).

(27) Véase a modo de ejemplo lo observado en MOSSET ITURRASPE, J., “Contratos”, Santa Fe, 1998, p. 48: “todo lo destinado a producir efectos jurídicos, a regular derechos, es contrato: es preciso que el objeto sea susceptible de opresión pecuniaria (art. 1169), lo que lo limita al ámbito patrimonial, en el ámbito de la obligación (art. 1168), con el alcance de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar tales relaciones jurídicas con los acreedores (art. 944). Quedando excluye la posibilidad de establecer o transmitir, inmediatamente, relaciones jurídicas reales (art. 577 y conscs.)”, en el mismo sentido entre otros LORENZETTI, R. L., “Tratado de los contratos. Parte General”, Santa Fe, 2004, 170 y ss. Por otra parte, ya RIPERT, G. - BOULANGER, J., “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, IV-1”, Buenos Aires, 1964, § 55, 50 y ss. “El contrato tiene por efecto la creación, transformación, transmisión o extinción de una obligación”.

(28) Véase, a modo de ejemplo, la sentencia de 31 de julio de 1973 de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en la que se especifica como “Por contrato” debe entenderse como “el acto jurídico bilateral y patrimonial que se realiza en presencia de dos partes, que formula una declaración de voluntad común directamente relacionada con relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”, ver El Derecho, Buenos Aires, 1973, t. 49, p. 483 y ss.

(29) Véase LVALLE COBO, J. E., en BELLUSCIO, A. C. - ZANNONI, E. A. (ed.), “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, notado y concordado”, Buenos Aires, 1984, Tomo V, Autores, p. 947.

(30) Véase, a modo de ejemplo, LAFAILLE, H., “Tratado de los contratos”, Buenos Aires, 1953; ABELANDA, C. A., “Teoría general de los contratos”, Corrientes, 1984. Este planteamiento “más estrecho” tiene sus raíces en el derecho romano, como también lo ha señalado la doctrina autorizada, cf. LVALLE COBO, J. E., en BELLUSCIO, A. C. - ZANNONI, E. A. (ed.), “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, notado y concordado, V”, ob. cit., p. 947; ALTERINI, A. A. - AMEAL, O. J. - LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Buenos Aires, 1997, p. 652 (“Pensamos que el contrato a que se refiere el Libro II, Sección III del Código Civil es *generador de obligaciones*”).

(31) Al respecto, véase lo señalado en relación con la doctrina argentina en ALTERINI, A. Aníbal, “Contratos, civiles-comerciales-de consumo. Teoría general”, Buenos Aires, 1998, ps. 8-9, quien distingue una *tesis amplia* (según la cual “mediante el contrato es posible crear, modificar, transferir o extinguir cualquier clase de derecho patrimonial”, p. 8), una *tesis restrictiva* (“considerar...que el contrato sólo tiene la capacidad de crear obligaciones”, p. 9) y una tesis intermedia (por la cual “el contrato no sólo puede crear, sino también modificar, transferir o extinguir obligaciones, pero no otros derechos patrimoniales”, p. 9).

(32) Permítanme referirme a lo que había observado en MARINI, R., *Il contrarius consensus nel diritto latinoamericano*, en CARDILLI, R. - ESBORRAZ, D. F. (a cura di), *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano, 2017, ps. 503 y ss.

(33) Por otra parte, Fernando Hinestrosa, ya en julio de 1998, observaba cómo “las actuales tendencias legislativas, expresadas en los códigos vigentes: el Código de Comercio de Colombia, el de Bolivia, el Código Civil del Perú, el Código Civil del Paraguay, las reformas y proyectos de reforma del Código Civil de Argentina, denotan una orientación y postura similar, por decisiones uniformes, espontáneas —tal vez esta aproximación al modelo del Código Civil italiano de 1942 no haya sido concertada—, pero no por nada menos evidente”, como HINESTROSA, F., “Liminar”, en *El contrato en el Sistema jurídico latinoamericano, Bases para un código latinoamericano Tipo*, Bogotá, 1998, p. 2.

(34) Para los diferentes proyectos ver ESBORRAZ, D. F., “Los alcances del contrato en el subsistema jurídico latinoamericano”, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 33/2012, p. 245, nt. 216.

El segundo tampoco es obvio, pero muchas veces poco considerado, por lo que, sí es cierto que este nuevo Código opta por codificar una noción “amplia” de contrato en términos de efectos, lo devuelve al género

(35) Ya había utilizado eficazmente, en relación con la experiencia jurídica latinoamericana, la categoría de “definición por género próximo y diferencia específica”, SCHIPANI, S., *Le definizioni del contratto nel sistema giuridico latinoamericano*, ob. cit., p. 1098 [“Numerosi codici civili latinoamericani formulano esplicitamente una definizione sintetica del contratto per genere prossimo e differenza specifica, e questa riguarda i presupposti e/o gli effetti, relativi al tipo di vicenda del rapporto giuridico a cui dà luogo (costituire, modificare, regolare, estinguere) e/o al tipo di rapporto giuridico interessato (diritto reale, obbligazione)”].

del “acto jurídico”, al que el contrato como especie pertenece (35).

Este enfoque, que no es nuevo dentro del derecho contractual latinoamericano — pensemos,

(36) “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”, sobre lo que ahora CARDILLI, R., *Considerazioni conclusive: il negozio giuridico nella storia*, ob. cit., p. 194, nt. 14, que identifica “il modello archetipico definitorio” del contrato como acto jurídico bilateral precisamente en el *Código Civil* chileno de Andrés Bello.

(37) Véase D. 50.16.19 Ulp. *I.11 ad ed. Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in sti-*

por ejemplo, en el art. 1438 de CcCh/1855 (36)— cobra un valor particular a los ojos del estudioso del derecho romano al evocar la conocida *definición* de contrato de Labeo (37) y convertirse en uno de los “elementos de resistencia” (38) recu-

*pulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*, sobre este punto son fundamentales las aclaraciones de Filippo Gallo “Così facendo, Labeone inaugurò una tendenza variamente sviluppatasi, ma mai venuta meno nella posteriore tradizione romanistica: ancora oggi, nella nostra e in altre esperienze, il contratto è, tra gli atti giuridici, la figura eminente nel codice e nella elaborazione dottrinale”, F. GALLO, F., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare, in Roma e America. Diritto romano comune*, 7, 1999, p. 23.

rrentes del derecho romano dentro del derecho latinoamericano.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2476/2024

(38) Sobre este aspecto fundamental CATALANO, P., “Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano” (Informe presentado en el Foro Científico sobre “Identidad y América Latina: instituciones, migraciones, culturas. Miradas europeas y sus críticas-XI Asamblea CEISAL- Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina, publicado en Viena, el 22 de octubre de 1987), en *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano. II. Problemi di diritto commerciale* (CNR, Progetto Italia-América Latina), Sassari, 1990, ps. 1-17; *Idem, Diritto e persone*, I, *Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, ps. 121 y ss.

# El estudio comparado de la historia del derecho como herramienta para la internacionalización de las ciencias jurídicas (\*)

## Comparative legal history as a tool for the internationalization of legal science



Agustín Parise

Doctor en derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Derecho, Universidad Estatal de la Luisiana (EE. UU.). Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Maastricht (Países Bajos).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Marco proporcionado por la internacionalización de las ciencias jurídicas.— III. Herramienta proporcionada por el estudio comparado de la historia del derecho.— IV. Perspectiva proporcionada por el uso de la herramienta en el marco específico.— V. Reflexiones finales.

**Resumen:** Esta nota alerta al lector sobre la utilidad de analizar las dimensiones espacial e histórica ante la necesidad de comprender acabadamente la internacionalización de las ciencias jurídicas. En primer lugar, la nota contextualiza la internacionalización de las ciencias jurídicas. En esa parte se brinda atención a la globalización y a la circulación de paradigmas legales. En segundo lugar, la nota aborda el estudio comparado de la historia del derecho. Allí se elabora sobre los dos pilares brindados por el derecho comparado y la historia del derecho, al tiempo que se presenta una conceptualización de la disciplina. En tercer lugar, la nota ofrece perspectivas sobre el uso de la disciplina en el marco de la internacionalización de las ciencias jurídicas, compartiendo algunos de los desafíos y los beneficios de esa herramienta.

**Abstract:** This note alerts readers on the usefulness of analysing the spatial and historical dimensions in light of the need to fully understand the internationalization of legal science. First, the note contextualizes the internationalization of legal science. In this part, attention is devoted to globalization and to the circulation of legal paradigms. Second, the note addresses comparative legal history. There, attention is devoted to the two pillars provided by comparative law and

legal history, while offering a conceptualization of the discipline. Third, the note shares perspectives on the use of the discipline within the framework provided by the internationalization of legal science, sharing some of the challenges and benefits of this tool.

**Palabras clave:** Derecho comparado, globalización, historia del derecho, paradigmas legales.

**Key words:** Comparative law, globalization, legal history, legal paradigms.

### I. Introducción

Las ciencias jurídicas experimentan un proceso de internacionalización. Ese proceso puede visualizarse mediante el uso de diversas herramientas y contemplando múltiples perspectivas. Hay una necesidad de “conocer[se] más” y de involucrarse en una “labor interdisciplinaria de evaluación”, tal como sostuvo Héctor Alegria, ya en el año 2013 (1). El estudio comparado de la historia del derecho es una de las herramientas que se encuentran a disposición del jurista para estudiar el proceso de internacionalización a través del tiempo y del espacio.

Esta nota se divide en tres partes y responde a la necesidad de adquirir conocimiento y de forjar una labor interdisciplinaria a través

del tiempo y del espacio. En primer lugar, se propone contextualizar la internacionalización de las ciencias jurídicas. En esa parte se brinda atención a la globalización y a la circulación de paradigmas legales. En segundo lugar, se aborda el estudio comparado de la historia del derecho. Allí se elabora sobre los dos pilares brindados por el derecho comparado y la historia del derecho, al tiempo que se presenta una conceptualización de la disciplina. En tercer lugar, se ofrecen perspectivas sobre el uso de la disciplina en el marco de la internacionalización, compartiendo algunos de los desafíos y los beneficios de esa herramienta. Ante todo, esta nota alerta al lector sobre la utilidad de contemplar la dimensión espacial e histórica del derecho ante la necesidad de comprender acabadamente el fenómeno de la internacionalización.

### II. Marco proporcionado por la internacionalización de las ciencias jurídicas

La internacionalización requiere una aproximación que no se limite al ámbito local y vernáculo, prestando especial interés por conocer el estado de las ciencias jurídicas incluso en períodos pretéritos. La internacionalización de las ciencias jurídicas se explica como parte de un movimiento mayor que abarca el fenómeno de la globalización. Asimismo, el contexto brindado por la internacionalización es

palpable cuando se estudia la circulación de paradigmas legales.

#### II.1. Globalización

La globalización se ha extendido desde la economía alcanzando la cultura, política, ciencia, tecnología, ideología y el derecho (2). Este fenómeno afecta al derecho y motiva esfuerzos de armonización (3). La armonización por su parte requiere coordinación de políticas entre jurisdicciones: requiere cooperación (4). La armonización es exitosa cuando se alcanza un grado de acuerdo entre las disposiciones de las distintas jurisdicciones (5). Se ha afirmado —ya hace un tiempo— que el mundo se está convirtiendo en una aldea global, como defendió el filósofo canadiense Marshall McLuhan (6). Si bien en ocasiones se considera que “globalización” es un término genérico que todo lo abarca (7), no debe negarse que el contexto actual requiere soluciones que brinden una *lingua franca* para las relaciones jurídicas (8). Se torna necesario dejar atrás la aproximación tradicional conforme la cual las ciencias jurídicas deben ser consideradas puramente nacionales, ignorando lo que sucede en otras latitudes (9) y tiempos. En efecto, está surgiendo un régimen mundial de abogados académicos, tal como sostuvo en el año 1998 Ole Lando (10). En un mundo tan influenciado por la globalización, se torna imperioso manejar con holgu-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Esta nota incorpora aspectos presentados por el autor en PARISE, A., “Comparative Legal History”, en SMITS, J. M. et al. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2023, 2ª ed., p. 357; MAROTTA, J. - PARISE, A., “El aprendizaje basado en problemas (ABP) en la educación jurídica y su aplicación en un ámbito multicultural”, *Revista Academia*, 2022, 19:38, p. 115; PARISE, A., “Legal Education in Argentina: A Plea for Comparative Law in a Multicultural Environment”, *Louisiana Law Review*, 2021, 81, p. 1275; PARISE, A., “Armonización del derecho privado en Amé-

rica Latina y el afloramiento de códigos de tercera generación”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 2021, 60, p. 363; PARISE, A., “Derecho comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, en ABERASTURY, P. (coord.), *Estudios de Derecho Comparado*, Eudeba, Buenos Aires, 2016, p. 181; y PARISE, A., *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions: Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th Centuries)*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017.

(1) ALEGRIA, H., “El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica”, *LA LEY*, 2013-C, 1020.

(2) ALTERINI, A. A., “¿Hacia un geoderecho?”, *LA LEY*, 2005-E, 1258.

(3) PEREÑA VICENTE, M., “Unificación del derecho contractual: convergencia de los principios UNIDROIT y de los principios del derecho europeo de contratos”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005, 8, p. 115.

(4) DREYZIN DE KLOR, A., “Hacia el ordenamiento jurídico del Mercosur”, *LA LEY*, 1996-C, 1189.

(5) ALTERINI, A. A., “Derecho internacional de los contratos”, *LA LEY*, 2009-A, 671.

(6) Véase, en general, MCLUHAN, M., *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of

Toronto Press, Toronto, 1962. Véase también PAMPILLO BALIÑO, J. P., “La integración jurídica americana. Génesis, desenvolvimiento y futuro”, *La Ley - Suplemento Actualidad*, 25 de septiembre de 2014, p. 1.

(7) PARISE, A., “Private International Law and the Challenge of Uncontested Dogmas”, en PARISE, A. y POPOV, E. (eds.), *Globalisation and Private International Law*, Publishing Group Jurist, Moscú, 2019, p. 117.

(8) ALTERINI, *supra* nota 5.

(9) ALTERINI, *supra* nota 5.

(10) LANDO, O., “Homo Judicans”, *Uniform Law Review*, 1998, 3, p. 537.

ra el derecho comparado (11) y la historia del derecho. Es decir, el jurista debe poder circular a través del tiempo y del espacio, sobre la coordenada horizontal (x) y la coordenada vertical (y).

El derecho es un fenómeno social, cultural y vital que opera en una realidad dada (12). Sin embargo, las diversas jurisdicciones no se encuentran ajenas al fenómeno de la globalización en el área del derecho (13), y por ello los abogados se ocupan asimismo de relaciones transnacionales (14). Los abogados querrán adaptarse a la interacción de sistemas jurídicos y para ello necesitarán aprender a interactuar en un ámbito multicultural (15). Conocerán las reglas y deberán adaptar su interpretación a las nuevas situaciones que se gestarán en un contexto social globalizado (16). Los abogados, así, se familiarizarán con otras formas que regulan el comportamiento humano: ¡serán abogados *sans frontières!* (17).

La educación jurídica en las facultades de derecho debe adoptar una cosmovisión que incluya la internacionalización. Debe liberarse en el currículo académico un espacio necesario para el desarrollo de cursos sobre derecho comparado, historia del derecho y, naturalmente, derecho internacional (incluyendo las vertientes pública y privada, cuya distinción pierde fuerza). Los modelos educativos se basan en una matriz de condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que requieren atención a la luz de la globalización (18). La globalización ha desencadenado una mayor interacción entre las naciones, exigiendo más cursos comparativos, históricos e internacionales a nivel local, para poder desencadenar un diálogo entre actores (19). Mónica Pinto correctamente indicó que “este contexto global requiere personas capacitadas para enfrentar la diversidad, sensibles a las particularidades locales, pero sin perder la perspectiva propia y global” (20). Asimismo, Graciela Medina agregó que el derecho comparado enriquece el abanico de soluciones posibles a los conflictos internacionales existentes e incluso fortalece el entendimiento entre jurisdicciones (21). Sin embargo, el derecho comparado —y vale añadir la historia del derecho y el derecho internacional— no debe considerarse meramente una vitrina con disposiciones, ya que debe ayudar a comparar y evaluar las diferentes interpretaciones (22).

## II.2. Circulación de paradigmas legales

Las ciencias jurídicas responden a las necesidades de la sociedad. La circulación de

paradigmas legales ayuda a visualizar esa respuesta a lo largo del tiempo y del espacio, así advirtiendo sobre la internacionalización de las ciencias jurídicas.

Un paradigma, tal como lo define el *Oxford English Dictionary*, es “un modelo conceptual o metodológico subyacente a las teorías y prácticas de una ciencia o disciplina en un momento determinado; [Por lo tanto ofrece] una visión del mundo generalmente aceptada” (23). La conceptualización de los paradigmas legales se deriva de los conceptos más genéricos de paradigmas científicos utilizados por la filosofía de la ciencia. Thomas S. Kuhn presentó ideas revolucionarias, y actualmente fundamentales, sobre los paradigmas científicos en su obra *The Structure of Scientific Revolutions* (año 1962) (24). Conforme Kuhn, un paradigma científico —referido por parte de la literatura como modelo, *Leitbild* o arquetipo— (25) es un logro “lo suficientemente inédito como para alejar de los modos competitivos de actividad científica a un grupo duradero de adherentes” (26), y es lo “suficientemente abierto como para permitir que un grupo redefinido de intereses pueda resolver todo tipo de problemas” (27). Una revolución científica da lugar a la generación de un modelo consensual que modifica la perspectiva histórica de una determinada comunidad científica (28). Un paradigma científico invita a un consenso sobre una suposición que permite concebir un problema, y al mismo tiempo concebir argumentos y soluciones para hacer frente a ese problema (29).

Los paradigmas legales son bienvenidos por la narrativa jurídica. El trabajo de Kuhn fue utilizado por parte de la comunidad científica como medio para entender las ciencias jurídicas (30) mientras otros notaron que el modelo de Kuhn no resultaba aplicable (31). Una mirada a los paradigmas dentro del ámbito del derecho, sin embargo, requiere el estudio de *cómo*, en un momento y lugar determinados, los ordenamientos legales se ven afectados por la interacción social (32). Aquí el tiempo y el espacio, a la luz de la internacionalización, toman especial protagonismo. Los paradigmas, en el ámbito jurídico, pueden lidiar con una doctrina o dogma amplio en combinación con las ideologías imperantes en una sociedad determinada (33). Estos proporcionan soluciones a problemas específicos en momentos y lugares específicos, al tiempo que han logrado reconocimiento entre juristas (34). Un paradigma legal puede entonces definirse como un valor o concepto que es compartido por una comunidad jurídica en momento

y lugar determinado (35). La circulación de paradigmas legales —en el marco de la internacionalización— puede entenderse mejor mediante el uso del estudio comparado de la historia del derecho. El diseño a lo largo de la coordenada horizontal (x) y la coordenada vertical (y) puede ayudar a rastrear la movilidad, tal como observó Esin Örüçü (36).

## III. Herramienta proporcionada por el estudio comparado de la historia del derecho

El estudio comparado de la historia del derecho ofrece formas de desarrollar las ciencias jurídicas en el marco de una palpable internacionalización. Ese tipo de estudios evolucionan de manera desigual en las diferentes partes del mundo. Los escenarios, los contextos y la eventual producción académica naturalmente difieren cuando los estudios se centran en África, Asia, Australia, Europa o América, o en una combinación de jurisdicciones de esos continentes. Esa divergencia depende, *inter alia*, de los intereses de los juristas, de la disponibilidad de fuentes primarias y secundarias, del idioma y de la interacción jurisdiccional que prevalece o se encuentra ausente en las jurisdicciones sujetas a estudio. Nuevamente, todos estos factores deben considerarse a la luz de la internacionalización de las ciencias jurídicas. Se percibe desde principios del siglo XXI una proliferación de investigaciones que se adhieren a esta disciplina. La proliferación actual no puede circunscribirse a un espacio, período de tiempo o área del derecho específicos: los académicos se sienten ampliamente atraídos por el estudio comparado de la historia del derecho. La proliferación actual está acompañada por la creación de foros donde se nuclean los esfuerzos de los académicos y donde la disciplina se nutre y cultiva. Se pueden encontrar ejemplos en el establecimiento de sociedades académicas que reúnen a quienes cultivan la disciplina, en la creación de revistas especializadas y en la presencia de la disciplina dentro del currículo en las facultades de derecho.

### III.1. Pilares

El derecho comparado y la historia del derecho son dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica. Cada uno de estos pilares fue elevado de forma autónoma, con sus protagonistas, sus métodos y sus *corpora* de conocimiento, tornando así a estas disciplinas auxiliares en protagonistas del saber jurídico. Comenzaron a surgir como disciplinas distintas a fines del siglo XIX, con una cooperación limitada entre sus protagonistas, incluso cuando algu-

nos académicos pioneros se involucraron en diálogos interdisciplinarios con el objetivo de alcanzar un terreno común. Los pilares siguieron caminos distintos durante la mayor parte del siglo XX, habiendo desarrollado literatura y narrativas académicas autónomas. Ambos pilares pueden amalgamarse en una única disciplina denominada estudio comparado de la historia del derecho.

El derecho comparado y la historia del derecho ofrecen una combinación fructífera para el desarrollo de la ciencia jurídica. Édouard Lambert —quien estableció el *Institut de droit comparé* de Lyon— destacó en el año 1903 que “el comparatista está obligado a trabajar constantemente como historiador” (37). Ignacio Winizky —más recientemente y ya en la Argentina— sostuvo que el comparatista debe “dominar sus medios de expresión, el idioma, y sus modos, la literatura, la poesía, el teatro, su música, sus artes plásticas, conocer su medio geográfico, sus medios técnicos de vida, su *standard* educacional, sus tradiciones [...]” (38) y aquí vale agregar su historia. Sin embargo, el derecho comparado y la historia del derecho evolucionaron como disciplinas diferentes, brindando estudios autónomos del derecho, uno a través del espacio y la otra a través del tiempo, dejando así de lado un enfoque uniforme (39).

Hay una necesidad inminente de incluir el elemento comparativo en la investigación jurídica debido, entre otras razones, al impacto de la globalización. Konrad Zweigert y Hein Kötz alertaron que a menudo es la insatisfacción con una solución local lo que motiva al comparatista a buscar soluciones en otros sistemas (40). Rodolfo Sacco señaló correctamente que el derecho comparado tiene como objetivo brindar conocimiento sobre las normas y las instituciones que son sujetas a comparación, y que una multiplicidad de estudios comparativos puede resultar en mayor conocimiento de un sistema jurídico determinado (41). El *maestro* italiano destacó, además, que el derecho comparado puede ayudar en la identificación de la conexión, la diversificación y el trasplante de las instituciones jurídicas atravesando jurisdicciones (42).

Uno de los propósitos de la historia del derecho es ayudar a entender un sistema jurídico en un espacio determinado y en un tiempo pretérito (43). Por lo tanto, la historia del derecho atiende el desarrollo del derecho a través del tiempo (44). La historia del derecho, sin embargo, no debe limitarse a la reconstrucción del derecho en un período

(11) PARISE, A., “La imperiosa remisión al derecho comparado en las investigaciones de carácter jurídico”, *Revista Universitaria La Ley*, 2002, IV:6, p. 37.

(12) ABRAM LUJÁN, J. M., “La enseñanza del derecho. La necesaria consideración de los problemas concretos de la comunidad a la luz de los derechos fundamentales. Objeto de la formación de los hombres de derecho”, *El Derecho*, 2003, 202, p. 687.

(13) PARISE, A., “Judicial Decision-Making in Latin America - Unveiling the Dynamic Role of the Argentine Supreme Court”, en BASEDOW, J., FLEISCHER, H. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *Legislators, Judges, and Professors*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2016, p. 156.

(14) PÉREZ PERDOMO, R., “Introducción”, en PÉREZ PERDOMO, R. - RODRÍGUEZ TORRES, J. (comp.), *La formación jurídica en América Latina: Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, ps. 22-23; y ALTERINI, J. H., “La enseñanza del Derecho”, *LA LEY*, 1988-C, p. 687.

(15) MUÑOZ GENESTOUX, R. - VETERE, D., “El impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la enseñanza del derecho de familia: desafíos actuales”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2016, 74, p. 285.

(16) BRUSA, H., “Diseño de la enseñanza del derecho”, *LA LEY*, 2003-E, 1006.

(17) CARNOTA, W. F., “La enseñanza del derecho”, *LA LEY*, 2011-D, 1296; y VAN ROSSUM, W. M., “Resolving Multicultural Legal Cases: A Bottom Up Perspective on

the Internationalization of Law”, en KLABBERS, J. y SELLERS, M. (eds.), *The Internationalization of Law and Legal Education*, Springer Dordrecht, 2008, p. 113. Véase, por ejemplo, la referencia a los graduados en derecho como ciudadanos globales y abogados *sans frontières* en PARISE, A., “Ten Roles of Motivation for UM Law Graduates”, en SMITS, J. M. (ed.), *Made in Maastricht 1981-2021*, Boom Juridisch, La Haya, 2021, p. 162.

(18) GONZÁLEZ, M. - CARDINAUX, N., “Conclusiones”, en GONZÁLEZ, M. - CARDINAUX, N. (comp.), *Los actores y las prácticas: enseñar y aprender Derecho en la UNLP*, Editorial de la Universidad de la Plata, La Plata, 2010, p. 272.

(19) PINTO, M., “Internationalisation, Globalisation and the Effect on Legal Education in Argentina”, en JAMIN, C. - VAN CAENEGEM, W. (eds.), *The Internationalisation of Legal Education*, Springer, s.l., 2016, p. 37. Véase PARISE, *supra* nota 11, p. 36; MEDINA, G., “La enseñanza del Derecho Comparado”, en ABERASTURY, P. (coord.), *Estudios de Derecho Comparado*, Eudeba, Buenos Aires, 2016, p. 33.

(20) MEDINA, *supra* nota 19, p. 43.

(21) MEDINA, *supra* nota 19, p. 43.

(22) VANOSSI, J. R., “Comentario a un proyecto de plan de estudios”, *Lecciones y Ensayos*, 1961, 21-22, p. 246.

(23) OED Online, Oxford University Press, [https://www.oed.com/dictionary/paradigm\\_n](https://www.oed.com/dictionary/paradigm_n) (última visita 15 de julio de 2024).

(24) KUHN, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1970, 2ª ed., Tho-

mas S. Kuhn introdujo diversas modificaciones y clarificaciones a su trabajo de 1962, principalmente en el *Postscript-1969*. Véase HABA, E. P., “Ciencias del derecho, La controversia de paradigmas en la Teoría del Derecho contemporánea”, en OSSORIO Y FLORIT, M. et al. (eds.), *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1996, vol. 7 (apéndice), p. 122; y RAMOS NÚÑEZ, C., *Codificación, Tecnología y Postmodernidad*, Ara Editores, Lima, 1996, p. 23.

(25) RAMOS NÚÑEZ, *supra* nota 24, p. 23.

(26) KUHN, *supra* nota 24, p. 10.

(27) KUHN, *supra* nota 24, p. 10.

(28) RAMOS NÚÑEZ, *supra* nota 24, p. 23.

(29) DE VRIES, U., “Kuhn and Legal Research: A Reflexive Paradigmatic View on Legal Research”, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs*, 2013, 3, p. 8.

(30) SCHULTZ, T., *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 64.

(31) Véase, por ejemplo, VRIES, *supra* nota 29, p. 11.

(32) VRIES, *supra* nota 29, p. 12.

(33) HABA, *supra* nota 24, p. 122.

(34) HABA, *supra* nota 24, p. 123.

(35) BOULOT, P., “A New Legal Paradigm: Towards a Jurisprudence Based on Ecological Sovereignty”, *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, 2012, 8, p. 10.

(36) ÖRÜÇÜ, A. E., “Methodology of Comparative Law”, en SMITS, J. M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Com-*

*parative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2006, p. 451.

(37) LAMBERT, É., *La fonction du droit civil comparé*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1903, vol. 1, p. 3.

(38) WINIZKY, I., “De la técnica comparativa en el derecho”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 1960, 38, p. 52.

(39) GORDLEY, J., “Comparative Law and Legal History”, en REIMANN, M. - ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 772.

(40) ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Mohr, Tübinga, 1984, 2a ed., vol. 1, p. 34.

(41) SACCO, R., “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *American Journal of Comparative Law*, 1991, 39, p. 6.

(42) SACCO, R., “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)”, *American Journal of Comparative Law*, 1991, 39, p. 388.

(43) LESAFFER, R., “Law and History: Law between Past and Present”, en VAN KLINK, B. - TAEKEMA, S. (eds.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Mohr, Tübinga, 2011, p. 136.

(44) LEVAGGI, A., “Manual de Historia del Derecho Argentino (Castellano-Indiano/Nacional)”, Depalma, Buenos Aires, 1996, 2a ed., vol. 1, p. 11; y MARTIRÉ, E., “Consideraciones Metodológicas sobre la Historia del Derecho”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 18.

determinado; debe también tratar de reflejar cómo el derecho se desarrolló a través de períodos sucesivos, revelando sus elementos persistentes y sus variaciones (45). Estos estudios, a diferencia de los de otras disciplinas, proporcionan una aproximación empírica al derecho cuando atienden la evolución y el cambio en los conceptos, métodos, ideas y paradigmas (46). La historia del derecho sirve, así como un medio para demostrar la relatividad del derecho, relatividad que se desprende de su evolución y de los cambios en relación con, entre otros, los conceptos y las interpretaciones (47).

### III.2. Conceptualización

Comparatistas e *iushistoriadores* viajan a través del espacio y del tiempo, respectivamente (48). Quienes se dedican al estudio comparado de la historia del derecho necesariamente atraviesan ambas dimensiones. Esos estudios bidimensionales ya no pertenecen exclusivamente al ámbito del derecho comparado o al de la historia del derecho. Los investigadores que realizan ese tipo de estudios pueden proclamar su independencia de los dos pilares.

Se han ofrecido diversas conceptualizaciones para el estudio comparado de la historia del derecho. Los académicos han invitado a aproximaciones *sui generis* a la disciplina, incluso refiriéndose a ella como un “espacio abierto” (49), en el que todos están invitados a participar. Los académicos también han ofrecido enfoques más demandantes para la conceptualización, afirmando, por ejemplo, que el estudio comparado de la historia del derecho requiere la “colocación [de] dos sistemas jurídicos uno al lado del otro en todos sus aspectos” (50). Asimismo, se ha ofrecido una conceptualización que se refiere al estudio comparado de la historia del derecho como lo opuesto al estudio puro de la historia del derecho nacional (51), agregando que el estudio de esta disciplina “siempre posicionará el objeto de investigación dentro de un contexto internacional” (52). Otra conceptualización entiende a esta disciplina como “el estudio de fenómenos relacionados o paralelos en dos o más lugares diferentes o en períodos de tiempo diferentes” (53).

Aquí se propone una definición que entiende a esta disciplina como el estudio de aspectos externos y/o internos del derecho realizado necesariamente a través de diferentes períodos de tiempo y de diferentes jurisdicciones. El estudio comparado de la historia del derecho debe entonces cumplir con los dos requisitos: estudio de un aspecto del derecho al menos en dos períodos de tiempo diferentes y en al menos dos jurisdicciones diferentes. Así, el estudio comparado de la historia del derecho requiere investigación sobre la coordenada horizontal (x) y la coordenada vertical (y).

Quienes alcanzan una amalgama no se embarcan en proyectos exclusivamente comparativos o exclusivamente *iushistóri-*

cos. El producto de sus investigaciones se beneficia de las técnicas y aproximaciones utilizadas en ambas disciplinas. Ese producto es, sin embargo, más que la mera suma de los dos pilares: proporciona un medio para entender la evolución de la ciencia jurídica a través del tiempo y del espacio de manera colegiada. Una amalgama completa del derecho comparado y la historia del derecho ofrecerá un producto único para los investigadores que se dedican al estudio a través del tiempo y del espacio.

### IV. Perspectiva proporcionada por el uso de la herramienta en el marco específico

Los estudios comparados de historia del derecho pueden ayudar a alcanzar una mayor comprensión, caracterización y diferenciación de los ordenamientos locales (54). Estos estudios ayudan a comprender mejor el derecho en un tiempo y lugar determinado, mientras que posicionan a ese mismo derecho dentro de un contexto más amplio, ayudando así a comprender mejor sus rasgos. El derecho puede ser entendido como una composición de soluciones dadas a situaciones enfrentadas en el pasado (55) y no necesariamente dentro de una jurisdicción única. Esos problemas pudieron desencadenar nuevas ideas —en palabras de Sacco “formantes”— con sus orígenes más allá de las fronteras de una jurisdicción particular y en otro momento (56).

La disciplina sujeta a estudio puede ayudar a entender que el derecho es una ciencia social. Una ciencia que al aplicarse a una sociedad debe contemplar al menos tres cuestiones. En primer lugar, que la aplicación no siempre encuentra límites geográficos. En segundo lugar, que la aplicación no siempre se limita a un idioma. Por último, que la aplicación no se limita a un determinado período histórico (57). El derecho intenta reflejar, entre otros, el *ethos* y las vivencias de una sociedad determinada. Para ello se puede valer de textos forjados en otras latitudes, en otros idiomas e, incluso, en otros períodos (58). El *ethos* de una sociedad específica, *mutatis mutandis*, también puede manifestarse en otras sociedades y el investigador puede entonces enfrentar un *ethos* local que encapsula elementos globales (59). Por ejemplo, Reinhard Zimmermann destacó que estos estudios proporcionan herramientas para entender la estimulación intelectual y la migración de normas jurídicas, ideas, o paradigmas legales (60). Desde las Américas, Julio C. Rivera, agregó que el derecho comparado y la historia del derecho “ayudan, cada una de ellas a su manera, a reconocer y a presentar los principios y las instituciones comunes, más allá de las legislaciones y de las casuísticas nacionales que revisten, en general, formas diferentes” (61).

#### IV.1. Desafíos

El desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho puede ser beneficioso para explorar la internacionalización de las

ciencias jurídicas. Ese desarrollo puede presentar desafíos, sin embargo. La magnitud de estos desafíos dependerá de las habilidades particulares del investigador y del grado de amalgama entre los dos pilares. Asimismo, dependerá de la existencia de historias del derecho vernáculas que puedan servir de base o plataforma para los esfuerzos comparativos.

Un primer desafío se relaciona con las limitaciones. Por ejemplo, los investigadores deben reconocer los límites en el conocimiento previo que puedan tener sobre un área específica del derecho, el espacio, el período de tiempo o la metodología. Es simplemente imposible dominar todos los métodos que se necesitan para explorar todo el derecho en todos los tiempos y lugares. Los investigadores también deben aceptar que los proyectos que involucran el estudio comparado de la historia del derecho —como muchos otros— son sensibles al tiempo (v.gr., fecha límite para presentación de resultados) y, por lo tanto, deben estar claramente circunscritos en su alcance desde el principio. Quienes se dedican al estudio comparado de la historia del derecho pueden verse tentados a moverse libremente y de forma amplia entre las dos coordenadas (tiempo y espacio), y esa movilidad puede presentar desafíos hercúleos a la hora de presentar los resultados. Al mismo tiempo, el idioma puede ser una limitación, desempeñando un papel importante para quienes exploran el tiempo y el espacio. No solo se debe tener en cuenta el idioma en diferentes espacios, sino también las variaciones locales del idioma a lo largo del tiempo en un mismo espacio.

Un segundo desafío se relaciona con las fuentes. David Ibbetson señaló que incluso las principales bibliotecas de investigación presentan lagunas en sus fondos, mientras que los investigadores deben estar familiarizados con diferentes sistemas jurídicos para evitar posibles tergiversaciones de las fuentes (62). Naturalmente, los archivos siguen presentando restricciones de movilidad cuando se trabaja con fuentes manuscritas, incluso cuando existe un acceso creciente a la digitalización de los fondos. El estudio comparado de la historia del derecho requiere el uso de fuentes primarias y secundarias. Cuanto más ambicioso sea un proyecto (v.gr., cruzando continentes, idiomas, religiones), mayor será la necesidad de que los investigadores se valgan asimismo de fuentes secundarias que exploren en detalle las fuentes primarias. Estas fuentes secundarias, si son fidedignas, ayudarán a que un proyecto sea más factible, reduciendo los límites geográficos y las limitaciones de tiempo que puede implicar el trabajo exclusivo de archivo.

Un tercer desafío se relaciona con la simplificación excesiva de la realidad. Se advirtió, ya en el año 1927, que “desde cualquier ángulo que se conciba el estudio comparado de la historia del derecho, y cualquiera sea el propósito que sirva, el único pensamiento

en la mente del investigador debe ser el descubrimiento de la verdad” (63). Algunos autores ocasionalmente tienden a adoptar un enfoque demasiado simplista para la comprensión del derecho cuando analizan cuestiones en una multiplicidad de períodos de tiempo y espacios. Esto puede llevar a conclusiones que pueden estar lejos de la realidad, ya que los contextos sociales específicos requieren atención. Las generalizaciones tienden a eclipsar las particularidades. Un enfoque desde el estudio comparado de la historia del derecho puede ayudar a revertir esa tendencia. Por ejemplo, muchas veces se lee que América Latina simplemente adoptó el *Code Napoléon*. Estudios detallados, como el de Alejandro Guzmán Brito (64), claramente reflejan que hubo elaboraciones locales y polinización cruzada, especialmente entre los códigos civiles de Argentina, Brasil y Chile.

Los desafíos exigen diferentes reacciones y la colaboración debe ser una prioridad. Alfonso García-Gallo señaló que los estudios bidimensionales requieren elaboraciones y especializaciones que a menudo no se pueden reunir a la vez en un único estudio. De hecho, existe la necesidad de alcanzar una colaboración amplia y los estudios vernáculos existentes pueden servir como medio para lograr ese alcance. Los esfuerzos en equipo generan más visibilidad para el resultado de los proyectos, encontrando foros adicionales para los resultados. El estudio comparado de la historia del derecho puede servir como herramienta para fomentar el diálogo entre investigadores, ya que, sobre todo, se debe evitar el “aislamiento intelectual” (65). Un mayor interés en la disciplina podría permitir un aumento en la interacción multijurisdiccional, al tiempo que resultaría en identidades multijurisdiccionales más claras.

#### IV.2. Beneficios

El estudio comparado de la historia del derecho ofrece beneficios para quienes exploran el derecho a lo largo del tiempo y del espacio. Ofrece perspectivas que no pueden alcanzarse mediante ejercicios exclusivamente comparativos o histórico-jurídicos. Estos conocimientos deben considerarse ventajosos para el desarrollo de la ciencia jurídica, ayudando a comprender mejor los desarrollos jurídicos. Las comparaciones a través del tiempo y del espacio pueden ayudar a develar el *porqué* de los eventos que se llevaron a cabo y no solo *qué* eventos se llevaron a cabo (66). También pueden ayudar a identificar un precedente (i.e., el origen de un aspecto del derecho), una consecuencia (i.e., el destino o la suerte de un aspecto del derecho) y una concordancia o diferencia (i.e., grados de paralelismo) (67). Los estudios comparados de historia del derecho deben articular el producto de sus esfuerzos con el de otras expresiones contemporáneas con el objetivo de identificar similitudes o diferencias, mientras superan las limitaciones que surgen de experiencias circunscritas a ámbitos nacionales (68).

(45) LEVAGGI, *supra* nota 44, p. 11.

(46) LEVAGGI, *supra* nota 44, p. 7.

(47) TAU ANZOÁTEGUI, V., “El Futuro de la Historia Jurídica en las Aulas”, *Advocatus*, Córdoba, 2010, ps. 86-87.

(48) DONLAN, S. P. - MASFERRER, A., “Preface”, *Comparative Legal History*, 2013, 1, p. III.

(49) DONLAN, S. P., “Comparative Legal Histories, Pluralities, and Empires”, (2014) 2 *Comparative Legal History*, 2014, 2, p. 325.

(50) DONAHUE, C., “Comparative Legal History in North America”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1997, 65, p. 11.

(51) PIHLAJAMÄKI, H., “When Small is Beautiful: Teaching Comparative Legal History in the Periphery”, en MODÉER, K. Å. - NILSÉN, P. (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Juristförlaget

i Lund, Lund, 2011, p. 40.

(52) PIHLAJAMÄKI, H., “Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?”, en ADAMS, M. - HEIRBAUT, D. (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart Publishing, Oxford, 2014, ps. 129-130.

(53) IBBETSON, D., “The Challenges of Comparative Legal History”, *Comparative Legal History*, 2013, 1, p. 3.

(54) GARCÍA-GALLO, A., “Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial de la del Derecho Indiano”, en GARCÍA-GALLO, A., “Los orígenes Españoles de las Instituciones Americanas: Estudios de Derecho Indiano”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, p. 1078.

(55) GORDLEY, *supra* nota 39, p. 762.

(56) GORDLEY, *supra* nota 39, p. 762.

(57) PARISE, A., “Historia de la Codificación Civil del

Estado de Luisiana y su Influencia en el Código Civil Argentino”, Eudeba, Buenos Aires, 2013, p. 376. Nótese que estas tres cuestiones se aplican también a la historia del derecho y al derecho comprado como disciplinas autónomas.

(58) PARISE, *supra* nota 57, p. 376.

(59) Véase PARISE, *supra* nota 11, ps. 36-41.

(60) ZIMMERMANN, R., “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en REIMANN, M. - ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 575.

(61) RIVERA, J. C., “El derecho privado en los grandes espacios económicos (Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de las Américas)”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, II:3, p. 253.

(62) IBBETSON, *supra* nota 53, p. 1.

(63) HAZELTINE, H. D., “The Study of Comparative

Legal History”, *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1927, p. 31.

(64) Véase, por ejemplo, GUZMÁN BRITO, A., “La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

(65) DUVE, T., “European Legal History - Concepts, Methods, Challenges”, en DUVE, T. (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Fráncfort del Meno, 2014, p. 57.

(66) IBBETSON, *supra* nota 53, p. 2.

(67) Véase PARISE, *supra* nota 11, ps. 36-41. Esa nota se refiere exclusivamente al derecho comparado.

(68) ABÁSULO, E., “Las actuales reflexiones latinoamericanas sobre historia jurídica, iluminadas por la experiencia disciplinar argentina de la primera mitad del siglo XX”, *Forum Historiae Iuris*, 2009, § 4.

Un primer beneficio se relaciona con la circulación de paradigmas legales. Ya se mencionó en esta nota que las comparaciones verticales y horizontales son necesarias para rastrear la circulación (69). James Gordley supo alertar que lo que sucedió en otros lugares o en otros momentos no debe ser ignorado (70). Quienes realizan estudios comparados de historia del derecho no asumen que el derecho consiste en compartimentos estancos, donde cada jurisdicción experimenta sus propios eventos. Por el contrario, reconocen que los sistemas actuales son el resultado de la vinculación de soluciones anteriores (71). El derecho en un tiempo y un espacio determinados no debe considerarse como un objeto aislado de estudio (72) ya que un análisis en compartimentos estancos puede resultar en un obstáculo para alcanzar una comprensión acabada de la internacionalización de las ciencias jurídicas. Al mismo tiempo, los investigadores deben tener en cuenta que existen creaciones vernáculas. Por lo tanto, el estudio comparado de la historia del derecho debe reconocer que las jurisdicciones también aceptan desafíos intelectuales relacionados con la creación y la adaptación.

Un segundo beneficio se relaciona con el desarrollo de laboratorios para el estudio del derecho. El estudio comparado de la historia del derecho puede ofrecer un "laboratorio para la reflexión" (73) siendo este un espacio que advierte que los problemas o sucesos legales no son exclusivos de un espacio particular o de un período de tiempo específico. Distintas sociedades pueden efectivamente experimentar eventos similares en momentos iguales o diferentes. Este aspecto podría relacionarse con la idea de una "recurrencia de ciclos jurídicos" (*recurrence*

*of legal cycles*), tal como lo postuló John H. Wigmore en el año 1912. En esa ocasión el jurista estadounidense alertó que "problemas, métodos, abusos [y] remedios similares parecen repetirse, en medio de diversos entornos" (74). En efecto un número de instituciones jurídicas se reprodujeron en distintos puntos del globo, con diferentes resultados. Un ejemplo se encuentra en el estudio del régimen de las mercedes de tierras en América, una institución que tuvo sus orígenes en la península ibérica. América Latina por lo tanto podría proporcionar mayor número de estudios de casos para evaluar el funcionamiento de esa institución europea. Vale la pena señalar que los laboratorios deben dedicar mayor atención a los estudios de área sobre el Sur Global, por ejemplo. El resultado de esos laboratorios podría ofrecer valiosos repositorios de conocimiento para que los futuros investigadores construyan sus líneas de trabajo, extendiéndose incluso a esfuerzos más amplios y globales.

Un tercer beneficio se relaciona con el estudio de hechos que ayudan a identificar factores que dan forma a resultados específicos. Como señala Michele Graziadei, "en ocasiones se considera que este es el único ejercicio adecuado del estudio comparado de la historia del derecho" (75). Los paradigmas nunca se desvanecen de la noche a la mañana, pero se pueden detectar los principales puntos de inflexión. Eventos y actores diferentes pueden desencadenar cambios paradigmáticos, motivando una revolución científica que romperá con un paradigma y colocará uno nuevo que también será aceptado (76). Una amalgama de ambos pilares puede atraer la atención hacia eventos y actores que a primera vista podrían parecer periféricos o secundarios y, en última ins-

tancia, ampliar el campo de estudio y el conocimiento de los contextos, llenando lagunas que impiden una comprensión acabada. Las biografías jurídicas, por ejemplo, son un campo fértil para estos esfuerzos. Una mirada a los nuevos actores puede ayudar a identificar redes o cambios paradigmáticos. Puede reflejar unidad o falta de ella. También puede ayudar a comprender mejor las diferentes tradiciones jurídicas y culturales, a lo largo del tiempo y del espacio.

## V. Reflexiones finales

La historicidad y dimensión espacial del derecho deben contemplarse para poder comprender acabadamente el fenómeno de la internacionalización. Esta nota primero contextualizó la internacionalización de las ciencias jurídicas en el marco brindado por la globalización y por la circulación de paradigmas legales. Esta nota luego se focalizó en el estudio comparado de la historia del derecho, brindando una conceptualización de esa herramienta disciplinar. Esta nota finalmente ofreció perspectivas sobre el uso de la herramienta en el marco de la internacionalización.

El estudio comparado de la historia del derecho está adquiriendo atención en ámbitos académicos. Si bien el diálogo entre el derecho comparado y la historia del derecho no es nuevo, recientemente se lo ha descrito como "estando de moda" (77). Se pueden obtener nuevos conocimientos explorando el derecho a través de las dimensiones del tiempo y el espacio. Estos estudios bidimensionales ya no pertenecen exclusivamente al dominio del derecho comparado o al de la historia del derecho. Los investigadores que se involucran en el estudio comparado

de la historia del derecho pueden alcanzar la fusión de ambos pilares. El producto de su investigación puede ayudar a comprender el derecho en un tiempo y lugar específico, ubicando ese derecho dentro de un contexto más amplio, ayudando entonces a comprender mejor sus rasgos. Por lo tanto, el producto de los estudios, comparados de la historia del derecho pueden ofrecer formas adicionales para desarrollar la ciencia jurídica. Cabe señalar que estos estudios no implican una falta de atención hacia las identidades locales. Por el contrario, abogan por una perspectiva más inclusiva que ayude a construir los contextos multidimensionales que tanto se necesitan ante la internacionalización. Hay espacio para explorar el pluralismo jurídico a través del prisma del estudio comparado de la historia del derecho, vale resaltar.

La inclusión de la dimensión comparativa e histórica en el análisis del derecho ayuda a transformar a los abogados en juristas (78). Estos últimos no se limitan a estudiar el derecho vigente fuera de todo contexto científico y social, sino que, por el contrario, entre otras cualidades, indagan sobre los orígenes y la recepción de los institutos jurídicos en distintos puntos geográficos y períodos de tiempo (79). Los juristas que se benefician de los estudios comparativos e históricos podrán, por lo tanto, conocer la *raison d'être*, el significado y el valor del derecho vigente (80). La exigencia científica de conocer las causas, las explicaciones y los precedentes del derecho se puede alcanzar mediante el estudio de la evolución comparativa e histórica (81).

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2474/2024

(69) Véase *supra* nota 36.

(70) GORDLEY, *supra* nota 39, p. 763.

(71) GORDLEY, *supra* nota 39, p. 763.

(72) GORDLEY, *supra* nota 39, p. 757.

(73) LACCHÉ, L., "Sulla Comparative Legal History e Dintorni", en BRUTTI, M. - SOMMA, A. (eds.), *Diritto: Storia e Comparazione: Nuovi Propositi per Un Binomio Anti-*

*co, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt del Meno, 2018, p. 252.*

(74) WIGMORE, J. H., "Editorial Preface to this Volume", en WIGMORE, J. H. et al. (eds.), *General Survey of Events Sources Persons and in Continental Legal History*, Little, Brown, and Co., Boston, 1912, p. XLII.

(75) GRAZIADEI, M., "Comparative Law, Legal History,

and the Holistic Approach to Legal Cultures", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, 3, p. 532.

(76) RAMOS NÚÑEZ, *supra* nota 24, p. 23.

(77) HUSA, J., "Seeking a Disciplinary Identity - The Case of Comparative Legal History", *Comparative Legal History*, 2020, 8, p. 173.

(78) Nótese que Abelardo Levaggi se refirió exclusiva-

mente a la historia del derecho. LEVAGGI, *supra* nota 44, p. 4.

(79) Véase PARISE, *supra* nota 11, ps. 36-37.

(80) LEVAGGI, *supra* nota 44, p. 4.

(81) LEVAGGI, *supra* nota 44, p. 5.

# La naturaleza de la legítima en el derecho peruano a través de las estrategias de protección del legitimario (\*)

## *The nature of the legal portion in Peruvian law through strategies of protection of the legitimate heir*



Vincenzo Barba



Catedrático de Derecho Civil - Universidad de Roma "La Sapienza".

**SUMARIO:** I. Objetivo y método del ensayo.— II. Legitimarios: la cuestión de la unión de hecho.— III. Fundamento de la legítima: la solidaridad familiar.— IV. Naturaleza de la legítima: introducción.— V. La preterición del heredero forzoso.— VI. Reducción de disposiciones testamentarias.— VII. Naturaleza de la legítima en derecho peruano.— VIII. Bibliografía.

**Resumen:** El fundamento de la legítima es la solidaridad familiar, implementada mediante la desheredación y la inclusión del conviviente entre los legitimarios, aunque esta última decisión puede generar algunas reservas. La legítima en el derecho peruano no constituye una *pars hereditatis*, sino una *pars bonorum*. El ordenamiento peruano garantiza a los legitimarios su legítima preferentemente mediante el título de heredero, pero no siempre. La acción de preterición y la acción de reducción no son automáticas, lo que demuestra una tutela disponible,

incompatible con la idea de *pars hereditatis*. En Perú, la legítima se considera una verdadera *pars bonorum*, reflejando al legitimario como copropietario de los bienes hereditarios.

**Abstract:** The basis of the legitimate portion is family solidarity, implemented through disinheritance and the inclusion of the cohabitant among the legitimate heirs, although this latter decision may raise some reservations. The legitimate portion in Peruvian law is not a "pars hereditatis" but a "pars bonorum". Peruvian law guarantees legitimaries their legitimate portion preferably through the title of heir, but not always. The action of preterition and reduction are not automatic, showing available protection, incompatible with the

concept of pars hereditatis. In Peru, the legitimate portion is considered a true pars bonorum, reflecting the legitimate heir as a co-owner of the hereditary assets.

### I. Objetivo y método del ensayo

Escribir un ensayo sobre la legítima en el derecho civil peruano en solo diez páginas es una misión imposible, ya que este tema requeriría un análisis mucho más extenso y profundo. La legítima es un aspecto crucial del derecho sucesorio que asegura una porción mínima de bienes a ciertos herederos forzosos, protegiéndolos contra la total disposición del causante. Abordar este tema de manera completa implicaría detallar cada uno de los artículos relevantes del Código Civil peruano, las interpretaciones

doctrinarias, implicaciones jurisprudenciales y comparaciones con otros sistemas legales. Sin embargo, la limitación de espacio en este ensayo impide realizar tal análisis exhaustivo.

Por esta razón, lejos de pretender ofrecer un análisis detallado de esta regulación, me limitaré a observar los puntos de contacto de esta disciplina con la italiana. El derecho civil peruano ha tenido siempre gran consideración por la legislación y doctrina italianas, debido en parte a la influencia del maestro Carlos Fernández Sessarego, cuya obra ha dejado una huella significativa en el derecho peruano. La comparación entre los sistemas peruano e italiano es particularmente relevante, dado que ambos pertenecen a la tradición jurídica romano-germánica y com-

parten principios fundamentales en materia de sucesiones y protección de los herederos forzosos.

Uno de los objetivos principales de este ensayo es destacar cómo el derecho civil peruano, que siempre ha tenido gran consideración por la legislación y doctrina italianas, ha logrado avanzar y hacer esta disciplina en algunos aspectos más sencilla y coherente con las necesidades de la contemporaneidad. La evolución del derecho peruano en materia de legítima refleja un esfuerzo por adaptar las normas tradicionales a los contextos y las necesidades actuales, buscando un equilibrio entre la libertad testamentaria del causante y la protección de los derechos de los herederos forzosos.

Con espíritu crítico, también intentaré evidenciar aspectos del derecho peruano que podrían beneficiarse de un cambio o una reforma. Este ejercicio de crítica constructiva se hace necesario para identificar áreas donde el sistema legal podría mejorar en términos de claridad, eficiencia y justicia. Es importante señalar que estas evaluaciones deben ser asumidas siempre con cautela, proviniendo de un extranjero que no tiene una comprensión completa del Derecho peruano en toda su complejidad. Mi análisis se basa en una comparación con el sistema italiano y en la literatura disponible, pero reconozco las limitaciones inherentes a no estar completamente inmerso en el contexto legal y cultural peruano.

Para llevar a cabo este análisis, utilizaré un método jurídico comparatista con todas sus implicaciones. El método comparatista permite identificar similitudes y diferencias entre sistemas legales, ofreciendo una perspectiva más amplia y profunda sobre cómo se abordan problemas similares en distintos contextos jurídicos. Este enfoque no solo enriquece la comprensión de cada sistema legal en particular, sino que también puede sugerir soluciones innovadoras y mejores prácticas que podrían ser adoptadas para mejorar la legislación existente.

En cuanto al método, es fundamental subrayar que el enfoque comparatista requiere una comprensión precisa y matizada de los principios y normas de los sistemas legales en comparación. No se trata solo de enumerar diferencias y similitudes, sino de entender las razones históricas, culturales y sociales detrás de cada sistema. Además, este método implica un análisis crítico de las fortalezas y debilidades de cada sistema, evaluando cómo las diferencias en la legislación y doctrina pueden influir en la aplicación práctica del derecho y en la protección de los derechos de los individuos.

El objetivo final de este ensayo es proporcionar una visión crítica y comparativa que permita no solo entender mejor el derecho de legítima en Perú y su evolución, sino también identificar posibles áreas de mejora. Al hacerlo, espero contribuir a un diálogo constructivo sobre cómo las reformas legales pueden hacer que el derecho sucesorio sea más justo y eficiente, protegiendo mejor los derechos de los herederos forzosos mientras se respeta la autonomía del causante.

En conclusión, escribir sobre la legítima en el derecho civil peruano en un espacio tan limitado es una tarea que requiere enfocarse en aspectos selectos y comparativos.

Mi objetivo es ofrecer una perspectiva que, aunque no exhaustiva, sea informativa y útil para entender los puntos de contacto entre las disciplinas peruanas e italianas, y cómo el derecho peruano ha avanzado en hacer la legítima más coherente con las necesidades contemporáneas.

## II. Legitimarios: la cuestión de la unión de hecho

Tanto en el sistema legal italiano como en el peruano, los legitimarios incluyen a los descendientes, el cónyuge y los ascendientes. Sin embargo, el derecho peruano ha dado un paso significativo al incluir también al conviviente de hecho como legitimario, equiparándolo con el cónyuge. Esta decisión refleja un enfoque moderno y progresista que merece un análisis detallado.

La inclusión del conviviente de hecho como legitimario en el derecho peruano responde a las demandas de justicia social y al reconocimiento de la diversidad de las estructuras familiares contemporáneas (1). Esta medida asegura que las personas que han compartido una vida juntos y han construido un patrimonio común reciban una protección adecuada tras el fallecimiento de uno de ellos. Al incluir al conviviente, el Perú ha adoptado un enfoque inclusivo y moderno, que reconoce diversas formas de convivencia y relaciones afectivas.

El fundamento de esta inclusión se basa en la justicia social y en el reconocimiento de las realidades contemporáneas de las relaciones humanas. En muchos casos, las parejas convivientes comparten responsabilidades económicas, emocionales y sociales similares a las de los matrimonios. Por lo tanto, negar al conviviente los mismos derechos que al cónyuge en el ámbito sucesorio podría resultar en una injusticia, especialmente cuando el conviviente sobreviviente depende económicamente del fallecido. Esta medida garantiza una protección adecuada para estas parejas y se alinea con una visión más inclusiva de la familia.

Desde mi perspectiva, apoyo la inclusión del conviviente entre los sucesores *ex lege*. Esta medida reconoce la importancia de las relaciones de hecho y las responsabilidades y bienes compartidos que estas parejas pueden tener.

Sin embargo, tengo ciertas reservas respecto a la consideración del conviviente como legitimario.

Los tribunales constitucionales europeos han sido recurrentemente consultados sobre la cuestión de la legitimidad de la exclusión del conviviente de hecho en la sucesión, o si es necesaria una equiparación total con el cónyuge. Esta cuestión ha sido especialmente relevante en el contexto del Tribunal Constitucional Italiano (2) y el Tribunal Constitucional Español (3). Aunque ambos tribunales han reconocido que la convivencia también da lugar a una familia, han subrayado la necesidad de mantener separados los dos institutos y han señalado que una equiparación total entre cónyuge y conviviente en términos sucesorios podría ser irrazonable.

Esta postura de los tribunales constitucionales europeos merece una atención particular por las consecuencias que conlleva. La distinción entre matrimonio y convivencia responde a la necesidad de respetar la diver-

sidad de formas familiares y las diferentes expectativas y compromisos que surgen en cada tipo de relación. Al compartir esta perspectiva, no tengo dudas de que el conviviente debe ser incluido entre los sucesores legales. Sería irrazonable preferir a cualquier otro sucesor antes que, al conviviente, y dejarlo sin ninguna protección jurídica sería injusto.

Sin embargo, la idea de equiparar completamente al cónyuge y al conviviente como legitimarios presenta una mayor complejidad.

En primer lugar, la naturaleza formal del matrimonio implica un reconocimiento y un compromiso que no siempre están presentes en la convivencia. En segundo lugar, equiparar completamente al conviviente con el cónyuge podría erosionar la distinción entre estas dos formas de unión, lo cual podría tener implicaciones sociales y legales significativas.

Desestimar que el conviviente pueda ser considerado un legitimario corresponde a una cuestión formal que busca mantener una distinción entre diferentes modelos familiares, sin por ello negar que la familia de hecho también es una familia y sin pretender crear una jerarquización entre familias. Dentro del amplio concepto de familia, que implica una formación social que funciona como una unidad económica, social y potencialmente educativa (4) es importante diferenciar entre los distintos modelos familiares. Esta diferenciación, que tiene su razón de ser, también considera las motivaciones aducidas por los tribunales constitucionales, justificando así una diferencia sustancial en la regulación.

Esta distinción formal reconoce la diversidad de estructuras familiares y su respectiva regulación jurídica, permitiendo así que cada modelo tenga su propio marco normativo que atienda a sus características y necesidades específicas. No se trata de menospreciar la relevancia y el valor de las familias de hecho, sino de reconocer que el ordenamiento jurídico puede establecer diferencias en función de la forma en que estas familias se constituyen y operan.

En resumen, el derecho peruano ha adoptado una postura progresista y valiente al incluir al conviviente de hecho como legitimario, equiparándolo con el cónyuge. Esta decisión responde a las demandas de justicia social y reconoce la importancia de las relaciones de hecho en la sociedad contemporánea. Aunque esta medida puede generar algunas reservas, es innegable que refleja un compromiso con la equidad e inclusión en la protección del derecho sucesorio.

## III. Fundamento de la legítima: la solidaridad familiar

El fundamento de la legítima es la solidaridad familiar. Este principio asegura que los miembros de la familia reciban una protección mínima ante la disposición testamentaria del causante.

El principio de solidaridad familiar en el derecho civil no debe ser interpretado de manera unilateral como una obligación del causante hacia sus descendientes, sino de manera bilateral (5). Esto significa que una protección especial para los herederos forzosos (legitimarios) solo puede ser exigida si ellos mismos han actuado conforme a los principios de solidaridad familiar. En casos de maltrato físico o, lo que es aún más grave, maltra-

to psicológico, entendido como una situación de abandono de la persona, es evidente que un ordenamiento jurídico que desee fundamentar la legítima en la solidaridad familiar debe prever un mecanismo de desheredación como "sanción" por la violación de los deberes de solidaridad familiar.

Desde esta perspectiva, considero que la solución adoptada por el derecho civil peruano, que prevé expresamente la desheredación de los legitimarios, especialmente en casos de "maltrato de obra o injuriado grave", es una elección legislativa significativamente mejor que la del derecho italiano, que aún niega la posibilidad de desheredar a los legitimarios. Más aún, hay una corriente doctrinal significativa, representada por el autor Bianca (6), que ha llegado a afirmar que la desheredación del legitimario es siempre nula por considerarla con causa ilícita. Afortunadamente, esta tesis, injustificable, se ha vuelto minoritaria, y ahora se acepta la validez de la desheredación de los legitimarios (7). Sin embargo, incluso cuando la desheredación es válida, no puede privar al legitimario de su legítima; por lo tanto, un legitimario desheredado, incluso si existe una justa causa para la desheredación, puede siempre reclamar su porción legítima.

Esta posición del derecho italiano ya no es sostenible y parece negar la idea misma de que el fundamento de la legítima es la solidaridad familiar. En el ordenamiento italiano, el legitimario que se ha desinteresado de su ascendiente o que no ha mantenido relación con él, violando repetidamente el principio de solidaridad familiar, a menos que exista una causa de indignidad, no puede ser desheredado y siempre tendrá derecho a su legítima.

Esta elección legislativa me parece desafortunada, y sería conveniente que el ordenamiento jurídico italiano tomara ejemplo del derecho peruano e introdujera la desheredación del legitimario. Esto sería coherente si realmente se quiere fundamentar la legítima en la solidaridad familiar y evitar que la legítima se convierta en una renta derivada de la posición familiar.

La desheredación, en este sentido, debe ser vista no solo como una medida punitiva, sino también como un mecanismo de justicia y equidad dentro de las relaciones familiares. Un sistema que permite a un legitimario recibir su porción legítima independientemente de su comportamiento hacia el causante socava la noción de reciprocidad y solidaridad que debe prevalecer en el contexto familiar.

En resumen, la implementación de una normativa que permita la desheredación de legitimarios que han violado los principios de solidaridad familiar fortalecería la equidad en la distribución de la herencia y alinearía mejor el derecho italiano con los valores de solidaridad y reciprocidad que deben regir las relaciones familiares. Al adoptar una postura más estricta respecto a los comportamientos que contravienen la solidaridad familiar, el derecho italiano no solo protegería mejor los intereses de los ascendientes, sino que también fomentaría un entorno de mayor responsabilidad y respeto dentro de la familia.

## IV. Naturaleza de la legítima: introducción

Tanto en el sistema italiano (8) como en el peruano, la legítima se caracteriza por ser

(1) Sobre mi idea de familia, ver BARBA, V., "Qué es familia y para qué sirve. Sobre la dudosa constitucionalidad del artículo 29 de la Constitución italiana", en *Revista Boliviana de Derecho*, 2024, n. 38, pp. 142-171.

(2) Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Leggi d'Italia*.

(3) El tema es muy controvertido y en España fue objeto de la importante sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013 ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436))

que declaró la ilegitimidad de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio. V. HERRERA DE LAS HERAS, Ramón - MARTÍNEZ RUANO, Pedro - PAÑOS PÉREZ, Alba, "Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 91, N.º 749, 2015, pp. 1173-1195; SABATER BAYLE, Elsa, "Los derechos sucesorios de las parejas estables en la reciente doctrina del Tri-

bunal constitucional", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3, agosto 2015, p. 543 ss.

(4) V. nota n. 1.

(5) BARBA, V., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 345-371.

(6) BIANCA, C. M., *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, Milano, 2001, III ed., p. 654.

(7) Por todos, el primer autor que defiende la validez

(aunque reducible) de la desheredación del legitimario. Ver BARBA, V., *La disposizione testamentaria di diseredazione*, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 11, pp. 763-787. Posteriormente, la postura encontró amplio apoyo en la doctrina.

(8) MENGONI, L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, Milano, 2000, in 4 ed., p. 44 ss.; PERFETTI, U., *Dei legittimari*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2020.

un freno a la libertad de disponer (9), ya que impone una serie de limitaciones al causante en la disposición de su patrimonio. La legítima asegura que ciertos herederos forzosos reciban una porción mínima de bienes, incluso contra la voluntad del testador. Este mecanismo actúa como una protección para los miembros de la familia, garantizando que consigan una parte alícuota.

Más complejo, sin embargo, me parece el análisis destinado a establecer si la legítima en sí constituye una *pars hereditatis*, una *pars valoris bonorum* o una *pars bonorum* (10).

En Italia, la interpretación predominante es que la legítima es una verdadera *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* (11). No obstante, comienzan a surgir algunas excepciones que sugieren que la legítima, en unos supuestos especiales, podría ser considerada una *pars valoris*, lo que implicaría una valoración de los bienes para asegurar la cuota de los legitimarios, sin necesariamente otorgarles una parte específica de los bienes.

En el derecho peruano, la cuestión es aún más compleja. Las normas sobre la preterición y la caducidad del testamento podrían llevar a pensar que la legítima es una *pars hereditatis*. Esta tesis parece corroborada por la norma que establece que la legítima entre los legitimarios debe ser dividida según lo establecido en las normas sobre sucesión intestada. Sin embargo, la norma sobre la reducción de las disposiciones testamentarias y, especialmente, la que establece que, para calcular la legítima, se deben reunir ficticiamente las donaciones, induce a creer que, incluso en el Código civil peruano, la legítima podría ser considerada una *pars valoris bonorum* o una *pars bonorum*.

El tema me parece sumamente complejo, y sobre este aspecto, tras analizar la preterición del heredero forzoso y la reducción de las disposiciones testamentarias, que constituirán la parte central de esta reflexión, trataré de hacer algunas observaciones finales, pues me parece que en este aspecto el derecho civil peruano, si bien tiene considerables puntos de contacto con el italiano, está claramente distante de él.

## V. La preterición del heredero forzoso

La norma del Código Civil peruano sobre la preterición de herederos forzosos (art. 806, Cód. Civil) establece que la preterición de uno o más de estos herederos invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Después de haber sido pagada esta, la porción disponible pertenece a quienes hubieran sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios.

Según la mejor doctrina, esta disposición se refiere principalmente al caso de desheredación voluntaria, es decir, cuando hay una voluntad expresa de excluir a uno o más herederos forzosos del testamento (12).

Según mi opinión, esta disposición no debería limitarse solo a la preterición voluntaria, sino también aplicarse en el caso de preterición involuntaria, a menos que concurran los presupuestos de la caducidad del testamento conforme al art. 805 del mismo Código. Este artículo señala que el testamen-

to caduca cuando el testador deja herederos forzosos que no tenía al momento de otorgar el testamento y que estén vivos o concebidos al momento de su muerte, siempre que nazcan vivos.

La doctrina establece que la preterición se refiere a la exclusión total de uno o más herederos forzosos del testamento, sin mencionar su existencia o sin asignarles ninguna parte de la herencia. Esto se diferencia de la desheredación expresa, en la cual el testador menciona explícitamente a un heredero forzoso, pero lo excluye de la herencia por alguna causa específica permitida por la ley. En el caso de la preterición, la exclusión es total y no se menciona al heredero forzoso en absoluto, lo cual desencadena la protección legal de su legítima.

En caso de preterición, la ley busca restituir a los herederos forzosos su legítima, invalidando la institución de herederos en la medida en que esta afecte sus derechos (13). Una vez pagada la legítima a los herederos preteridos, la porción disponible de la herencia puede ser atribuida a los herederos instituidos, quienes pasan a tener la condición de legatarios (14).

La preterición de herederos forzosos puede generar complicaciones en la ejecución del testamento, ya que implica una revisión y posible redistribución de la herencia. Los herederos instituidos inicialmente pueden ver reducida su parte de la herencia debido a la necesidad de cubrir la legítima de los preteridos. Este proceso puede ser conflictivo y dar lugar a disputas legales entre los herederos, especialmente si existen tensiones familiares previas.

La condición de legatarios asignada a los herederos instituidos indebidamente es una consecuencia directa de la preterición. Los legatarios son aquellos que reciben una porción específica de la herencia, pero no tienen el mismo nivel de derechos que los herederos. La conversión de herederos en legatarios busca equilibrar los derechos de los preteridos con los deseos del testador, permitiendo que la herencia se distribuya de manera más equitativa.

Aunque el texto de la norma no lo especifica explícitamente, para que opere la tutela prevista en caso de preterición no es suficiente la sola preterición. Es necesario también que el heredero forzoso no haya recibido su legítima a título de donación o a título de legado (15). Esto implica que la simple omisión en el testamento no activa automáticamente la protección, sino que debe verificarse que el preterido no haya recibido su legítima.

En este punto, surge un posible dilema interpretativo: en el caso de que el heredero forzoso haya sido preterido en el testamento, pero haya recibido algo mediante donación o legado, ¿debería aplicarse la tutela prevista para la preterición o debería recurrirse a la regulación establecida en el art. 807 relativa a la reducción de las disposiciones testamentarias? Este artículo establece el mecanismo para reducir las disposiciones testamentarias en caso de que estas afecten la legítima de los herederos forzosos.

En mi opinión, la interpretación preferible es que, en el caso de preterición, es decir, cuando el heredero forzoso no haya sido

mencionado como heredero en el testamento, siempre debe operar el mecanismo específico de la preterición. Esto implica que, incluso si el preterido ha recibido una donación o un legado (que no cumple con su legítima), si no ha sido nombrado heredero, la protección que se activa es la de la preterición. Por otro lado, el mecanismo de la reducción, según el art. 807 del Cód. Civil, debería aplicarse cuando el heredero forzoso ha sido instituido como heredero, pero la institución no le permite alcanzar su legítima. En estos casos, se busca ajustar las disposiciones testamentarias para que el heredero forzoso reciba efectivamente la parte que le corresponde por ley.

La distinción entre estos dos mecanismos es crucial para garantizar una correcta aplicación de la ley y una justa distribución de la herencia. La preterición se centra en la omisión total del heredero forzoso en el testamento, asegurando que se le reconozca y se le otorgue su legítima en concepto de heredero, mientras que la reducción se aplica en situaciones donde el heredero ya está mencionado, pero no recibe lo que legalmente le corresponde. Esta interpretación no solo se alinea con una lectura lógica y sistemática del Código Civil, sino que también asegura que los derechos de los herederos forzosos sean protegidos de manera efectiva.

Este artículo no se limita a establecer una simple caducidad o ineficacia de las disposiciones testamentarias que contravengan la legítima, sino que se trata de una verdadera y propia invalidación de dichas disposiciones. Es fundamental entender esta diferencia, ya que tiene implicaciones significativas en la distribución de la herencia y protección de los derechos de los herederos forzosos.

La invalidación de las disposiciones testamentarias que contravienen la legítima se fundamenta en la violación de una norma imperativa (16).

Cuando se invalida una disposición testamentaria por contravenir la legítima, se produce una vacancia de la cuota hereditaria. Esta vacancia no significa simplemente que la disposición quede sin efecto; implica que esa parte de la herencia queda libre para ser asignada al legitimario preterido. El legitimario preterido, en virtud de esta invalidación, adquiere el título de heredero y, en consecuencia, tiene derecho a recibir bienes suficientes para satisfacer su legítima.

La cuestión se complica cuando el testador ha instituido herederos tanto a legitimarios como a terceros. En estos casos, es crucial distinguir entre las disposiciones que afectan a los herederos forzosos y las que benefician a los terceros. Si se ha preterido a un legitimario, las únicas disposiciones testamentarias que se invalidan son aquellas que afectan a los terceros, mientras que las disposiciones en favor de otros legitimarios no se tocan. Esto asegura que la cuota de la legítima se respete íntegramente.

Por ejemplo, si un testador ha dejado una parte de su patrimonio a un hijo (legitimario) y otra parte a un amigo (tercero), y resulta que ha preterido a otro hijo (legitimario), la invalidación solo afectará la disposición a favor del amigo. La disposición en favor del hijo que sí fue incluido en el testamento no se verá afectada. Esto es coherente con el principio de proteger los derechos de los herederos

forzosos sin alterar las disposiciones que el testador hizo en cumplimiento de sus obligaciones legales.

En la práctica, la invalidación de disposiciones testamentarias por preterición requiere un proceso judicial, donde el legitimario preterido debe solicitar la reducción de las disposiciones que contravienen su derecho. Este proceso garantiza que se respeten los derechos de todas las partes involucradas y se haga una distribución justa del patrimonio.

Es importante notar que esta protección no solo garantiza que el legitimario preterido reciba su cuota de legítima, sino que también le confiere el título de heredero. Este título es crucial porque le permite acceder y administrar los bienes necesarios para satisfacer su legítima. En otras palabras, no solo se le reconoce un derecho abstracto, sino que se le otorgan los medios prácticos para hacerlo valer.

Una cuestión que plantea esta norma, en conexión con los arts. 737 y 738 del Cód. Civil, es la siguiente: si en presencia de herederos forzosos el testador puede instituir herederos voluntarios o si la cuota de libre disposición debe ser asignada únicamente a través de legados, dejando al testador la posibilidad de instituir herederos voluntarios solo en el caso en que no tenga ningún legitimario.

La norma contenida en el art. 737 del Cód. Civil, en la parte en que dice que el testador que no tenga herederos forzosos puede instituir herederos voluntarios, y la norma del art. 738 del Cód. Civil, que establece que el testador que tiene herederos forzosos puede instituir legatarios en la parte de libre disposición, deja presumir que en presencia de herederos forzosos, el título de heredero corresponde solo a los legitimarios y no hay posibilidad de instituir, aunque sea en la sola cuota de libre disposición, un heredero voluntario.

Aunque esta interpretación parece ser la que más se ajusta a la letra de las normas indicadas, es decir, de los arts. 737, 738 y 806 del Cód. Civil, creo que sería oportuno preferir una interpretación diferente y afirmar que el testador, limitadamente a la cuota de libre disposición, pueda también instituir herederos voluntarios. En el supuesto de que esta institución de heredero, al igual que el legado, determinase una lesión de la legítima, existe la norma del art. 807 del Cód. Civil sobre la reducción de las disposiciones testamentarias, que sirve para reequilibrar la legítima lesionada.

Propongo una interpretación más flexible y equilibrada. Permitir que el testador instituya herederos voluntarios incluso en presencia de herederos forzosos, pero limitándose a la cuota de libre disposición, podría armonizar mejor con el espíritu de la ley y la intención del testador. Esta interpretación permitiría una mayor libertad testamentaria, siempre que no se vulneren los derechos de los herederos forzosos a su legítima. En caso de que la institución de herederos voluntarios conduzca a una lesión de la legítima, la norma del art. 807 del Cód. Civil proporciona una solución clara mediante la reducción de las disposiciones testamentarias.

La norma del art. 806 del Cód. Civil, en la parte en que establece que se invalidan las instituciones de heredero en la medida en

(9) SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., *Comentario art. 723, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, Instituto Pacífico, Lima, 2022, Tomo IV, p. 686.

(10) RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, "Derecho de sucesiones. Común y foral, II", Madrid, 2009, 4 ed., p. 1405-1460, en cuanto al contenido del derecho que corresponde al legitimario, pueden proponerse seis tipos diferentes: a) legítima como *pars hereditatis* (la ley atribuye al legitimario la cualidad de heredero); b) legítima como *pars valoris* (la ley concede al legi-

timario un simple derecho de crédito, a pagar en dinero); c) legítima como *pars valoris bonorum* (la ley atribuye un derecho de crédito, que goza de causa legítima sobre uno o varios bienes hereditarios); d) legítima *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet* (la ley atribuye un derecho de crédito, que goza de una causa legítima de preferencia sobre uno o varios bienes hereditarios y el derecho de crédito del legitimario debe satisfacerse con bienes hereditarios y no en dinero) e) legítima como *pars bonorum* (la ley considera al legitimario copropietario de los bienes

de la herencia, de modo que el legitimario es un receptor legal de bienes si su legítima no se ha satisfecho de otro modo); f) legítima puramente simbólica (la ley impone una atribución pecuniaria de cualquier tipo a favor del legitimario, aunque no tenga valor económico).

(11) BARBA, V., *La successione dei legittimari*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, p. 5 ss.

(12) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 806, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 992.

(13) *Luces y sombras del Código civil*, Tomo I, por Max Arias Schreiber Pezet, Studium, Lima, 1991, p. 198.

(14) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 806, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 996.

(15) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 806, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 992.

(16) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 806, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 993.

que sea necesario para instituir al legitimario heredero en una cuota que le permita satisfacer su legítima y, simultáneamente, se considera a los instituidos herederos como legatarios, es una consecuencia necesaria de la invalidación de la institución de heredero. No se trata de una reducción, por lo que esta institución de heredero no permanece válida, aunque sea en una cuota reducida, sino que queda íntegramente anulada, de manera que es necesario atribuir otro título al originario heredero voluntario para que se le asigne la cuota de libre disposición, una vez satisfecha la legítima de los legitimarios preteridos. Esta norma, además, resuelve un problema práctico porque evita un problema de recálculo de la cuota.

En resumen, aunque la interpretación literal de los arts. 737, 738 y 806 del Cód. Civil podría sugerir que en presencia de herederos forzosos no es posible instituir herederos voluntarios, una interpretación más flexible y coherente con el espíritu de la ley permitiría al testador disponer libremente de la cuota de libre disposición. Esta interpretación no solo respeta la legítima de los herederos forzosos, sino que también facilita una planificación sucesoria más efectiva y equitativa, reflejando mejor la voluntad del testador. La norma del art. 807 del Cód. Civil proporciona una salvaguarda adecuada para reequilibrar cualquier lesión de la legítima, asegurando así que todos los intereses se consideren y protejan adecuadamente.

Se podría plantear una cuestión compleja en el caso en que el testador instituya como único heredero a uno de sus herederos forzosos, preteriendo a otro. Por ejemplo, un padre con dos hijos que instituya como heredero universal a uno solo de ellos, preteriendo al otro, sin desheredarlo y sin que exista una causa justa para la desheredación. En este caso, el hijo preterido debe actuar con la acción de preterición, mediante la cual la disposición testamentaria en favor del hermano debería considerarse nula.

Si aplicamos literalmente la norma sobre la preterición, se llegaría a un resultado paradójico: el hijo preterido se convierte en heredero, mientras que el hijo instituido como único heredero queda en la posición de legatario. Dado que la lógica de la norma del art. 806 del Cód. Civil es garantizar que todos los herederos forzosos sean herederos, cabe suponer que en este caso la norma debería funcionar de una manera peculiar.

La invalidez de la institución no puede abarcar la totalidad de la designación como heredero del único legitimario instituido, sino solo en la medida necesaria para permitir que el otro legitimario también adquiera la calidad de heredero y, por este título, obtenga la legítima que le corresponde. En un caso como el descrito, es necesario imaginar un correctivo al funcionamiento de la norma sobre la preterición. Esta debería interpretarse en el sentido de que se anulan las instituciones de heredero hechas a herederos voluntarios y también aquellas realizadas a herederos forzosos, pero solo en la medida necesaria para satisfacer la legítima del heredero forzoso preterido.

La acción de preterición, por lo tanto, no tiene como objetivo invalidar completamente la institución de heredero hecha a un heredero forzoso, sino ajustar la disposición testamentaria para garantizar que todos los herederos forzosos reciban su legítima. En el caso específico en el que un padre instituye como heredero universal a uno de sus hijos, preteriendo al otro, el correctivo implicaría que la institución de heredero se mantiene en parte,

permitiendo que ambos hijos obtengan la calidad de herederos y reciban sus respectivas legítimas.

Es fundamental que la interpretación de la norma sobre la preterición tenga en cuenta la necesidad de evitar resultados injustos o paradójicos. En el caso planteado, la solución pasa por ajustar la disposición testamentaria de manera que se preserve el derecho de todos los herederos forzosos a su legítima, sin anular completamente la voluntad del testador.

## VI. Reducción de disposiciones testamentarias

El art. 807 del Cód. Civil establece que las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos forzosos deben reducirse, a petición de estos, en lo que fueran excesivas. Este artículo tiene como objetivo principal proteger los derechos de los herederos forzosos, asegurando que se respete la porción legítima del patrimonio que les corresponde por ley (17).

Al garantizar que los herederos forzosos reciban su legítima, el art. 807 busca evitar situaciones en las que un testador pueda perjudicar a estos herederos mediante la disposición excesiva de sus bienes en favor de otros beneficiarios.

La reducción de disposiciones testamentarias implica una intervención judicial para ajustar el testamento del fallecido. Esta intervención se produce a petición de los herederos forzosos, quienes deben demostrar que las disposiciones testamentarias afectan negativamente su legítima. En este sentido, la norma establece un mecanismo de protección que permite a los herederos forzosos reclamar lo que les corresponde legalmente.

Un aspecto importante del art. 807 es que la reducción de las disposiciones testamentarias se realiza únicamente a petición de los herederos forzosos. Esto implica que, si estos no solicitan la reducción, las disposiciones testamentarias excesivas pueden permanecer intactas.

Es relevante mencionar que la reducción de disposiciones testamentarias no implica la anulación total del testamento (18). En lugar de eso, se ajustan las disposiciones específicas que menoscaban la legítima, permitiendo que el resto del testamento permanezca válido. Además, no se trata, como el supuesto del art. 806 del Cód. Civil de una invalidez, sino de una simple ineficacia (19). Este enfoque equilibra los deseos del testador con los derechos legales de los herederos forzosos, asegurando una distribución justa del patrimonio.

La aplicación del art. 807 del Cód. Civil puede variar en función de las circunstancias particulares de cada caso. Por ejemplo, si un testador dispone de la mayor parte de su patrimonio en favor de un heredero voluntario, dejando una porción insuficiente para los herederos forzosos, estos últimos pueden solicitar la reducción de las disposiciones testamentarias. El juez deberá determinar cuánto se debe reducir para que la legítima de los herederos forzosos sea respetada, aunque no se indica cómo debe proceder la autoridad judicial (20).

En la práctica, la reducción de disposiciones testamentarias puede presentar desafíos complejos. Los bienes del patrimonio pueden incluir activos de diferentes tipos, como propiedades inmuebles, inversiones, cuentas bancarias y otros. La valoración de estos bienes y la determinación de la parte que corresponde a la legítima pueden requerir

la intervención de peritos y especialistas en valuación. Asimismo, las disposiciones testamentarias pueden incluir condiciones o términos específicos que complican la aplicación de la reducción.

Para que se pueda aplicar esta norma, y con el fin de realizar una coordinación con la prevista en el art. 806 del Cód. Civil, es necesario que el legitimario sea instituido como heredero, aunque la institución de heredero no le permita obtener la legítima que le corresponde (21). El presupuesto de aplicación de esta norma es, por tanto, que el legitimario sea llamado a la sucesión a título de heredero. En los casos en los que no sea llamado como heredero o sea solo destinatario de un legado, deberá actuar mediante la acción por preterición, recogida en el art. 806 del Cód. Civil.

El art. 807 del Cód. Civil se refiere indistintamente a la reducción de disposiciones testamentarias, lo cual sugiere que no hay diferencia entre instituciones de heredero y legados. Ambas disposiciones deben reducirse proporcionalmente, de manera similar a lo que ocurre en el derecho italiano y en contraste con el derecho español, donde, según el art. 815 del CCES, primero se reducen las instituciones de heredero y solo posteriormente, los legados y la mejora.

Debe admitirse que el testador pueda establecer en el testamento disposiciones de preferencia, es decir, determinar en qué orden deben reducirse las disposiciones testamentarias o señalar si algunas deben ser preferidas sobre otras y, por tanto, reducirse solo después de haber agotado la reducción de aquellas que no están sujetas a preferencia. Esto significa que, mediante una disposición de preferencia, el testador puede alterar el principio según el cual todas las disposiciones testamentarias deben reducirse proporcionalmente. Esta opción proporciona flexibilidad al testador para ajustar la distribución de su patrimonio según sus deseos, siempre y cuando se respeten los derechos de los herederos forzosos. Sin embargo, esta preferencia no puede afectar la legítima de los herederos forzosos, ya que su derecho a la legítima es inalienable y debe ser garantizado.

En principio, la reducción de las disposiciones testamentarias afecta a todas las disposiciones, independientemente de quiénes sean los beneficiarios. Sin embargo, se entiende que, si existe una disposición a favor de un heredero forzoso, esta no puede reducirse más allá de lo que permita a dicho heredero obtener su legítima.

Cabe debatir si una institución de heredero hecha a favor de un heredero forzoso que le permita obtener más de la legítima debe considerarse sujeta a reducción. La idea es que, en este caso, la disposición debe estar sujeta a reducción, pero no más allá de lo que permita al legitimario obtener su legítima. Esto significa que es reducible únicamente en la parte en que asigna al heredero forzoso más de lo que le corresponde por legítima.

Parte de la doctrina (22), en ausencia de una indicación específica sobre cómo debe procederse a la reducción de las disposiciones testamentarias, asume que se podrían aplicar las normas del derecho italiano y, en particular, aquellas deducibles de los arts. 553-564 CCIT. No obstante, más que una aplicación directa de estas normas, las cuales no parecen ser perfectamente aplicables al derecho peruano, principalmente porque en el derecho peruano existe la disciplina de la preterición, que no tiene un correlato en la legislación italiana, se trata de aplicar ciertos principios generales.

En primer lugar, la reducción debe operar limitadamente a lo necesario para integrar la legítima del legitimario instituido heredero en cuota insuficiente para cubrir su legítima. Si el heredero hubiera sido completamente preterido, se debería actuar mediante otra acción específica, ex art. 806 del Cód. Civil. Este enfoque asegura que la reducción se enfoque únicamente en restituir la parte que corresponde al heredero forzoso en la medida justa, sin desvirtuar completamente la voluntad del testador.

Asimismo, las disposiciones testamentarias deben reducirse de manera proporcional. Esto significa que todas las disposiciones testamentarias se ajustan equitativamente para cumplir con la legítima, y solo cuando estas no sean suficientes para cubrirla, se procederá a reducir las donaciones.

Otro principio fundamental es que el legitimario que solicite el complemento de su legítima debe imputar las donaciones y los legados que se le hayan hecho, siempre que estos no se hayan realizado con dispensa de imputación y siempre que dicha dispensa tenga efecto. Es crucial considerar que la dispensa no tiene efecto más allá de la cuota de libre disposición. Este principio asegura que las donaciones y legados previos se consideren parte del patrimonio recibido por el legitimario, evitando así una doble asignación de bienes en perjuicio de otros herederos.

Por otro lado, no tendría aplicación en el contexto peruano la norma italiana sobre la restitución contra el beneficiario, ni la de restitución contra terceros adquirentes. Tampoco tendría sentido aplicar las normas italianas en materia de condiciones para el ejercicio de la acción. Estas disposiciones, específicas del derecho italiano, no encuentran un reflejo adecuado en el sistema normativo peruano, lo que hace impracticable su aplicación directa.

No se trata, por tanto, de aplicar las normas italianas directamente, ya que no parecen ser perfectamente compatibles con el sistema peruano. En su lugar, se trata de aplicar principios generales que protejan de manera cuantitativa y cualitativa al legitimario. Estos principios buscan garantizar que los herederos forzosos reciban lo que legítimamente les corresponde, respetando los derechos fundamentales establecidos en el derecho sucesorio peruano.

Este enfoque de aplicar principios generales en lugar de normas específicas de otro ordenamiento jurídico, como el italiano, permite una mayor flexibilidad y adecuación a las particularidades del sistema peruano. A través de la adopción de estos principios generales, se puede garantizar una protección efectiva y justa para los herederos forzosos, asegurando que se respeten tanto los derechos de los legitimarios como la voluntad del testador dentro de los límites legales.

## VII. Naturaleza de la legítima en derecho peruano

A la luz de estas consideraciones, es difícil afirmar que la legítima constituya en el derecho peruano una *pars hereditatis*. Aunque es cierto que el ordenamiento peruano busca garantizar a los legitimarios siempre el título de heredero, permitiéndoles en el caso de preterición convertirse en herederos y, en caso de instituciones de herederos que hayan sido lesionados, garantizando una expansión de su cuota hereditaria, es igualmente verdadero que, en abstracto, podrían darse casos en los cuales el legitimario no sea heredero.

(17) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 807, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 998.

(18) *Luces y sombras del Código civil*, Tomo I, por Max

Arias Schreiber Pezet, Studium, Lima, 1991, p. 198.

(19) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 807, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 998.

(20) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 807, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 999.

(21) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 807, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit.,

p. 998.

(22) PALACIOS MARTÍNEZ, E., "Comentario art. 806, en Nuevo Comentario del Código Civil Peruano", ob. cit., p. 1000.

El interés que el ordenamiento peruano, al igual que el italiano y el español, parece querer garantizar es que el legitimario obtenga su legítima. Preferentemente, si no ha recibido la legítima, la forma de conseguirla es adquiriendo un título de heredero idóneo para obtener de la masa hereditaria bienes suficientes para satisfacer la legítima.

Si el legitimario ha sido satisfecho integralmente mediante una donación previa, incluso si hubiera sido preterido, no podría actuar con la acción de preterición. Hemos entendido que la preterición tiene la finalidad de proteger no la preterición en sí misma, sino la preterición en la medida en que no permite conseguir la legítima. En otros términos, el principio general, que hemos considerado aplicable al derecho peruano, según el cual el legitimario debe imputar a su legítima todas las donaciones y legados recibidos, excluye que el interés primario del derecho peruano sea atribuir la calidad de heredero. Tal calidad constituye solo un instrumento o medio para dar al legitimario título para reclamar bienes de la masa hereditaria cuando no ha sido satisfecho.

Además, la circunstancia de que tanto la acción de preterición como la acción de reducción no sean automáticas, sino que requieran una acción por parte del legitimario, demuestra que se trata de una tutela disponible, que es sustancialmente incompatible con la idea de que la legítima sea considerada una *pars hereditatis*.

Dicho esto, no cabe duda de que se trata de una *pars bonorum* y no de una simple *pars valoris bonorum*.

La ley peruana, al menos desde mi punto de vista, no atribuye al legitimario un simple derecho de crédito a pagar en dinero (*pars valoris*), ni un derecho de crédito que goza de causa legítima sobre uno o varios bienes hereditarios (*pars valoris bonorum*), ni finalmente, un derecho de crédito que goza de una causa legítima de preferencia sobre uno o varios bienes hereditarios y el derecho de crédito del legitimario debe satisfacerse con bienes hereditarios y no en dinero (*pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*), sino una verdadera *pars bonorum*, en cuanto considera al legitimario copropietario de los bienes de la herencia, de modo que el legitimario es un receptor legal de bienes si su legítima no se ha satisfecho de otro modo.

Bajo esta perspectiva, la razón por la cual he manifestado algunas perplejidades al aplicar las normas italianas y he propuesto aplicar solo los principios, me parece que mientras la legítima en Italia se considera como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, en el derecho peruano constituye una verdadera *pars bonorum*. Esta diferencia es fundamental para comprender cómo se debe abordar la protección de los legitimarios en cada sistema legal.

Obviamente, se trata, como es sabido, de clasificaciones generales que no capturan todas las sutilezas y matices de las que se compone el derecho sucesorio, pero que constituyen un intento necesario para entender la naturaleza de la legítima y determinar los principios a la luz de los cuales esta disciplina debería ser analizada.

En resumen, la interpretación y aplicación de los principios generales en el contexto del derecho peruano es crucial para garantizar que los legitimarios reciban una protección adecuada y equitativa, respetando sus derechos y las disposiciones del testador dentro de los límites legales establecidos.

#### VIII. Bibliografía

BARBA V., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 345-371.

BARBA V., *La disposizione testamentaria di diseredazione*, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 11, pp. 763-787. Posteriormente, la postura encontró amplio apoyo en la doctrina.

BARBA V., *La successione dei legittimari*, *Edizioni scientifiche italiane*, Napoli, 2020, p. 5 ss.

BARBA V., "Qué es familia y para qué sirve. Sobre la dudosa constitucionalidad del artículo 29 de la Constitución italiana", en *Revista Boliviana de Derecho*, 2024, n. 38, pp. 142-171.

BIANCA C.M., *Diritto civile. 2. "La famiglia, le successioni"*, Milano, 2001, III ed.

HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN - MARTÍNEZ RUANO, PEDRO - PAÑOS PÉREZ, ALBA, "Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril", en *Revista Crítica de Derecho Immo-*

*biliario*, Año n.º 91, N.º 749, 2015, pp. 1173-1195.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, "Luces y sombras del Código Civil", Tomo I, Studium, Lima, 1991.

MENCONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, Milano, 2000, in 4 ed., p. 44 ss.; U. PERFETTI, *Dei legittimari*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2020.

PALACIOS MARTÍNEZ E., "Comentario art. 806", en *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, Instituto Pacífico, Tomo IV, Lima, 2022, PALACIOS MARTÍNEZ E., "Comentario art. 807", en *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, Instituto Pacífico, Tomo IV, Lima, 2022.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, "Derecho de sucesiones. Común y foral", Madrid, 2009, II, 4 ed., pp. 1405-1460.

SABATER BAYLE, Elsa, "Los derechos sucesorios de las parejas estables en la reciente doctrina del Tribunal constitucional", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º3, agosto 2015, p. 543 ss.

SANTILLÁN SANTA CRUZ R., "Comentario art. 723", en *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, dirigido por Juan Espinoza Espinoza, Instituto Pacífico, Tomo IV, p. 686, Lima, 2022.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2475/2024

### Comité Científico de Árbitros

Prof. Dr. Guido Alpa, Università di Roma-Sapienza, Italia.  
 Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.  
 Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Giuseppe Conte, Università degli Studi Firenze.  
 Prof. Irene Coppola, Università degli Studi di Salerno, Italia.  
 Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Gregor Christandl, Universität Graz, Austria.  
 Prof. Dra. Carmen Domínguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
 Prof. Dr. Anatol Dutta, Ludwig Maximilians Universität, Alemania.  
 Prof. Alfredo Ferrante, Università di Pisa, Italia.  
 Prof. Dr. Augusto Ferrero Costa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Prof. Dr. Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin Lyon 3, Francia.  
 Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.  
 Prof. Dr. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, Italia.  
 Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.  
 Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.  
 Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Nenad Lhaca, Sveučilište u Rijeci, Croacia.  
 Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Universidad de Zaragoza, España.  
 Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.

Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dra. Romana Pacia, Università degli Studi di Trieste, Italia.  
 Prof. Ubaldo Perfetti, Università degli Studi di Macerata, Italia.  
 Prof. Dr. Carlo Pilia, Università degli Studi di Cagliari, Italia.  
 Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.  
 Prof. Dr. Pablo Sanabria, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Fulvio Santarelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Universität Liechtenstein, Liechtenstein.  
 Prof. Dr. José W. Tobías, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.  
 Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Angelo Viglianisi Ferraro, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, Italia.  
 Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.  
 Prof. Dr. Alessio Zaccaria, Università degli Studi di Verona, Italia.

### Árbitros sorteados para seleccionar las publicaciones de este número



Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.



Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.



Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.



Prof. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana



Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
 Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi  
 Valderama  
 Jonathan A. Linovich  
 Ana Novello  
 Elia Reátegui Hehn  
 Érica Rodríguez  
 Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:  
 Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
 Bs. As. República Argentina  
 Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
 Provincia de Buenos Aires.



0810-266-4444