

Los vicios de la Voluntad*

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor Principal

Resumen: El autor trata de los vicios de la voluntad error y dolo, en cuanto su existencia produce no la nulidad sino tan sólo la anulabilidad del negocio jurídico, inclusive las declaraciones provenientes de la voluntad unilateral. La doctrina de las instituciones, que ha estudiado para hacer este trabajo, es francesa, alemana e italiana, o sea la mejor doctrina jurídica contemporánea.

8.—*Renuncia a la acción o excepción por error.*— En los contratos las partes suelen pactar que el error cometido en determinado extremo, no da lugar a la anulabilidad. Entre nosotros, vendedor y comprador insertan cláusula por la cual renuncian a las excepciones de error, dolo y lesión, así como a los plazos para interponerlas. Esas cláusulas son, a mi juicio, válidas en cuanto al error y a la lesión, pero no en lo que respecta al dolo. La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción es nula, declara el art. 1321 del cód. civ. peruano. Sobre esta cuestión véase PLANIOL-RIPERT y Esmein (111).

9.—*Prueba del error.*— El error hay que probarlo. Deberán acreditarse los hechos que ocasionaron el error. Además, quien lo sufre no debe ser pasible de culpa. Y el error debe existir tanto en uno como en otro contratante para que vicie el consentimiento, siempre que no proceda de dolo de la otra parte.

En cuanto al error en la persona sólo sería considerado como causal de anulabilidad del negocio jurídico si éste se perfec-

* Véase la primera parte en esta Rev. Vol. 39, 1975 p. 99 y ss.

(111) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Cultural S.A., Habana, 1940, N° 178, p. 242.

cionó *intuitus personae*. Se acredita que el contrato se concluyó en atención a la persona.

El error en la persona se toma en cuenta aunque sólo sea unilateral y no lo experimenten las dos partes. Así, quien dona porque cree que es pariente del donatario y no lo es.

Poco importa la causa del error, sea éste error de hecho o error de derecho.

Acerca de la prueba del error, PLANIOL-RIPERT y Esmein (112) expresan: a) que la parte deberá acreditar que su consentimiento se dió sólo porque estuvo en error; b) que la otra parte conocía o debió haber conocido el error que experimentó; y c) que la creencia que tenía era contraria a la realidad, es decir, errónea. La carga de la prueba le corresponde al actor, por lo mismo que quien alega un hecho está obligado a probarlo.

Paul OERTMANN (113) apunta que quien invoca supuestos vicios de voluntad, necesita alegarlos y, en caso necesario, probarlos, como que constituyen un hecho que impide determinados efectos jurídicos. Dice que esta dinámica procesal hace que disminuyan los inconvenientes de orden práctico que podría causar una consideración excesiva de los vicios de voluntad.

Con arreglo al art. 337 del cód. de proc. civ., las partes deben probar los hechos que aleguen, salvo los que se presumen conforme a ley. La parte que invoca el error debe acreditarlo; y deberá probar además que es error substancial; que a virtud de ese error es que formuló la declaración de voluntad cuya anulabilidad pide, sea en vía de acción, sea en vía de excepción. Puede promoverse acción en forma, pidiendo la declaración judicial de anulabilidad en la vía ordinaria, o deduciéndola como excepción. En el canal ejecutivo no puede el deudor oponer la excepción de anulabilidad por error, a no ser que dicho error se compruebe con la simple lectura del título que sirve de recaudo (véase art. 405 del cód. de proc. civ. y también el art. 404 del mismo código sobre nulidad flagrante).

10.—*Dolo que atenta contra la validez de la declaración de voluntad del emisor.*— Otro vicio de la voluntad es el dolo cometido en el perfeccionamiento del contrato de compra-venta de cosas. El art. 1085 de nuestro C.C. previene.

(112) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Cultural S.A., Habana 1940, Nº 187, p. 256.

(113) Introducción al Derecho Civil, Editorial Labor, S.A., Barcelona - Buenos Aires, s/a., § 42, 1, p. 232.

“Para que el dolo produzca la nulidad del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes, cuando se trate de actos bilaterales”.

Y el art. 1088 del mismo C.C. establece:

“La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa”.

Debemos exponer la doctrina extranjera sobre este dolo cometido en la conclusión y no en la ejecución de un negocio jurídico. Examinemos, primero la doctrina francesa en esta área.

Sin embargo, antes de acudir a la opinión de los juristas extranjeros, debemos examinar el instituto del dolo en forma general.

El dolo lo encontramos en el derecho civil y en el derecho penal. Dentro del derecho civil el dolo puede aparecer como vicio de la voluntad en la formación del negocio jurídico (ejemplo, en un contrato); o en la ejecución del negocio jurídico; o de obligaciones provenientes de otra fuente, o en el acto ilícito.

No existe dolo civil y dolo penal. El dolo es uno solo. Sólo existen matices del dolo; formas del dolo; grados del dolo.

Para una mejor comprensión de esta figura, debemos expresar con antelación, que el dolo lo tratan los civilistas no sólo cuando se ocupan del acto ilícito, sino también en la inejecución de las obligaciones que la ley ó el negocio jurídico (contrato, testamento, etc) contiene. Por tanto, nosotros informamos de la opinión de éstos sobre el dolo, no sólo en cuanto importa vicio de la voluntad, sino en la ejecución del contrato, por ejemplo. A este respecto, el art. 1328 de nuestro cód. civ. advierte inicialmente que los contratos deben *ejecutarse* según las reglas de la buena fe; y nada más opuesto a este principio que el dolo. Buena fe y dolo son fenómenos excluyentes y antipodales.

En todos los casos de dolo es exigible la indemnización de daños y perjuicios. Es obvio que el dolo en la formación del negocio, que indujo a error a la otra parte, no sólo le da derecho a ésta a demandar la anulabilidad de ese negocio jurídico, sino a exigir el pago de una indemnización de daños y perjuicios. Igual sucede en el acto ilícito doloso, pero en este campo nuestro cód. civ. si bien en su art. 1136 declara que hay que indemnizar el daño, en otros preceptos del mismo título llama a la indemnización sólo reparación.

El art. 1320 del cód. civ. peruano previene:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en do-

lo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas”.

No es un modelo este precepto que incluye a la mora no obstante que ésta importa también incumplimiento culposo de la obligación y que extiende la responsabilidad del deudor aún a las hipótesis que no sean de dolo y negligencia, ya que aquí el vocablo “culpa” sólo importa negligencia, porque de lo contrario no se habría mencionado el dolo como causa del incumplimiento.

Empero, el art. 1320 legisla sobre el cumplimiento de las obligaciones ya formadas por el contrato o por la declaración unilateral de voluntad, o por la ley. En cambio, el dolo como vicio ataca la declaración de voluntad del sujeto capaz, en el negocio jurídico, sea éste contrato o declaración unilateral de voluntad.

“En tanto la ley no disponga otra cosa, el deudor es responsable sólo por culpa o negligencia y por dolo”. Lo dice el § 276 del BGB.

La esencia, la médula, la substancia del derecho reside en el concepto de responsabilidad; en el criterio de la culpa. ¿Qué es la culpa? ¿Cuándo a un ser debe considerársele culpable? Esto es lo trascendente. Más todavía para el derecho penal que para el derecho civil, porque la finalidad del primero es la sanción, el castigo, la pena. Y ésta puede para algunos pueblos, importar la supresión de la vida de aquel a quien los jueces han calificado como culpable. Quizá si por esta duda acerca de lo que es la culpa; por esta incerteza del concepto, es que debe repudiarse la aplicación de penas que, como la de muerte, son irremediables. La culpa en cuanto ésta comprende la negligencia y el dolo, aparece en el daño aquiliano y en la inejecución de las obligaciones emergentes del negocio jurídico o de la ley.

También resulta un problema complejo determinar cuándo el sujeto es imputable.

Conviene decir que nosotros, al igual que los germanos, consideramos dentro de la culpa, los dos matices de dolo y negligencia.

La responsabilidad penal es distinta de la responsabilidad civil.

Responsabilidad, en general, es estar obligado.

La responsabilidad penal aparece como consecuencia del delito.

Responsable es el que está obligado a responder.

Para la teoría civilística, el hombre responsable es el hom-

bre culpable. Ahora se abre paso, en Derecho Civil, en el campo de los hechos ilícitos, el principio primitivo y embrionario, de que el hombre es responsable por el simple hecho de causar el daño, aunque ese hombre no hubiere procedido culposamente, o sea con negligencia o con intención (*dolus*). Sin embargo, en Derecho Penal ello no funciona, porque la responsabilidad es una pura espiritualidad, salvo excepciones como la del delito de riña.

En cierto grado de la evolución del derecho romano (al final, evidentemente) el *dolus* era la intención inmoral dirigida a un fin antijurídico.

Hasta ahora, en nuestro derecho penal (cód. de Maúrtua) hay delitos calificados sólo por el resultado. Así, el de riña. Aquí existe realmente la responsabilidad objetiva, meramente causal y sin culpa. La sanción se aplica por el mero hecho de causar el daño; la responsabilidad nace por el simple resultado, sin atenderse a que el daño se produjo sin culpa, sin intención, o sin negligencia.

Esta es la responsabilidad material, objetiva.

En Derecho Penal no existe una responsabilidad general por culpa, la que si existe en Derecho Civil. Culpa como descuido, negligencia, torpeza o imprudencia. No dolo, que también es un matiz de culpa; una forma de la culpabilidad.

En Derecho Penal no se ventilan las formas groseras de la culpa (*negligentia*). El código penal castiga sólo ciertos delitos cometidos por culpa del agente. Asimismo, el Derecho Penal no admite responsabilidad sin culpa. De donde resulta que la culpa (no dolo), es el límite mínimo de la responsabilidad penal; por debajo de una culpa no existe responsabilidad. En cambio, si existirá responsabilidad civil, pero no dentro de la teoría penal.

En el código penal un hombre responde por culpa en los delitos previstos en su parte especial. No en otros, por más grave que sea su negligencia: art. 82 § 1º cód. penal.

En Derecho Civil una responsabilidad puede exigirse aún en la hipótesis de que el agente demuestre en forma indubitable, su ausencia de culpa. Así, en los actos ilícitos. Sólo habría de liberarse de responsabilidad acreditando la existencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor. Por eso ninguna influencia tiene en el proceso civil indemnizatorio que se presente una sentencia penal absolutoria.

Además, dentro de una culpa contractual puede existir una culpa *ex-contractu*, pese a no existir culpa *ex-delito*. También en Derecho Civil existe una responsabilidad objetiva, o sea una

responsabilidad sólo por el resultado, que es embrionaria y primigenia, pero justa.

En nuestro cód. penal el art. 83 castiga aún a quien cometió una infracción sin que se le pueda atribuir ni probar que incurrió en negligencia o en dolo (114).

Dolo como vicio de la voluntad, es artificio, astucia o maquinación que se emplea para inducir a alguien a practicar un negocio jurídico (contrato, testamento, etc.), que lo perjudica. Este es el dolo tratado como vicio de la voluntad.

Es el llamado "dolo principal", que los romanos llamaban *dolus causam dans*; y que es el que produciría la anulabilidad.

El dolo es intencional. Para su prueba bastan las presunciones de hombre (que son las que el juzgador establece); no están legisladas.

El dolo produce error y es por medio del dolo que el autor induce a la otra parte al error.

En el error puro la idea falsa es del que lo sufre, sin que nadie lo haga incurrir en el error. En el dolo el error se experimenta a causa de la actividad de otro, que puede ser el que se beneficia, o un extraño.

Hay dolo principal y dolo incidental. Este sólo obliga a indemnizar daños y perjuicios: art. 1086 del cód. civ. peruano.

Las afirmaciones inexactas del contrario no importan dolo, aún cuando traten de disimular los defectos o exagerar las cualidades, si pueden ser fácilmente comprobadas por el contrario.

El dolo provoca el error en la otra parte; está encaminado a originar el error. Por el contrario, en el simple error, el mismo que lo sufre incurre en él, sin que medie dolo de los demás (115). Quien afirma que existió dolo en una persona, deberá probarlo; deberá acreditar los hechos que hacen inferir que esa persona actuó dolosamente.

(114) Podría alegarse que se trata de casos de peligro social. Empero, la objeción carece de fuerza frente al art. 87 del mismo cód. penal. Transcribimos el tenor de estos preceptos:

Art. 83.— "El agente de infracción no intencional ni culposa, será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley"

Art. 87.— "En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal"

(115) Si los contratos no son nulos de pleno derecho, sino sólo anulables por vía de acción (arts. 187 y 2281 cód. civ. del 52), surten sus efectos mientras no se decida (por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada) sobre los vicios que los invalidan. Sent. 10 Setiembre 1909, "A. J.", 1909, p. 288. No es muy neta la doctrina de este fallo.

Además, la declaración de anulabilidad repone las cosas al estado anterior al con-

Debe probarse que existe un nexo de causalidad entre el dolo de la otra parte y la declaración de voluntad que se pretende anular.

La reticencia (omisión en la información) importa dolo en cuanto el sujeto permanece en silencio cuando está obligado a expresar aquello que omite decir y que contribuiría a impedir el error y el engaño de la otra parte. Hay disimulo y ello importa deslealtad.

Empero, lo difícil en una controversia judicial está en persuadir al juzgador si la parte estaba en la obligación de expresar aquello que ha silenciado; sobre todo, cuando se alega que cada parte en defensa de su propio interés se encuentra obligada a enterarse. Es por ello que la reticencia figura muy raramente como causal de anulabilidad del contrato, en cuanto ésta debe importar acción dolosa.

La regla es que se silencian hechos en que existe la obligación de comunicarlos, o si la buena fe y la seguridad en el tráfico exigen

trato anulado. Sent. 6 agosto 1915, "A. J.", 1915, p. 92. Es claro, salvo el derecho de los terceros. V. g., compra-venta que se declara anulable, pero fué inscrita y el predio enajenado a quien también inscribió su adquisición a título oneroso. Obviamente, la anulabilidad no afecta al tercero, por virtud del art. 1052 del cód. civ., a no ser que las causas de anulabilidad aparecieran del mismo asiento registral que tuvo que ver el tercero.

En el fallo inserto en "A. J.", 1915, p. 92, trátase de un pago que hace el comprador a quien le vende cosa ajena, pero es en lo posterior que se demuestra que el vendedor no ha podido transmitir derecho de propiedad porque no lo tiene, y el contrato queda sin efecto mediante sentencia ejecutoriada dictada en otro juicio ya concluido. En la presente litis el comprador reclama el pago del precio que diera por la cosa de otro; y, además, el pago al acreedor de un mutuo anticrético sobre la cosa que trató de adquirir. Más claramente, el precio pagado por el predio ajeno se abonó cancelando la anticresis y el saldo entregándose al vendedor presunto dueño. En este nuevo proceso el comprador reclama al vendedor el saldo de precio que le abonó, ciertamente, por error; y, además, al acreedor anticresista el importe del mutuo. La acción de devolución del precio se declaró fundada contra el vendedor de cosa ajena, pero no se obligó a devolver la parte de precio al acreedor anticresista, quien no sólo había abandonado la posesión del predio, sino que había cancelado la anticresis inscrita. La ejecutoria nada dice, para rechazar el pedido de devolución contra el acreedor; pero este silencio se debe a que no existía el art. 1281 del cód. vigente en el cód. civ. del 52, en cuanto dispone que está exento de la obligación de restituir quien abandona las prendas o cancela las garantías y ambas cosas había hecho el acreedor. Ello no obstante, la Ejecutoria expresa que el comprador no le pagó a la acreedora anticrética como tal comprador, sino en representación de los vendedores, quienes le habían entregado la posesión del inmueble gravado a la anticresista.

La venta de cosa ajena puede deberse a error del vendedor; quien cree de buena fe que es de su propiedad y también del comprador; o a error del comprador tan sólo, provocado por el dolo del vendedor, que vendió la cosa como suya y no como cosa litigiosa. En el art. 1395, 2º del cód. civ. peruano se puede vender la cosa sujeta a actio reivindicatoria por el verus dominus, pero se debe instruir al comprador del pleito sobre ella. La venta de la cosa ajena no es nula, sino anulable, según el art. 1394 de nuestro cód.; y es justo título para prescribirla decenalmente.

sinceridad en el caso concreto. Son hechos que se omite darlos a conocer.

El dolo es causal de anulabilidad cuando el error que origina es el que impele a consentir a la parte que lo sufre. Se prueba que sin las maniobras empleadas la parte no hubiere celebrado el contrato, o, en general, no hubiere formulado semejante declaración de voluntad, que es claramente errónea.

Existe además de *dolus dans causam* el *dolus incidens* (dolo incidental). Este dolo no produce la anulabilidad.

Repetimos: el dolo no se presume. Deberá ser probado (116).

No basta probar que hubo reticencia u omisión dolosa; es necesario probar además, que el negocio jurídico no se habría concluido sin la ocultación; sin la omisión en expresar lo que se estaba obligado a informar, a fin de que proceda la declaración judicial de anulabilidad.

Había un *dolus bonus* en el derecho romano, que se significaba en las afirmaciones engañosas que la parte utilizaba para facilitar el comercio jurídico. La parte elogia y atribuye virtudes a aquello que quiere dar en cambio. En nuestro derecho la ley no protege ni a la tontería ni a la ingenuidad.

Con respecto al dolo como "vicio del consentimiento", el cód. civ. de 1852 contenía las siguientes disposiciones:

Art. 1239.— "El dolo produce nulidad en los contratos, cuando es de tal naturaleza que sin él no se habrían celebrado".

Art. 1240.— "El dolo no se presume, y necesita probarse".

(116) Acerca de los efectos que el dolo produce, es digna de estudio la sent. de 16 de julio de 1934, en "R. de los T.", 1934, p. 207, que se pronuncia sobre la demanda de rescisión de un contrato de partición entre coherederos, promovida por uno de ellos contra el coheredero que habría resultado beneficiado con la adjudicación de los bienes más valiosos. Dicho fallo declaró que la acción rescisoria o resolutoria deberá proseguir no obstante que el condómino demandado pretendió detenerla o paralizarla dándole al perjudicado la parte que reclamaba de su haber hereditario, si se ha alegado el dolo como vicio que justifica la anulabilidad del contrato particional.

No aparece claro si la demanda de rescisión de una partición se fundaba en el dolo del demandado. Empero, lo que sí había quedado acreditado es que el cónyuge sobreviviente, que no tuvo hijos con su mujer ni ésta otros descendientes, engañó a la heredera de su esposa, que era madre de ésta, que tenía por concepto de la mitad de sus gananciales una suma que era menos de la décima parte de lo que el cónyuge sobreviviente declaró por ante la oficina correspondiente del Estado, para el pago de los impuestos sucesorios, cantidad que todavía era menor que la que resultó del avalúo pericial hecho durante la secuela de la litis. El Supremo Tribunal decía que esta comprobación bastaba para reputar viciada de dolo la partición.

El dolo no origina la rescisión; como todo vicio de la voluntad, producirá la anulabilidad. La rescisión o resolución no necesita, en ciertos supuestos, que exista vicio de la voluntad.

Una disposición semejante al art. 1239 del cód. civ. abrogado, la encontramos en el art. 1439 del cód. civ. italiano:

“Dolo.— El dolo es causa de anulación del contrato cuando los engaños usados por uno de los contratantes hayan sido tales que, sin ellos, la otra parte no hubiera contratado”.

El art. 1238 decía:

“Dolo es toda especie de artificio, maquinación o astucia de que una parte usa con otra, para inducirla a la celebración de un contrato, o para eludir el cumplimiento del que está celebrado”.

Es por el dolo que la otra parte consiente, o sea que emite su declaración de voluntad que importa el consentimiento que perfecciona en la mayoría de los casos, el contrato, a no ser que se trate de un contrato real o de un contrato formal.

Este matiz del dolo no sólo es susceptible de darse en la formación y conclusión de un contrato, sino en otros negocios jurídicos.

Para que el dolo produzca la anulabilidad del negocio, no debe haber sido empleado por las dos partes, cuando se trata de negocios bilaterales, declara el art. 1085 del cód. civ. peruano, como ocurre con los contratos, en los que siempre deben existir por lo menos dos partes.

Es racional que si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegarlo para anular el negocio jurídico, o reclamar indemnización de daños y perjuicios. Y ello se debe a que la ley protege la buena fe y si en ambas partes no la hay, porque ellas quieren recíprocamente perjudicarse, la ley no interviene, a no ser que existiere delito.

Lo anterior se da sea que el dolo fuere por acción; sea que fuere por omisión.

Los dolos de ambas partes se compensan, aunque un dolo sólo sea incidental y el dolo de la otra parte sea dolo principal. En derecho penal no hay compensación, por ser este un derecho público.

El negocio jurídico que es susceptible de ser anulado a causa del dolo, o del simple error, o porque se ejercitó contra la persona del obligado violencia o intimidación, o porque ha existido en su formación simulación, o porque el negocio ha sido otorgado en fraude de los acreedores, puede ser convalidado mediante la figura de la confirmación: arts. 1132 y ss. del cód. civ. peruano. La acción de anulabilidad se extingue por prescripción de sólo dos años: inc. 3º del art. 1168 del cód. civ. peruano. La acción

de nulidad *ipso iure* de un contrato o, en general, de un negocio jurídico, prescribe a los 30 años: art. 1169 cód. civ. peruano.

El dolo podrá producir la anulabilidad del negocio si en realidad quien solicita dicha declaración judicial, incurrió en error a causa de ese dolo, que necesita ser probado. Por el contrario, el dolo incidental no produciría la anulabilidad. Si existe dolo *incidens* tratase de un dolo que no hizo incurrir en error al que lo invoca y lo prueba; y que en todo caso, la persona habría llevado adelante el negocio jurídico en que medió tal dolo para su perfeccionamiento.

Además de la declaración de anulabilidad, la parte puede reclamar la indemnización de daños y perjuicios y tendrá derecho a esa indemnización si prueba no sólo que existieron daños y perjuicios, sino que tuvieron determinada cuantía. Ambas acciones, —la de nulidad y la indemnizatoria—, serían inseparables.

El dolo en la formación del negocio jurídico (contrato, testamento, reconocimiento, etc.), hay que distinguirlo del dolo contractual, o sea del dolo en que se incurre al incumplir las obligaciones emergentes del contrato. Es dolo que aparece en la ejecución contractual el que mencionamos en segundo lugar. No hay más que un dolo, que asume varias formas.

El primer dolo supone el perverso propósito de una de las partes. El dolo contractual importa la inobservancia de la diligencia media para cumplir exactamente la obligación que el vínculo ha impuesto a la parte. Es la omisión del deber de diligencia, no obstante que se sabe que se es deudor de una obligación (117). Por el contrario, el otro dolo es menos intenso y protetivo que el dolo como vicio de la voluntad, que nuestro cód. civ. regula en los arts. 1320, 1321 y 1323.

Conforme al art. 1328 del cód. civ. los contratos deben cumplirse ("deben ejecutarse") según las reglas de la buena fe; y la ejecución del contrato importa el cumplimiento de las obligaciones que dicho contrato contiene. Empero, los contratos, co-

(117) Véase MESSINEO, Manual, IV, § 114 Nos. 2 y 3, p. 234 y ss. No es muy clara su exposición y hasta yerra en el No. 2 en cuanto dice que el dolo contractual es el perverso propósito, no obstante que después se comprueba que para que este dolo exista no es necesario llegar a tanto. Lo que sí importa retener es que distingue un dolo del otro dolo. Y también en la responsabilidad extra-contractual existe un dolo que puede configurar delito y que se significa en la lesión del derecho ajeno. Aunque esto también puede tener por causa la negligencia. En realidad no es, propiamente, dolo contractual. sino el dolo en que incurre el deudor al cumplir su obligación, emerja esta o no de un contrato.

mo ocurre en todos los negocios jurídicos, deben perfeccionarse (concluirse) también según las reglas de la buena fe, es decir, que para su otorgamiento no medie dolo que haga incurrir a la otra parte en tal error que la haga obligarse mediante un contrato que contiene ese vicio de la voluntad. Hay, pues, dolo en la ejecución y dolo en el perfeccionamiento del contrato.

El dolo en el acto ilícito es más que deslealtad; es intención malévola, o intención de perjudicar; es voluntad de daño; es un dolo que se aproxima al dolo del Derecho Penal; siendo un dolo distinto del dolo en la formación de negocio jurídico o del contrato (que es el negocio jurídico más importante) (118). En determinados casos este dolo del acto ilícito importa delito sancionado con la pérdida de la libertad.

Empero, en el campo de los actos ilícitos existe responsabilidad aún sin culpa (comprensiva de *dolus* y *negligentia*), siempre que exista nexo causal entre el acto ilícito (no culpable) y el daño. Se le llama responsabilidad objetiva, pura causalidad, daño inculpable. Ejemplo de esto en el C.C. son la existencia de solidaridad entre el autor del daño y el dueño del vehículo; la obligación de reparar el daño aunque no existiere el acto ilícito; la responsabilidad del que tiene a otro bajo sus órdenes, responsabilidad civil del penalmente inimputable (art. 1136 y ss. del cód. civ.).

El dolo en la formación del negocio jurídico (del contrato, v.g.), se traduce en engaños, maquinaciones, artificios, mentiras que utiliza una de las partes para inducir a la otra parte a emitir una declaración que sin esos engaños no hubiere evacuado (art. 1439, § 1º del cód. civ. italiano). El dolo provoca un error del declarante. El dolo es importante en cuanto se comprueba que ha actuado decisivamente en la formación de la volición. Es el llamado *dolus causam dans*; que es un dolo principal o esencial. No es dolo secundario, llamado *dolus incidens* o dolo accidental (art. 1440 cód. civ. de Italia).

Es el *dolus causam dans* el que determina el querer para que la parte concluya o perfeccione el contrato (119).

También en derecho italiano, en el caso de dolo bilateral, o sea que ambas partes utilizaron los engaños, existe compensación y la acción del uno contra el otro se declarará inadmisibles, o no prosperará. Ya expresamos que existe un llamado *dolus*

(118) MESSINEO F., Manual, VI, § 169, No. 4, p. 482 s.

(119) MESSINEO F., Manual, II, § 42, No. 11, p. 443 s.

bonus que consiste en el uso normal y acostumbrado de magnificar lo que se vende, por ejemplo, por oposición al *dolus malus*, que sí es relevante y produce la anulabilidad. Este es el *dolus causam dans*.

BARBERO (120), al tratar del dolo como vicio de la voluntad, expresa que es la preordenación de un comportamiento en daño de alguien; y que este concepto del dolo tiene valor también en el campo del derecho penal y en el área de lo que llamamos nosotros "acto ilícito" en el derecho civil. Agrega, sin embargo, que en los vicios de la voluntad el dolo está formado por las artes, las maquinaciones, las supercherías que un sujeto utiliza para engañar a otro sujeto. Este es dolo positivo; y que el dolo negativo o dolo omisivo consiste no en emplear maquinaciones engañosas, sino en callar intencionalmente circunstancias que son esenciales, lo cual importaría un "silencio desleal" para con el otro contratante.

BARBERO opina con respecto a este dolo negativo que su efecto no consistiría en no hacer salir al otro contratante del error en que se encuentra, sino en algo más grave: que el silencio haga caer al otro contratante en dicho error.

Si el otro contratante por su ignorancia, o por su credulidad, o por su mal cálculo de los pros y los contras, cae en error, aunque el otro guarde silencio, éste sería un caso de error puro y simple, que produciría la anulabilidad del contrato si es relevante.

El dolo produce error; pero hay que comprobar que el dolo arrojó ese resultado: un conocimiento erróneo y que el dolo existió, v.g., por la malicia empleada por uno de los contratantes contra el otro.

No es dolo reproable, o sea no es *dolus malus* si un comerciante alaba o ensalza su mercancía, atribuyéndole aún calidades que no tiene, o sea que el comerciante va más allá de la verdad; propiamente, miente. Y ello es así porque el otro contratante puede darse cuenta porque está viendo y examinando la mercadería que se le quiere enajenar. En el testamento es dolo la figura de la captación; y el dolo puede provenir del beneficiario (*heres* o *legatario*) o de un tercero extraño, lo sepa o no lo conozca el heredero o el legatario. Nuestro cód. civ. en su art. 1087 sólo anularía el testamento por dolo de un tercero si el heredero o el legatario tuvo conocimiento de él.

Sobre las condiciones que se requieren para que el dolo anu-

(120) Sistema del D. Priv., I No. 246, p. 525 y ss.

le el contrato (en general, el negocio jurídico), el art. 1116 del cód. de NAPOLEÓN, dispone:

"Le dol es une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.— Il ne se présume pas, et doit être prouvé".

En este artículo existen dos condiciones para que el dolo cause la anulabilidad. Deben ser maniobras de tal naturaleza que han influído para que una de las partes contrate u otorgue testamento; y que si esas maniobras no hubieran existido la parte no hubiere contratado u otorgado su disposición de última voluntad.

Este dolo es maquinación (*machinatio*); es artificio que se hace para engañar a un incauto contratante, o a un ingenuo por senilidad que testa. Exige maniobras, astucia para sorprender el consentimiento de la otra parte. El dolo produce error en quien lo sufre; pero no es un error debido a él mismo, sino a las patrañas del otro (121), o sea al dolo de éste.

No comete dolo el mercader que alaba sus mercancías; que dice vender más barato que los otros; que dice que lo que vende es de calidad superior. Este no es un dolo reprehensible, no obstante que existe cierta mala fe en el comerciante que así hace, Empero, la costumbre lo permite.

El dolo debe haber determinado al otro a contratar, o a testar. Si no hubiere existido ese dolo no se habría contratado, o no se hubiera instituído heredero al mismo que practicó las maniobras o a un tercero: art. 1116 cód. civ. de NAPOLEÓN.

El dolo que produce error es más fácil de probar que el error espontáneo. Asimismo, el simple error sobre los motivos no produce la nulidad relativa. Por el contrario, si el dolo provoca error porque los motivos son determinantes, anula el negocio. Los motivos sólo producirán la anulabilidad del negocio, si nacen de

(121) En la sent. de 11 de diciembre 1933, "R. de los T.", 1933, p. 440, se anula la venta de un crédito porque uno de los contratantes padeció error sobre la verdadera condición del crédito enajenado, que era la razón principal para celebrar el contrato. El crédito materia de la venta era el precio de la enajenación de una libreta de depósitos especiales en un Banco, por un precio vil en relación con el importe depositado. Esta evidente y enorme desproporción hace ilícito el contrato. Además, el comprador se aprovechó de la angustia económica e inexperiencia del vendedor. No había tampoco fe de entrega del precio. Se declaró fundada la rescisión.

En este fallo también se establece que no es indispensable que el error exista en las dos partes, sino en una sola. Empero, existe evidentemente dolo en el acreedor cesionario o nuevo sujeto activo.

la actividad dolosa de la otra parte; no si los motivos nacen en el sujeto que padece el error.

Para COLIN y CAPITANT (122) el dolo consiste en toda especie de artificio del que una parte se sirve para engañar a la otra. El dolo está formado por maniobras fraudulentas, manipulaciones, afirmaciones falaces que se dirigen contra una persona para que provocando su error, emita una declaración de voluntad en determinado sentido. Esas maniobras fraudulentas son de tal naturaleza de que al juzgador no le quepa duda que sin ellas la otra parte no hubiere contratado. El dolo debe influir en forma determinante en el consentimiento de la víctima. El dolo causaría la anulabilidad del negocio jurídico en cuanto ha viciado la declaración de voluntad de la parte que lo ha sufrido. Es el elemento más importante del negocio jurídico la voluntad de la persona. Y existen negocios jurídicos unilaterales, como son los testamentos; y negocios jurídicos bilaterales, como son los contratos.

El dolo induce a error y es causa de anulabilidad. Empero, el error por si solo es también causa de anulabilidad, cuando se trata de error substancial o también cuando se trata de error en la persona si el negocio se hizo *intuitus personae*. Sin embargo, el error provocado por dolo es siempre y en todo caso, causal de anulabilidad del negocio. Por ejemplo, el error en los motivos es causal de anulabilidad si hubo dolo. Ello se da con más frecuencia en el testamento y, en general, en las liberalidades. El error en los motivos no acarrea la anulabilidad si no existió acción dolosa en la otra parte.

En derecho francés (123) COLIN y CAPITANT expresan que el dolo de un tercero aunque no lo conozca el donatario, produciría la anulabilidad de la donación entre vivos, ya que la voluntad del donante ha sido torcida por el dolo de un extraño y no procedería de un sentimiento de beneficencia. Y que tampoco esta regla de que es irrelevante el dolo utilizado por un tercero que desconoce la parte, no se aplica a los negocios jurídicos unilaterales. Citan el art. 783 del cód. civ. francés por el que puede impugnarse la aceptación de una herencia, si esa aceptación se hizo por el dolo cometido contra el heredero. Es indiferente que quien cometió el dolo sea un acreedor del causante, o un legatario, o, simplemente, un extraño. Y que la misma solu-

(122) A COLIN y H. CAPITANT, Curso Elemental de D. Civ., 2a. ed., t. I, Inst. Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 172.

(123) Curso Elemental de D. Civ., 2a. ed., t. I, p. 173.

ción habrá de observarse para la renuncia de la herencia y para las liberalidades testamentarias. Ejemplo, el legado que hace el testador al surtir efecto las maniobras dolosas aunque no fueren de quien instituyó legatario. Esta solución entre nosotros, parece que no funciona, ya que los preceptos sobre vicios de la voluntad son de carácter general; operan para todos los supuestos.

El dolo como fundamento de la anulabilidad del negocio, está instalado en el art. 1116 del cód. civ. de NAPOLEÓN, que dice que "el dolo es causa de nulidad cuando los medios puestos en práctica por uno de los contrayentes, son tales que sea evidente que sin ellos no hubiese contratado la otra parte. El dolo no se presume: debe probarse". Es la misma solución del art. 1439 del nuevo cód. civ. italiano y del art. 1239 de nuestro cód. civ. abrogado.

Como advierte BONNECASE (124), la noción de dolo es vaga y fugaz, pero los redactores del cód. cuidaron de señalar sus caracteres, por lo que el juez cuenta con directrices suficientes. Agrega que queda una cuestión delicada y es la de las maniobras constitutivas del dolo. Son combinaciones engañosas del que comete dolo y que deberán apreciarse en cada caso. Así, no sólo existe el dolo positivo, sino la omisión dolosa o reticencia, que está consignada en el cód. civ. peruano en el art. 1088. Por ejemplo, el vendedor está obligado a hacer conocer al comprador los vicios ocultos de la cosa (arts. 1641 a 1648 del cód. civ. francés); o la omisión en ciertas declaraciones relativas a los seguros. El silencio de la parte la hace incurrir en dolo, si esconde a la otra parte un hecho de que de haberlo ésta conocido, la hubiere desanimado a contratar. Pone este ejemplo que ha resuelto la justicia francesa: contrato que una viuda celebra con la hermana del marido pre-muerto, escondiendo el testamento de éste que instituía a la hermana como legataria de algo muy cuantioso.

El dolo, entonces, aunque no lo exige nuestro cód. peruano, debe ser causa determinante que obliga al que lo sufre a celebrar el negocio. Y esta es una cuestión de hecho, que se resuelve en cada caso. Es así que existirá dolo principal por oposición al dolo incidental.

Demostrar el dolo es fácil. En cambio, es difícil probar el error sin que hubiera mediado dolo. Procesalmente, la parte invoca el error tan sólo cuando no existe dolo; y ese error queda

(124) Elementos de D. Civ., t. II, Edit. Cajica, Puebla, México, 1946, No. 279 y ss., p. 300 ss.

limitado a que medió error en la substancia de la cosa o en la persona. No habría anulabilidad si el error recae en el móvil del contrato. Empero, si se prueba dolo sobre los móviles existirá anulabilidad. Asimismo, si el negocio es anulado por error, la víctima carece de derecho a la indemnización de daños y perjuicios, la cual es procedente si se anula el negocio por dolo.

Para G. MARTY (125) el dolo que consiste en maniobras fraudulentas, es dolo penal; es constitutivo del delito de estafa y, a la vez, es dolo civil; pero la recíproca no es exacta, porque no todo dolo civil es dolo penal. El dolo civil tiene un campo más amplio. Es artificio deshonesto por el cual se engaña a otra persona. El dolo es una especie particular del fraude, cuyo fin es provocar en el espíritu de la otra parte un error que la determine a contratar. Parecería que no hay por qué acudir a la noción del dolo, si es que el dolo genera el error. Bastaría, pues, invocar la teoría del error. Pero la teoría del dolo tiene una utilidad distinta de la teoría del error. V.g., el error anula el contrato cuando recae sobre la substancia de la cosa, pero no cuando recae sobre los motivos; pero si el error sobre los motivos ha sido determinado por el dolo, esto hace que la justicia declare la anulabilidad del contrato.

Por el dolo no sólo debe entenderse las maniobras o artificios; es, en general, toda manera de actuar para engañar al otro contratante. Lo decisivo no son las maniobras materiales, sino el carácter anormal e inhumano de los actos del que incurre en dolo. En cada negocio existe una habilidad permitida, normal en el tráfico, que no debe ser excedida. Mentir alabando las mercancías en los *pourparlers* o conversaciones preliminares no importa dolo, dice MARTY.

Para que el dolo sea causal de anulabilidad debe tener una influencia determinante sobre el consentimiento (sobre la voluntad); y debe emanar de uno de los contratantes. Esta es la solución francesa. Pero se declara también la anulabilidad si el contratante fué cómplice del dolo de un tercero.

CARBONNIER (126), en cuanto al dolo, establece para éste el concepto genérico de falta de probidad, que puede darse en la formación (art. 1116 del cód. civ. francés) y/o en el cumplimiento (art. 1150 del cód. civ. francés) del contrato. Continúa expresando que el dolo puede aparecer como vicio del consentimiento

(125) D. Civ., vol. I, Teoría gral. de las oblig., III), p. 122 y ss.

(126) D. Civ., t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 1971, No. 103, p. 204.

(vicio de la voluntad) cuando existe una captación (arts. 1269 y 1270 del cód. civ. francés), o darse dentro del acto ilícito y en el incumplimiento de las obligaciones (arts. 1101, 1102, 1107 y 1902 y ss. del cód. civ. francés. Lo mismo ocurre en el derecho peruano: arts. 1085, 1320 y 1136 cód. civ. peruano). Especifica que ahora lo estudia como vicio del consentimiento que se presenta en la formación del contrato (del negocio jurídico, en general, ya que es vicio de la voluntad, en cuanto hace ineficaz la declaración de voluntad). Y en este campo el dolo constituye astucia, engaño o maniobra que se utiliza para inducir a error a una persona y determinar a ésta a celebrar un contrato que le es lesivo. El dolo aparece por las palabras o maquinaciones insidiosas, de una de las partes a la otra a fin de que ésta última celebre el contrato, apareciendo claro que sin esas palabras o maquinaciones insidiosas, la otra parte no hubiere contratado. Anota que existe una cierta relación entre el dolo y el error, con el cual se vicia el consentimiento.

Considera CARBONNIER (127) que el dolo se prueba más fácilmente que el error, ya que éste es interno. Observa que si no se puede probar el dolo el error sería en muchos casos indiferente a la formación del contrato. Empero, acreditado el dolo la anulabilidad del contrato es fácil conseguirla aún en la hipótesis de que su formación obedeciere a un error indiferente, pero producido por dolo de la otra parte. Más protección legal tendrá el contratante que incurrió en error espontáneo y que sólo tendría que reprocharse a sí mismo su descuido. En caso de dolo el contratante ha sido engañado por otra persona.

CARBONNIER (128) extrae los elementos constitutivos del dolo del art. 1116. Primero, se requieren maniobras. Adviértase que en cuanto a la estafa el cód. penal peruano en su art. 244 habla de artificio, astucia o engaño, o sea *mise en scène*. Después debe existir un elemento psicológico, en cuanto el dolo es intencional; se dirige a perjudicar a otro. Y, por último, debe haber un elemento injusto, en cuanto el dolo es reprobado por las buenas costumbres. Debe haber un *dolus malus* y no un *dolus bonus* que permite la moral de los negocios y que está integrado por pequeños y leves engaños que los comerciantes emplean para enajenar sus mercancías. En cuanto a las maniobras, CARBONNIER hace notar que deben ser ejecutadas por una

(127) D. Civ., t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 1971, No. 103, p. 204.

(128) D. Civ., t. II, vol. II, No. 103, p. 205.

de las partes, porque el dolo de un tercero no es causal de anulabilidad, a no ser que el tercero pueda considerarse representante de la parte o que la parte sea cómplice de un tercero (129). CARBONNIER expresa que en el art. 1111 de su cód. la solución es inversa tratándose de la violencia; y que la ley protege menos a la víctima del dolo que a la víctima de la violencia, ya que existe en el engañado, algo reprochable en dejarse engañar.

En cuanto a las "maniobras" deben éstas haber sido determinantes, o sea que son la causa de la conclusión del contrato. El dolo debe ser "dolo principal" para ser causa de anulabilidad. La misma solución la encontramos en el art. 1086 de nuestro cód. civ., en que el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios. El dolo incidental incide en elementos secundarios.

En ciertos casos, el contratante no pide la anulabilidad sino sólo daños y perjuicios, si considera que es ventajosa para él la subsistencia del contrato (negocio jurídico).

El engaño no sustituye el consentimiento sino que lo encauza en determinado sentido, que el mismo sujeto que lo sufre puede comprobar o esclarecer. Asimismo, en el derecho civil francés, el dolo no debe haber sido empleado por las dos partes. El dolo grave se contrapone al dolo incidental.

PLANIOI-RIPERT y Esmein (130) expresan que el dolo es la culpa intencional, o sea culpa como noción que comprende el dolo y la negligencia. El dolo dentro del perfeccionamiento del negocio jurídico consiste en realizar uno o varios hechos que induzcan a la persona a un error. V. g., dentro del campo contractual se persigue conseguir por sorpresa el consentimiento de la otra parte respecto a una obligación que ésta asume o a una renuncia. El dolo produciría la anulabilidad aunque el error en que incurrió la parte que lo sufrió no fuere dirimente. Por ejemplo, si hubo dolo para hacer incurrir a la otra parte en error acerca del valor de la cosa, o para que no notara el vicio de la cosa, que no sea de carácter redhibitorio.

Acerca de que el dolo importa maniobras, PLANIOI-RIPERT y Esmein (131) anotan que su cód. penal emplea también el

(129) Para nosotros, el art. 1087 del cód. civ. declara que puede anularse el negocio jurídico por el dolo de un tercero, bastando que alguna de las partes hubiere tenido conocimiento de él.

(130) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. VI, Cultural S.A., Habana, 1940, No. 199, p. 270 s.

(131) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. VI, No. 200, p. 271.

vocablo "maniobras" en la estafa, pero que como en derecho civil se quiere siempre castigar la mala fe con la anulabilidad del negocio, no se exige, como en derecho penal francés, que las maniobras empleadas fueran independientes del acto mismo del engaño. El dolo lo forman afirmaciones mentirosas, hubiere o no maniobras fraudulentas; o también que hubieren maniobras que falsean la realidad; o que impiden que la otra parte se dé cuenta del engaño; o se ocultan documentos o personas que pudieren informar. Asimismo, el silencio llamado "reticencia", constituye dolo. Se esconden los defectos, no obstante que se saben. Por ejemplo, en el contrato de seguro se silencian hechos que aumentarían el riesgo del asegurador. La parte está obligada a hacer determinadas declaraciones que adrede las omite a fin de inclinar la voluntad del engañado a vincularse en un negocio que sin el dolo empleado, no hubiere ultimado.

Para PLANIOL-RIPERT y Esmein (132) el dolo puede consistir 1) en afirmaciones mentirosas; 2) en maniobras fraudulentas o sin ellas; 3) en maniobras consistentes en falsear o disimular la realidad de las cosas bajo una apariencia falsa, lo que coloca a la otra parte fuera de la posibilidad de darse exacta cuenta de lo que hace; 4) en hacer desaparecer documentos o personas que pudieran informarla o aconsejarla; 5) *o el silencio mismo puede ser constitutivo de dolo, denominándosele en tal caso reticencia.*

En otro lugar, los mismos PLANIOL-RIPERT y Esmein (133) explican cómo el silencio o reticencia importa dolo. En este caso, se guarda voluntariamente silencio sobre un hecho que la otra parte tendría interés en conocer.

Además, aunque el precepto hubiere desaparecido en el nuevo código, pero existió en el cód. civ. de 1852, con el número 1239, sólo habría dolo cuando resultara evidente que de no haber existido el error ocasionado por el dolo, el consentimiento no hubiere sido prestado. En este caso, es una verdad inconcusa que el vendedor no habría entregado las cosas al comprador, o sea que no habría perfeccionado el contrato de compra venta de cosas, si no hubiere padecido error que la otra parte cuidó no sólo de silenciar, sino de no explicar.

En el dolo existe voluntad, intención. Y en este caso privativo, es intención o propósito de que padezca error la otra parte.

(132) Tratado Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Las obligaciones, Cultural S.A., Habana, 1936, traducción, No. 200, p. 271.

(133) Trat. Práct. de D. Civ. Francés, t. VI, No. 201, p. 273.

Si el contrato se perfeccionó por error de una de las partes, pero el error se debió a que la otra parte creyó de buena fe tener determinada calidad, lo cual hizo inducir a la contraria a conceder una prestación que no habría otorgado si hubiere sabido que la otra parte no tenía la calidad que invocaba, resulta claro que no existe anulabilidad por dolo. RIPÉRT y BOULANGER (134) citan una sentencia de la Corte de París que recayó en un contrato de préstamo que hizo como mutuante una señora monárquica a un mutuatario que creía de buena fe ser descendiente de Luis XVI.

El dolo consiste en maniobras, artificios, tretas hábiles o torpes que concurren a engañar a la otra parte, que deberán ser acreditadas (135).

LABEON lo define: *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendumve, alterum adnibitam*. Véase DIGESTO, 1, 2, fr. 4, 3.

El ejemplo de este dolo que da CICERÓN ha quedado como modelo: *Pithius*, un banquero de Siracusa, a fin de convencer a *Canis* a comprar, por un precio desmesurado, la finca a la cual lo había invitado, hace concurrir a una gran masa de pescadores, los cuales en presencia del futuro comprador lo engañan con una pesca fabulosa y lo hacen adquirir la cosa por un precio desmesurado, si se tiene en cuenta el real valor de la villa.

En general, el error puede producirse sin intervención de la otra parte, o con intervención de ésta. Y la intervención puede o no constituir dolo. Lo haya o no lo haya, el negocio puede ser o no anulado, pero la anulación es fácil si se prueba dolo (136).

(134) Trat. de D. Civ., IV, I, No. 179, p. 126.

(135) La sent. de 19 de mayo de 1934, en "R. de los T.", 1934, p. 154, declaró nula la transacción por error, sino sin lugar. Era una transacción en juicio de alimentos, que celebraron el padre y la madre del hijo, a fin de que el padre recogiera a tal hijo y lo integrara a su hogar. Posteriormente, la madre impugnó la transacción por error, porque el hombre tampoco era casado con la mujer a cuya casa iba a llevar a su hijo. En realidad, esta transacción era inválida aún cuando no hubiere existido error, porque conforme al art. 454 del cód. civ., el derecho de pedir alimentos no puede ser objeto de transacción, compensación o renuncia. Se trataba de negocio jurídico nulo de pleno derecho, por tener objeto ilícito: art. 1123, inc. 2º del cód. civ. peruano.

(136) La sent. de 4 enero 1926, "A. J.", 1925, p. 169, decide que el dolo no se presume; necesita probarse. Se trataba de quien era guardador y albacea testamentario y había comprado los bienes del menor que cuidaba y, a la vez de la herencia; pero se resolvió que el contrato no era nulo porque el dolo del comprador no había sido probado y porque el cód. civ. del 52 en su art. 357, declaraba que si podía comprar el guardador los bienes del incapaz después de rendidas y aprobadas las cuentas y entregados todos los papeles del incapaz. Véase ahora inc. 1º del art. 528 del Cód. civ., que establece para el tutor una prohibición absoluta. La compra ahora sería no sólo anulable, sino nula, por tener objeto ilícito.

Para RIPERT y BOULANGER (137) el dolo en cuanto vicio de la voluntad o vicio del consentimiento "es el hecho de sorprender, bajo la influencia de un error provocado mediante manio-bras, el consentimiento de una persona y de llevar a esa persona a concluir un contrato".

El dolo surte sus efectos por el error que produce en la parte contraria. Este error no es autónomo; tiene como causa el dolo de la otra parte o de un tercero. Empero, para que el dolo del extraño produzca la anulabilidad del contrato (negocio jurídico), se necesita que hubiere sido conocido por una de las partes: art. 1087 del cód. civ. peruano.

El error que provoca el dolo afecta el consentimiento; vicia la voluntad del que consiente por error causado por el dolo.

Todo error aunque fuere espontáneo, produce la anulabilidad del negocio. Con mayor razón y fuerza si ese error se padeció a causa del dolo del contrario.

El error padecido sobre el precio de la cosa (v. g., en la compra-venta), se toma en cuenta si ese error en el valor procede del dolo de la otra parte.

Dentro del campo procesal, si se demanda la anulabilidad del negocio por error causado por dolo, la prueba es más fácil, ya que la actitud dolosa por ser tan intensa deja muchas huellas. Ya no existe necesidad de acudir a la prueba indiciaria ni a las presunciones de hombre. No hay más que probar los hechos demostrativos del dolo.

La parte procede deslealmente a fin de inducir al otro contratante a aceptar el contrato que habrá de perjudicarlo patrimonialmente.

En este caso específico el dolo consiste en el engaño que experimenta la parte por obra de la otra.

RIPERT y BOULANGER (138) distinguen entre dolo y el delito de fraude. Y al respecto expresan que el dolo se comete por ante un contrato que todavía no ha sido ejecutado; y el delito de fraude cuando ya el contrato ha sido ejecutado.

El dolo no puede ser cometido por la misma parte que demanda la anulabilidad del contrato.

Comienza Louis JOSSE-RAND (139) por decir que el dolo es noción imprecisa y elástica (más bien, es compleja, diríamos

(137) *Trat. de D. Civ.*, IV, I No. 175, p. 124.

(138) *Trat. de D. Civ.*, IV, I No. 178, p. 126.

(139) *D. Civ.*, t. II, vol. I, *Teoría general de las obligaciones*, Bosch y Cia., edit., B. Aires 1950, No. 93, p. 68.

nosotros); y reproduce la frase de DOMAT: "toda maquinación para engañar a alguien"; y también la de POTHIER "toda especie de artificio de que alguien se sirva para engañar a otro". Es, en suma, maquinación; está formado por maniobras destinadas a atentar contra el derecho y los intereses del prójimo. En los contratos es astucia; es engaño para sorprender el consentimiento del otro contratante. Por tanto, está viciado ese consentimiento. Ejemplo, vendedor que engaña al comprador de que el predio goza de una servidumbre inexistente (Para nosotros, carecen de valor las servidumbres no inscritas, si la compra se hace mediante el Registro de la Propiedad Inmueble, a no ser que se trate de servidumbre aparente). Otro ejemplo de JOSSELAND: vendedor que le presenta carta al comprador de que el predio ha subido de valor.

JOSSELAND considera que el dolo que vicia la voluntad debe ser reprehensible. No se trata de ese dolo indiferente de que hace uso el comerciante que alaba su mercancía, afirmando que es la mejor y la más barata, no obstante su superior calidad (140). El dolo deberá ser determinante, o sea que hubiere inducido a la víctima a obligarse. Puede ser cometido por una de las partes, o también por un tercero extraño, pero una de las partes tuvo conocimiento del dolo del tercero y del cual habría de beneficiarse. Además, el dolo debe ser probado. No se presume. No se puede establecer por presunciones. El dolo que produce el error de la víctima es fácil de probar, porque deja huella. En cambio, es muy difícil probar que la parte que demanda la anulabilidad del negocio padeció sólo error sin que hubiere mediado dolo. Los hechos constitutivos del dolo son patentes; su existencia perdura. Por el contrario, es casi imposible acreditar que la parte sufrió error por sí sola. El dolo vicia la voluntad aunque se demuestre que sólo existió en la víctima error en los motivos. En cambio, el error aislado en los motivos no es causal de anulabilidad, sino cuando se manifieste, es decir, se exprese, como su razón determinante, o bajo forma de condición: art. 1084 cód. civ. del Perú.

Veamos ahora la noción del dolo en Alemania:

ENNECCERUS-NIPPERDEY (141) se ocupan del dolo en una parte que intitulan "Impugnabilidad por causa de engaño doloso", como vicio de la voluntad. Por el engaño se está frente a la

(140) D. Civ., t. II, vol. I, No. 94, 29, p. 69.

(141) Trat. de D. Civ., I, 2, § 162, I, p. 218 y s.

conducta que tiene la parte por la que induce o mantiene a la otra parte en una representación errónea. Este engaño no sólo puede ser directo (mediante escritos o palabras), sino en la ocultación de defectos. No se exige que quien comete el engaño doloso hubiere cometido un delito penalmente reprimible. El silencio por sí solo no importa engaño, salvo que existiera obligación de informar, o si conforme a la buena fe y a las opiniones dominantes en el tráfico, la información tenía que hacerse. V. g., el vendedor comete engaño si le consta que el comprador se ha equivocado sobre cualidades importantes de la cosa y no se las manifiesta. Pero la información sobre la mala situación económica no se puede afirmar que sería obligatoria en todos los casos, sino que estas noticias se harían o no exigibles en cada caso concreto. Existen negocios jurídicos en que la información es necesaria si se procede de buena fe. Así, en los contratos de seguro, de sociedad, de mandato. Por el contrario, no se viola la buena fe si se guarda silencio en los contratos de locación y de compra-venta.

El dolo habrá de existir si con el medio empleado se determina a la otra parte a una declaración de voluntad que no habría emitido si no sufre engaño a causa del medio empleado. El engañoso doloso es más amplio que el del engaño en derecho penal. En este campo se requiere daño patrimonial hecho intencionalmente, a fin de procurarse o procurar a un tercero una ventaja patrimonial. Así lo dice el § 263 del cód. penal alemán. El art. 244 del cód. penal del Perú dice: "... se procure o procure a otro un provecho ilícito *con perjuicio de tercero* ..."

ENNECCERUS-NIPPERDEY (142) cita a REHBEIN quien exige que para que el dolo civil exista debe haber conciencia de un daño por lo menos posible, aunque no lesione intereses patrimoniales, sino morales; y que no habrá dolo sólo con la intención de inducir a error al engañado.

El engaño debe haber sido tal que hubiere sido determinante para concluir el negocio en las condiciones que lo hizo el engañado. Debe, asimismo, existir una diferencia esencial entre la voluntad y la declaración o un error sobre las cualidades esenciales de la persona o de la cosa.

(142) Trat. de D. Civ., I, 2, § 162. tex. y n. 9, de la p. 219. Sobre los efectos de la declaración de impugnación, véase § 163, p. 223 y ss. Consúltense también sobre engaño doloso, H. LEHMANN, Trat. de D. Civ., vol. I, Parte gral. No. IV, p. 390 s. Este engaño supone en otro una conducta por la que se induce a la víctima a una representación errónea, para que emita una declaración de voluntad

Los alemanes llaman al dolo como vicio de la voluntad, "engaño doloso". El engaño importa una conducta por la que se induce, se corrobora o se mantiene a otro en una representación errónea (143).

Con el dolo existe error, pero error producido por dicho dolo.

Para ENNECCERUS-NIPPERDEY (144), engaño es también toda conducta por la que intencionalmente se induce, se corrobora, o se mantiene a otro en una representación errónea. El engaño puede consistir no sólo en escritos o palabras, sino en actos como la ocultación de un defecto, o resultar del conjunto de la conducta. Carece de importancia para los germanos, que el engaño consista en la invención de hechos falsos, o en la deformación, la referencia incompleta o la ocultación de hechos verdaderos. Habría también engaño en el silencio (consciente), si existe una obligación de noticiar; de informar. Habrá dolo para estos autores si el medio empleado para el engaño por la parte que lo comete, es con la conciencia de que ese medio habrá determinado a la otra parte a una declaración de voluntad que no habría emitido si no se hubiere utilizado dicho medio engañoso. No es tampoco necesario, para la doctrina alemana, que el que utiliza el dolo tenga conciencia de que la otra parte sería perjudicada. Esto ocurre con frecuencia, pero no se considera requisito indispensable.

La denominación "engaño doloso" es exacta, por cuanto quien comete dolo lo hace con la finalidad de engañar a la otra parte, haciéndola concluir un negocio jurídico que la perjudica y expresando una declaración de voluntad que no habría emitido si no hubiere sido engañada.

El engaño doloso que hace impugnabile el contrato no requiere en quien lo hace que tenga la intención de obtener para sí o para otro una ventaja patrimonial (145). Hacen notar ENNECCERUS-NIPPERDEY que el concepto de engaño doloso es más amplio que el de engaño penal, ya que éste último requiere el daño intencional del patrimonio y la intención de procurarse o procurar a un tercero una ventaja patrimonial y citan el § 263 del cód. penal germano.

(143) Véase H. LEHMANN, *Trat. de D. Civ.*, vol. I, Parte gral., § 34, IV, a), p. 390.

(144) L. ENNECCERUS-H. C. NIPPERDEY, *Trat. de D. Civ. t. I*, Parte gral., vol. II, Bosch, Barcelona, 1944, § 162, I, 1 y 2, p. 219.

(145) ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Trat. de D. Civ.*, t. I, vol. II, § 162, véase tex. y n. 10 de la p. 219.

Hacen saber ENNECCERUS-NIPPERDEY (146) que el engaño doloso debe haber sido subjetivamente determinante para el engañado, para perfeccionar el negocio, o para perfeccionarlo en las condiciones que lo hizo. Hay casos en que el error causado por el engaño doloso es normalmente determinante para una persona común; y en tal supuesto se ha de admitir por el juez, que el error proveniente del engaño lo ha sido también en el caso concreto, salvo prueba en contrario.

Como es lógico, el engañado deberá probar el engaño, el dolo y que el engaño ha sido determinante para el engañado.

Asimismo, quien en calidad de representante concluye un contrato a base de ejercitar un engaño doloso, no es un tercero extraño. Esto es importante para nosotros, ya que con arreglo al art. 1087 de nuestro cód. civ., el contrato puede ser anulado por el dolo de un tercero, sólo si alguna de las partes tuvo conocimiento de él. No son terceros los mandatarios o los agentes que han preparado el contrato, porque sería injusto que el mandante o el comitente pudieran obtener, en detrimento y daño de la otra parte, las ventajas derivadas del engaño doloso de los que le auxiliaron en la conclusión de contrato.

Anota LEHMANN (147) que el engaño debe estar dirigido a hechos; que exista causalidad entre la emisión de la declaración de voluntad y el engaño, o sea que el engaño determinó la emisión de dicha declaración, que de otro modo no se hubiera emitido, o no se hubiera emitido en el sentido que se hizo. Basta que el engaño hubiere contribuido a la emisión de semejante declaración de voluntad. Basta, asimismo, el dolo eventual, o sea que se tenga la conciencia de que el engaño podría determinar al contrario emitir la declaración que se impugna. También considera LEHMANN que no se requiere tener la intención de obtener para sí, mediante el dolo, una ventaja patrimonial, como ocurre en la estafa. Y también no es necesario que exista la intención de perjudicar a la otra parte. El dolo sólo requiere que el que lo comete tenga conciencia de que se perjudica o pueda perjudicarse la otra parte. En cuanto al silencio sobre determinados hechos considera LEHMANN que el contrato sería impugnabile si concurre una obligación especial de comunicarlos (cita los §§ 259, 260, 402 y 666 del BGB); o si esa comunicación la exige la buena

(146) Véase para esta cuestión del tercero ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Trat. de D. Civ.*, t. II, vol. II, § 162, II, 1 y 2, tex. y n. 14 de la p. 220.

(147) *Trat. de D. Civ.*, Parte gral., vol. I, § 34, IV, b), p. 391 y ss.

fe y la costumbre del tráfico. Expresa que el error en el motivo si se debe a engaño doloso, da lugar a impugnabilidad.

Acerca del dolo como vicio de la voluntad (o vicio del consentimiento, dentro de los contratos) Paul OERTMANN (148) expresa que el dolo no sólo es el engaño malicioso que se exige en la esfera penal y que requiere dentro de lo penal la intención de conseguir una ventaja patrimonial que produzca un perjuicio económico al que sufre el delito, sino que basta que se produzca *intencionalmente* un error o un estado de ignorancia en la otra parte (en el contratante, por ejemplo); y, además, que quien procede dolosamente tenga el propósito ("malicia") de impulsar a la otra parte por virtud del error que le ha provocado, a emitir una declaración de voluntad que sin el dolo y el error no habría emitido en tal sentido. Agrega que ofrece sus dificultades determinar cuándo importa dolo el silencio que guarda la parte a quien se le atribuye haber procedido dolosamente, ya que son raros los usos corrientes que imponen a la parte el deber de informar al contrario.

Debe probarse que la voluntad del engañado fué determinada en ese sentido por el dolo; que el dolo resultó la causal de que se perfeccionara el negocio jurídico (contrato). No tiene influencia que el dolo que ocasionó el engaño comprenda todo el negocio o un punto determinado de él.

Considera OERTMANN (149) que el dolo además de ser causa suficiente para la anulabilidad del contrato, podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios para el autor de dicho dolo. Así ocurre cuando no se podría conseguir la anulabilidad porque el dolo no fué determinante de la declaración de voluntad evacuada por la otra parte. Agrega que la indemnización se regula por la culpa contractual (inejecución de las obligaciones que emergen del contrato), o por la reparación fijada; y que en todo caso, la parte que sufrió el dolo puede exigir el interés contractual negativo, el cual dice que está constituido por los perjuicios que hubiere sufrido por haber confiado equivocadamente en la validez de la declaración de la otra parte.

También examina OERTMANN (150) el dolo de un tercero. Ejemplo: A persuade a B que el cuadro que tiene C es original y de un pintor célebre, no obstante que sabe que es una copia.

(148) Introducción al D. Civ., § 44, 1), a), p. 247.

(149) Introducción al D. Civ., § 44, B), p. 249. V, también § 43, 6 b), p. 243.

(150) Introducción al D. Civ., § 44, c), p. 249.

El negocio sería nulo si la parte, —no el tercero causante del dolo—, conocía o debía conocer (y en este último caso, no lo conoció debido a su negligencia) el engaño en el momento de perfeccionar el negocio. Y esto porque el contrato se encuentra dentro de las declaraciones recepticias. Pero tratándose de declaraciones no recepticias (v. g., promesa pública de recompensa) se anula por el dolo de tercero, sin restricciones. El art. 1087 de nuestro cód. civ. tiene la misma solución; pero ignora las declaraciones no recepticias. Para nosotros los vicios de la voluntad, —inclusive el dolo—, sólo acarrear la anulabilidad: art. 1125 cód. civ.

Heinrich LEHMANN (151) al ocuparse del engaño doloso dice que si éste influyó para que una persona emitiera determinada declaración de voluntad, franquea a dicha persona la impugnabilidad del negocio formado a base de dicha declaración de voluntad. El engaño es una conducta por la que se induce o se mantiene a otro en una representación errónea. Asimismo, el engaño debe ser causa, es decir, debe haber determinado que la persona emita esa declaración de voluntad, ya que de lo contrario esa declaración no se hubiera emitido, o si no hubiere existido ese engaño la declaración de voluntad habría sido emitida en otro sentido. El engaño contribuyó a determinar que el sujeto emitiera la declaración de voluntad en el sentido que lo hizo. También se necesita que el que engaña cometa dolo; que induzca o mantenga dolosamente en el error a la otra parte y que él tenga conciencia del significado causal de su conducta para que la otra parte emita la declaración de voluntad errónea.

En cuanto a que el silencio puede importar dolo, LEHMANN (152) dice que el silenciar determinados hechos daría derecho a la otra parte para que impugnara el negocio jurídico si existe una obligación especial de comunicarlos, o cuando la buena fe y la costumbre del tráfico imponen el ser sincero en determinado caso concreto. Por ejemplo, para nosotros el cód. civ. en su art. 1599 obliga al comodante a informar de los vicios que tuviere la cosa que da en préstamo gratuito, si es que los conoce; de lo contrario, respondería de los daños causados. En el BGB el § 402, instalado dentro de la transmisión del crédito, obliga al antiguo acreedor a comunicar al nuevo acreedor la información necesaria para hacer valer el crédito; y el § 666 obliga al mandatario a dar al mandante las noticias necesarias. Para no-

(151) *Trat. de D. Civil*, vol. I, parte gral., IV, p. 390.

(152) *Trat. de D. Civil*, vol. I, Parte gral., b), p. 391.

sotros, el mandatario está obligado a dar cuenta de su administración: art. 1636, inc. 4º del cód. civ. peruano. Asimismo, si la parte interroga sobre determinadas cualidades, se está obligado a informar de los vicios que tiene.

También en el derecho alemán cualquier error en el motivo, —no en la causa—, justifica la impugnabilidad (153), si hay dolo para producir ese error. No basta sólo que exista error.

Asimismo, puede pedirse reparación del daño causado por el acto ilícito que el dolo ha producido (154).

Conviene tener una noción clara sobre cómo concibe el derecho germano el dolo. Es de anotar que es en el área penal en donde se ha investigado con profundidad el dolo, por lo mismo que como expresa Karl LARENZ (155), el obrar doloso o culposo tiene en derecho civil menos importancia que en derecho penal, porque conforme al § 276 del BGB el deudor responde, por regla general, en la misma forma por dolo que por culpa y que para la responsabilidad por acto ilícito es suficiente la negligencia, conforme al § 823 del BGB; y en veces se responde hasta sin negligencia.

En derecho penal la punición es más grave para los delitos en que el dolo existe. Así, la pena de muerte y el internamiento suponen que el delincuente está incurso en dolo. La simple negligencia no tiene esas consecuencias para el agente del delito. La responsabilidad penal determina la supresión temporal de la libertad o la supresión de la vida. El derecho civil sólo produce para la persona responsable la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. En derecho penal además de la pena privativa de la libertad o de la vida, esta indemnización se llama "reparación civil".

Se hará, entonces, la exposición de la doctrina penal germana sobre dolo, que es importante conocer en derecho civil, ya que el dolo es uno solo.

El dolo interviene en la estafa, que es una de las varias formas que asume la defraudación. Obviamente, toda defraudación importa dolo. Sin embargo, en nuestro cód. penal peruano existe

(153) LEHMANN, *Trat. de D. Civ.*, vol. I, Parte gral., c), p. 392.

(154) LEHMANN, *Trat. de D. Civ.*, vol. I, Parte gral., b), p. 397.

LEHMANN Heinrich, *Tratado de Derecho Civil*, volumen I, Parte general, traducción del alemán, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

(155) D. de Oblig., I, Madrid, 1958, § 19, p. 285. Debe advertirse que este autor distingue dolo de culpa. A ésta le llama negligencia. Sin embargo, también en derecho universal existe otra apreciación por la que la culpa engloba dolo y negligencia. Así, dícese que el dolo es una de las formas de la culpa; y la otra forma es la negligencia.

un caso en que el delincuente puede obrar por negligencia. Es el previsto en la segunda parte del art. 248 del cód. penal, que prevé que el fundador o miembro de un consejo de administración u órgano de control o de vigilancia de una sociedad anónima o cooperativa, o en la condición de director, delegado o liquidador, hubiere dado o hecho dar no intencionalmente, informaciones contrarias a la verdad en las comunicaciones al público, en los informes o proposiciones destinados a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro.

Desafortunadamente, ningún profesor peruano ha escrito sobre delitos contra el patrimonio. Es por ello que he recurrido a M. QUINTANO RIPOLLÉS (156), para quien el robo es un apoderamiento "material" de la cosa; en cambio en las varias formas de defraudación el autor utiliza artilugios o maniobras fraudulentas que reemplazan a la sustracción física. La cosa o el dinero se entrega; no se toma; no se arrebat. Pero quien lo da lo hace porque ha sido engañado por el artificio. Existe diferencia entre la violencia del autor y la astucia. Sin embargo, en el hurto existe también astucia, al igual que en la estafa.

En otro lugar, QUINTANO RIPOLLÉS (157) alude a reminiscencias civilistas cuando se refiere a una voluntad del damnificado, pero que está viciada por el dolo, aunque esa voluntad viciosa lo impele a dar su consentimiento en el contrato.

La estafa es siempre un engaño. Importa artificio, falacia, maniobra, destinada a engañar a la víctima. Y no sólo se estafa con bienes muebles como ocurre en el robo, sino también con inmuebles. Es por esto que la estafa es más grave que la usurpación. Es maquinación insidiosa. En ella existe siempre un daño patrimonial valorable; ánimo de lucro o adueñamiento de la cosa y el engaño. Estos son los elementos del delito, según el maestro hispano.

En el dolo como en la estafa existen maniobras fraudulentas, *mise en scene*. El autor de la estafa arranca de la víctima una declaración de voluntad, sea que la misma contribuya a la formación de un contrato, sea que tenga el carácter de unilateral (pero obligatoria, porque está reconocida por el ordenamiento). Parece ser también que las maniobras pueden producir en el área civil la anulabilidad del contrato, pero no darían lugar a que se configurara un delito de estafa. V. g., una mentira no obstante

(156) Curso de D. Penal, t. II, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1963, Lección 26, p. 229.

(157) Curso de D. Penal, t. II, Editorial Rev. de D. Privado, t. II, Lección 26, p. 230.

su repetición y que se encuentre instrumentada, no sería penalmente reprimible. La misma reticencia no es objeto de sanción penalísticamente, pero podría originar una declaración de anulabilidad por dolo de quien se le prueba que calló lo que debía haber explicado, o que lo disimuló.

PLANIOL-RIPERT y Esmein (158) hace notar también que teniendo en cuenta que las sanciones civiles son menos graves que las sanciones penales, en el área civil se castiga todo acto de mala fe, sin exigir que sean maniobras independientes del mismo engaño. Configurando este dolo que afecta la voluntad de la otra parte, dicen que está integrado por afirmaciones mentirosas, con maniobras fraudulentas o sin ellas (y es por eso que este dolo que hace anulable el negocio jurídico puede no llegar a configurar el delito de estafa); que las maniobras consisten en falsear o disimular la realidad, o en colocar a la otra parte sin posibilidades de darse cuenta exacta de lo que va a hacer, o en hacer desaparecer o retirar documentos o personas que pudieran informar a la otra parte. Pero el dolo debe alcanzar cierto grado de importancia. Consideran que es lícito encarecer, aunque fuera excesivamente, una mercancía. Callar un defecto, por serio que sea dicho defecto, no importa dolo, si en atención a las circunstancias, era posible que la otra parte se percatase de dicho defecto, por sí misma, o haciendo investigar la cosa, y siempre que no se hubiere desarrollado actividad para impedirle a la parte esta investigación. Es evidente que más fácil habrá de calificarse como dolo una mentira positiva que el silencio. También debe tenerse en cuenta por los jueces la incapacidad de la parte para darse cuenta del engaño y para defender sus intereses, sea por su edad, sea por su estado mental o de salud en general, o por su inexperiencia.

El dolo sólo anulará el contrato cuando se acredite que el error proveniente del dolo fué lo que impulsó a la parte a consentir. El dolo debe haber producido su efecto, o sea que indujo a error. Este pensamiento es uniforme en los autores, cualquiera que fuera su nacionalidad, y que vivía en el art. 1239 de nuestro C.C. derogado (159).

Sobre el silencio (reticencia u omisión dolosa: art. 1088 cód. civ. del Perú), se ha declarado nulo el contrato de seguro de vida, porque tratábase de la inexacta declaración del asegurado

(158) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, VI, No. 200 y ss., p. 271 y ss.

(159) Art. 1239 C.C. de 1852: "El dolo produce nulidad en los contratos, cuando es de tal naturaleza que sin él no se habrían celebrado".

sobre su estado de salud. En este caso, dicho asegurado había ocultado que padecía tuberculosis (160).

Conforme al art. 376, inc. 1º del cód. de comercio, producirá la nulidad del contrato de seguro, la inexacta declaración del asegurado, aún hecha de buena fe, siempre que ésta pueda influir en la estimación de los riesgos. Sin embargo, las compañías que se dedican a este negocio tienen médicos a su servicio, para comprobar el estado de salud de quienes van a asegurar.

Son dos los fallos sobre anulabilidad de las pólizas de seguro de vida, pero su importancia radica en que el beneficiario del seguro de vida puede ejecutar a la compañía por la cantidad mencionada en la póliza. La Suprema no negó la ejecución porque la póliza no reunía los requisitos para que dicho título prestara mérito ejecutivo, sino porque dicho título era nulo y en verdad es absurdo declarar la nulidad del título ejecutivo en el procedimiento de ejecución y no en juicio ordinario, sobre todo en estos casos en que la nulidad no estaba de manifiesto y la prueba de la pre-existencia de la enfermedad que había sido ocultada por el asegurado, no podía hacerse dentro de un término tan breve como es el del encargado. Las pólizas de seguro de vida son títulos que aparezcan ejecución, por disponerlo expresamente el art. 422 del cód. de comercio y ahora el inc. 8º del art. 2º del D.L. No. 20236, de 4 de diciembre de 1973, que contiene nuevas disposiciones del juicio ejecutivo, dejando, sin embargo, vigentes muchos preceptos del cód. de proc. civ. La resolución judicial se explica, sin embargo, porque se trataba de compañías demasiado poderosas que ahora son del estado, por lo que la situación no sólo no ha variado, sino que se ha agravado. Uno de los fallos señala que la nulidad de contrato de seguro lleva invívita la devolución, por la compañía aseguradora, de las primas pagadas en dinero, sin intereses.

La determinación de si el agente es o no culpable, no tiene, en derecho civil, la trascendencia que muestra en derecho penal, ya que hasta existe el aforismo "*nullum crimen sine culpa*". Si el juzgador en lo penal encuentra culpable al agente, está en juego la libertad personal de éste y hasta su vida misma, si hubiere incurrido en dolo en la comisión del delito.

Para la teoría de la representación en el dolo, lo esencial en éste es el elemento de la representación (elemento intelectual) en el conocimiento y previsión del autor.

(160) Son las sents. de 7 de enero de 1928, en "A. J.", 1927, p. 452, y de 19 de noviembre de 1930, en "A. J.", 1930, p. 251.

La representación viene a ser previsión y conciencia; es voluntad. El agente quiere el resultado de la acción, o sea que prevé y aprueba esa consecuencia. El agente debe querer la acción y previamente ser consciente del resultado de esa acción. Se prevé la consecuencia y se tiene la voluntad de producir esa consecuencia. Ahora bien; no basta prever el resultado dañoso, sino que habrá culpa penal si la previsión del agente hubiere originado que dicho agente se hubiere abstenido de la acción.

El dolo importa la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad.

El dolo es previsión, es conciencia del resultado de una acción. El dolo es el conocimiento (representación) que acompaña a la actividad voluntaria, dice Reinhard FRANK, cit. por JIMÉNEZ DE ASUA Luis, en *Trat. de D. Penal*, t. V, La culpabilidad. Editorial Losada, B. Aires, p. 400, No. 1559, ed. 1956. Se inclinó FRANK por la teoría de la representación, porque la teoría de la voluntad dejaba sin calificar como dolosas muchas acciones que eran tales; así, quien pierde en el juego las cantidades que tiene en depósito, hubiese preferido ganar; el que mata al dueño que defiende su patrimonio, hubiere preferido que dicho dueño no se resistiera. En estos ejemplos, evidentemente no existió voluntad (161).

Sólo la reunión de las teorías de la representación y de la voluntad conduce a una apreciación del dolo. En la teoría de la voluntad se exige la previsión del resultado, la conciencia de lo injusto y del daño social. La conciencia significa que el agente conoce que es un acto contrario a la ley. El dolo tiene tres términos: representación, voluntad y resultado. La noción del dolo resulta de las teorías de la representación, que es previsión, y la voluntad. Para que exista dolo es necesario que exista previsión y voluntad. Y la expresión más enérgica de la voluntad es la intención.

En derecho civil la determinación del dolo no asume los caracteres tan graves que tiene en derecho penal. Así si en los hechos ilícitos, existe dolo o negligencia en el autor, éste se encuentra obligado a indemnizar lo más exactamente posible, los daños y perjuicios. Asimismo, la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de las obligaciones contractuales, no aumenta demasiado si el deudor incurrió en dolo y no sólo en negligencia. Así, por lo menos, resulta de nuestro vigente cód. civ.

(161) Véase Luis JIMÉNEZ DE ASUA, *Trat. de D. Penal*, tomo V, La culpabilidad, Editorial Losada, B. Aires, 1956, No. 1559, p. 400.

Conforme a la teoría de la voluntad el dolo no importa la voluntad de violar la ley, sino la voluntad de cometer el acto. Esa voluntad es intención. Para la teoría de la representación el dolo tiene menos exigencias subjetivas. A esta teoría de la representación le basta comprobar la previsión del resultado por el agente.

En ningún derecho penal moderno el delito se presume doloso, sino sólo culposo. V.g., en un accidente de automóvil (162).

Para la doctrina germana es dolo:

1) Si el resultado que ha producido el agente se lo ha representado como seguro y lo ha deseado. Es decir, es el resultado a que ha tendido el agente o que éste se ha propuesto. Es el resultado querido por el agente. Este considera el acto que ha cometido como causal, porque el agente ha actuado para producir ese resultado. Esta teoría ya no se sigue.

Hay en Alemania dos teorías importantes para apreciar el dolo del agente. Una es la teoría de la representación, para la que basta que el resultado haya sido previsto, o sea que es suficiente que el agente haya tenido conciencia de la relación causal del acto para que exista dolo en él.

Para la teoría de la voluntad, que es la otra, es esencial que el agente quiera el resultado.

2) Según las 2 teorías es también dolo si el agente ha ocasionado aquellas consecuencias a que no se tendía, acaso incluso muy poco deseadas, que el agente considera como indisolublemente unidas con el resultado querido. Ej.; *A* quiere matar a *B*, pero sabe que no puede hacerlo sino mediante un acto por el que también resultará la muerte de *C* y, sin embargo, ejecuta el acto, aunque con gran pesar por la muerte de *C*. Es evidente que tiene conciencia que su acto causará también la muerte de *C*, por lo que debe tenerse en cuenta que *A* ha querido también esta consecuencia que es la muerte de *C*, ya que se ha representado la muerte de *B* y también de *C*, como un todo inseparable; ha decidido producir esta consecuencia total (muerte de *B* y *C*), porque no podía producir el resultado único que deseaba, que era la muerte de *A*.

(162) Debe mencionarse el hecho de que han sido los autores germanos los que han esclarecido este problema de la responsabilidad, con sus estudios sobre el dolo; y que hasta hace poco tiempo el derecho penal en materia de responsabilidad no se asentaba en bases firmes, no obstante que ésta es la substancia de la represión y de la pérdida de valores tan notables como son la libertad y la vida misma del imputado. Es de anotar, sin embargo, que la investigación cumplida por los juristas alemanes no es de pura creación ya que los romanos conocieron matices de la culpa tan finos como el de la luxuria.

Tanto éste como el caso anterior numerado 1), son de *dolus directus*.

3) ¿Será también dolo cuando el agente es consciente de que su acto en lugar del resultado contrario a derecho y directamente deseado, o juntamente con éste, producirá acaso otro resultado también contrario a derecho, aunque este resultado no es seguro pero si posible que se produzca? Ej. *A* sabe que el disparo al animal puede alcanzar al campesino *B*, que se encuentra en la misma dirección, o que si incendia una casa morirán las personas que en ella duermen y esto no es lo que persigue.

Conforme a la teoría de la voluntad, debe distinguirse: si el agente deseaba ese posible resultado, es indudable que también lo ha querido. Lo mismo ocurre si al agente le era indiferente o le era desagradable que el resultado se produjese o no, ya que se ha representado el resultado total incierto, cualquiera que fuese; y su voluntad se ha dirigido a determinar el resultado como quiera que éste fuese. Estos son casos de *dolus eventualis*.

Sin embargo, si el agente ejecutó el acto con la esperanza, para él decisiva, de que aquel resultado posible y para él desagradable, no se produciría, o si ha intentado incluso evitarlo (así, si al incendiar la casa, hizo ruido a fin de que despertaran los que en ella dormían), no existirá dolo con respecto a ese resultado posible, sino sólo la llamada "negligencia consciente" o "*luxuria*";

Es evidente que los móviles y, por tanto, la culpabilidad (elemento moral) es más grave en los dos primeros casos que en el último.

Para determinar si hay sólo culpa y no dolo en el caso No. 3) no basta la teoría de la representación, porque en los 3 casos la representación del agente es exactamente la misma respecto al nexo causal, porque el agente es consciente de que su acto producirá esa consecuencia. Por tanto, es preferible la teoría de la voluntad.

Hay dolo eventual cuando el agente prefirió el resultado anti jurídico no deseado, no querido, antes que renunciar y ejecutar el hecho que lo ocasionó.

Habría negligencia consciente cuando el agente tuvo la esperanza de que no se produciría el resultado contrario a derecho y esta esperanza o ligera confianza, fué decisiva para ejecutar el acto.

Asimismo, habrá dolo eventual en el agente si a pesar de que éste consideró el resultado como seguro, ello no obstante ejecutó el acto. Y sólo habría *luxuria* en el agente si se prueba que

si hubiera considerado el resultado como seguro, se habría abstenido de ejecutar el acto.

Otra cuestión importante: El agte. quiere un resultado contrario a derecho cuando sabe que concurren las características (de hecho o de derecho) por las que el ordenamiento jurídico prohíbe ese hecho o acto. No existirá dolo en el agente si éste supone erróneamente que las características del hecho harían de éste un acto lícito.

Quien no tiene conciencia de que su hecho producirá la muerte de un hombre o el daño en una cosa, o el que ignora que la cosa dañada es ajena, no responde por dolo; no es culpable de daño intencional.

Sin embargo, se exige que el agente debe conocer la norma jurídica prohibitiva, porque de no ser así faltaría en el agente la conciencia de que el hecho que comete constituye un acto contrario a derecho; no se daría aquel grado de culpabilidad moral que justifica las especiales consecuencias del acto doloso. Ello no obstante el conocimiento de la norma prohibitiva no es necesario cuando el hecho es moralmente reprobable. Por ejemplo, todo aquel que es imputable sabe que no se puede vulnerar la vida, la salud, la libertad y el honor de los demás, el derecho de propiedad, etc. Aquí, debe suponerse por el agente, el conocimiento del precepto prohibitivo.

En los casos en que falta ese conocimiento que hace al acto moralmente reprobable, sólo existirá dolo si el agente tiene conciencia de que el acto está prohibido por el derecho.

El dolo queda excluido si el agente incurrió en error de hecho o de derecho.

La doctrina alemana se pronuncia por la concepción normativa de la culpa y no por la concepción psicológica. Sin embargo, la jurisprudencia alemana estima que el error sobre los principios del derecho excluye el dolo en otras esferas del derecho, pero el error sobre la ley penal no excluye el dolo en esta área. Sin embargo, ENNECCERUS-NIPPERDEY (163) considera que esto último sólo es exacto si la antijuridicidad del hecho cometido por el agente, resulta de otras disposiciones que no son de derecho penal, por lo que carece de importancia el error sobre la ley penal. Cita en su apoyo a BINDING y a HIPPEL. Agrega que la prohibi-

(163) Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, n. 11 de la p. 429, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1935. Examinan el dolo dentro de la noción de responsabilidad.

ción que hace la norma no puede someterse a principios jurídicos distintos que los de otras prohibiciones jurídicas por el solo hecho de que esa prohibición no resulte más que de la ley penal.

En otro lugar, ENNECCERUS-NIPPERDEY (164) expresan que no debe confundirse la norma prohibitiva con la que contiene la conminación de una pena, aún cuando frecuentemente aparezcan exteriormente unidas, como un solo todo; que no se exige que el hecho cometido por el agente esté sancionado con pena, ya que la culpa se refiere al carácter del hecho y no a sus consecuencias jurídicas. Asimismo, en el derecho existen muchas prohibiciones que no se encuentran protegidas con penas.

En el dolo debe siempre existir un obrar negligente contra derecho. Por tanto, el error de derecho excusable (no culpable) excluye al agente de dolo.

Hay que distinguir el *dolus* como hecho psíquico del dolo como noción jurídica.

El derecho afirmará que existe (o sea el juez), cuando los hechos, las circunstancias denoten que hubo dolo.

La doctrina de la representación pone en evidencia esos hechos. Pero no afirma que basta la representación para que el dolo exista.

Al ejecutar un acto de voluntad es querido lo que fué representado.

Pero la representación no es suficiente para constituir en dolo al agente.

Hay otra teoría que se llama teoría del asentimiento. Se parte de un punto de que el agente actúa no obstante la representación de un resultado que prevé, pero también ese resultado es querido por el agente, además de representado dentro de él.

Puede existir intención directa e inmediata de la voluntad de causar el resultado previsto, o sólo asentimiento subjetivamente prestado a un resultado que se prevé como posible o probable.

Comete dolo no sólo el que directamente quiso el resultado, sino también el que no lo quiso, pero asintió ante la previsión de las consecuencias y, sin embargo, emprendió la acción.

Para la teoría de la representación, el dolo tiene menos exigencias subjetivas. A esta teoría le basta la previsión del resultado por el agente.

(164) Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, n. 8 de la p. 428. Aquí trata de la noción de culpabilidad, ENNECCERUS.

BELING considera que dolo es el vicio de la voluntad que se funda: a) en que el autor se ha representado (a lo menos como posible) las circunstancias de hecho típicamente relevantes y la antijuridicidad de su conducta; y b) a lo menos, ha consentido (si no ha querido o se ha propuesto) esa calidad de conducta.

Para MAYER la producción de un resultado típico es dolosa, tanto cuando ha movido al autor a emprender el acto la representación de que el resultado se producirá, como cuando esta representación no fué un motivo para abstenerse de obrar.

ENNECCERUS-NIPPERDEY (165) define la culpa (en sentido amplio), como "una falta de la voluntad, en virtud de la cual una persona puede ser hecha responsable del acto contrario a derecho, cometido por ella".

Seguidamente, agrega que la falta de voluntad consiste "en obrar a pesar de haber pensado en las funestas consecuencias del acto que debiera haberle apartado del mismo".

La culpa en sentido amplio comprende dolo y negligencia.

Acerca del dolo, ENNECCERUS-NIPPERDEY (166) lo define como el "querer un resultado contrario a derecho, con la conciencia de infringirse el derecho o un deber".

Explica que se trata de un resultado contrario a derecho porque contradice el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la lesión de una persona o de una cosa ajena. Pero esta lesión debe ser querida. No es menester que el daño que se produce por querer el resultado contrario a derecho, sea también querido. Sólo excepcionalmente se exige por la ley, una intención dirigida a producir el daño mismo; pone como ejemplo el § 826: "Quien dolosamente causa a otro un daño de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño".

Acerca de que el resultado contrario a derecho tiene que ser querido, expresa ENNECCERUS-NIPPERDEY (167) que existen dos teorías: una teoría llamada de la representación, para la que es suficiente "que haya sido previsto", "que el agente haya tenido conciencia de la relación causal del acto" ("que algunos criminalistas definen el dolo como la "conciencia causal de acto", pero que en realidad esta conciencia es únicamente una consecuencia

(165) Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, p. 425. Sobre engaño doloso como vicio de la voluntad, revisese este mismo tomo I, vol. 2, § 160, p. 208 y ss.

(166) Tratado de Derecho Civil, tomo I, parte general, volumen 2, § 196, p. 426.

(167) Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, p. 426. tex. y n. 2.

de la existencia de la voluntad contraria al derecho"). Explica cuál es la mecánica. Así: a) el agente razona que si realiza el acto se produce el resultado; b) el agente quiere el acto; c) Por tanto, el agente piensa: —Si realizo el acto se producirá el resultado. Si el agente no quisiera el acto, el resultado no se produciría; la culpa reside en la voluntad y no en el resultado, en la conclusión que deriva necesariamente de esa voluntad.

Dice que existe otra teoría, que es la teoría de la voluntad, en la que "es indispensable querer el resultado" y que defienden la mayoría de los criminalistas, casi todos los civilistas y el Tribunal del Reich (168).

ENNECCERUS-NIPPERDEY (169) advierte que para deslindar el dolo de la negligencia y para delimitar el concepto de dolo, es necesario considerar por separado los diferentes casos.

1) El dolo comprende, sin lugar a dudas, el resultado que el agente se representó como seguro y que lo deseó. A ese resultado tendió o se propuso, ya que el agente lo quiso y consideró su acto como causal, porque incluso obró para producir el resultado.

2) Tanto la teoría de la representación como la teoría de la voluntad consideran que el dolo comprende aquel resultado, aquellas consecuencias a que no se tendía; consecuencias que incluso eran muy poco deseadas por el agente, pero que éste estimaba como indisolublemente unidas con el resultado. Se quiere matar a *A*, pero se tiene conciencia de que no se puede hacerlo sin matar también a *B*. Por tanto también habrá de resultar la muerte de *B*. Sin embargo, el agente procede a ejecutar el acto que mata a los dos, aunque tiene gran pesar por la muerte de *B*.

Es evidente que el agente ha querido la otra consecuencia, que es la muerte de *B*, porque no podía producir el único resultado que él deseaba, que es la muerte de *A*. Era un todo inseparable la muerte de *A* y *B*.

Los casos 1) y 2) son de *dolus directus*.

3) El agente tiene conciencia de que su acto tendrá no sólo el resultado contrario a derecho que él directamente desea, sino que conjuntamente con el resultado que él desea, se producirá otro resultado también contrario a derecho; pero este segundo

(168) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, p. 426, tex y n. 3.

(169) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, p. 427.

resultado que el agente no desea, habrá de ser posible que se produzca; aún cuando no se producirá de modo seguro, sino sólo probable.

Por ejemplo, el cazador sabe que el tiro que habrá de disparar dirigido al animal de caza, puede alcanzar al campesino que está en la misma dirección; o el autor conoce que el incendio de la casa puede tener por consecuencia posible la muerte de las personas que en dicha casa duermen. Con la teoría de la voluntad deberá distinguirse si el agente deseaba ese resultado posible, o sea si también lo ha querido. Asimismo, debe estimarse que el agente ha querido el resultado si le era indiferente, o sea que podía serle desagradable o no desagradable que el resultado posible se produjese, porque se infiere que el agente se ha representado el resultado total incierto, cualquiera que él fuese y su voluntad se dirigió a producir el resultado cualquiera que fuese. Este es *dolus eventualis*.

Sin embargo, si el agente obró confiando en que ese resultado posible, para él desagradable, no habría de producirse, o si intentó inclusive evitarlo, —por ejemplo, haciendo ruido a fin de despertar a quienes dormían en la casa que incendió—, no habrá dolo en lo que respecta a ese resultado posible, sino la llamada “negligencia consciente” (*luxuria*). Para la teoría de la representación este último caso también sería de dolo.

Debe anotarse que la responsabilidad en los dos primeros casos es mucho más grave que en el último. Como la teoría de la representación no se remonta a la voluntad, no distingue en los tres casos, porque el agente se representa al nexo causal en la misma forma en los tres casos. Por el contrario, con la teoría de la voluntad el último caso no es de dolo. Esta teoría es más conforme a la realidad y distingue el elemento ético.

La “negligencia consciente” (*luxuria*) aparece cuando el agente tiene esperanza o una ligera confianza de que no se produciría el resultado contrario a derecho y esta creencia fué decisiva para la ejecución del acto.

La diferencia entre *dolus eventualis* y *luxuria* está en que en el primero el agente cometerá siempre el hecho aún cuando hubiese considerado el resultado como seguro. En cambio, habrá sólo *luxuria* si el autor al comprobar que el resultado era seguro, no habría ejecutado el hecho.

Otra cuestión es la de determinar cuándo el agente quiere un resultado contrario a derecho. Así, cuándo concurren las características del supuesto de hecho al que el ordenamiento jurí-

dico condiciona la prohibición de ese hecho. Esas características pueden ser de hecho o de derecho.

No habrá dolo si el agente supone erróneamente circunstancias que harían del hecho un acto lícito.

Si el agente no es consciente de que su hecho posiblemente producirá la muerte de un hombre, es evidente que no tiene intención de matar.

No obra, por ejemplo, con dolo quien usa o deteriora una cosa ajena porque cree erróneamente que con ello evita un riesgo actual; a ello lo autoriza el § 904 del BGB y el inc. 3º del art. 1137 del cód. civ. del Perú.

El dolo reclama en el agente, la conciencia de obrar contra el derecho o contra el deber.

El error, aunque sea error de derecho, excluye el dolo, siendo indiferente que sea o no excusable (170).

El autor deberá conocer la existencia de la norma jurídica prohibitiva. A este respecto, no es necesario que dicha norma contenga una sanción, ya que la culpa se refiere al carácter del hecho y no a las consecuencias jurídicas.

Debe suponerse, lisa y llanamente, el conocimiento por el agente, de la prohibición. Quien es imputable sabe que no deberá vulnerar la vida, la salud, la libertad, el honor, la propiedad y los demás derechos. Sin embargo, cuando esto no ocurra, debe suponerse el dolo del agente cuando éste conozca la concurrencia de las características del supuesto de hecho. V.g., si desconozco las ordenanzas municipales de construcción y edificio en contra de ellas, no cometo dolo. Sólo aquellos actos que son substancialmente inmorales serán cometidos por dolo por el agente, aún cuando éste no conozca la prohibición que existe con respecto a la limitación de los intereses, por ejemplo. Así, la usura es siempre dolosa (no existe usura por negligencia), aún en el caso de que quien la comete ignore la prohibición legal de la ley 2760, aunque crédulamente suponga que la usura no se encuentra jurídicamente sancionada. Existe una concepción normativa de la culpa, que se ha impuesto frente a la concepción psicológica.

La usura ahora sólo habría de configurarse si se cobran tasas aún superiores a las que señala el Banco Central de Reserva

(170) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, volumen 2, § 196, n. 10 de la p. 429.

del Perú, en virtud de la autorización contenida en el Decreto-ley No. 21504, de 25 de mayo de 1976. Se piensa dejar libre y flotante el cobro de intereses; y con ello desaparece el delito de usura.

Debe atenderse también para atribuir el dolo en el agente que exista ese grado de culpabilidad moral que justifica las especiales consecuencias del acto doloso. No importa en estos casos la existencia de la norma prohibitiva; basta que el acto sea moralmente reprochable.

• LEHMANN (171), refiriéndose al § 123, I del BGB que dice que se puede impugnar la declaración de voluntad si quien la hizo fué impulsado a expresarla por engaño doloso, hace saber que el engaño consiste en una conducta que induce al otro a una representación errónea; que el engaño se refiere a hechos ya que los juicios personales no perjudican la libre determinación del otro. Agrega que el engaño es la causa de la emisión de la declaración de voluntad del otro, ya que si no hubiere mediado el engaño la declaración de voluntad no se hubiere emitido o habría sido emitida en sentido distinto; y que exista dolo en quien engaña, que sea consciente éste de que su conducta fué causa para la emisión de la declaración de voluntad del otro. No es necesario que con el engaño doloso se persiga una ventaja patrimonial como en la estafa, o que quien engaña tenga intención de perjudicar al otro. Basta que el que engaña tenga conciencia de que se perjudique o pueda perjudicarse el otro a quien engaña. Asimismo, es suficiente el dolo eventual, o sea que se tenga conciencia de que el engaño pueda determinar al otro a emitir la declaración de voluntad. Y ello se da incluso en la hipótesis de que el dato proporcionado al otro pueda ser falso.

También examina LEHMANN que es dolo silenciar ciertos hechos no obstante que existe la obligación especial de comunicarlos, o cuando la buena fe y la costumbre exigen sinceridad en cada caso concreto. Así, en la cesión de créditos el acreedor cedente está obligado a comunicar al acreedor cesionario la información necesaria para hacer valer el crédito cedido: § 402 del BGB; en el contrato de mandato el mandatario está obligado, si se le pide, a proporcionar al mandante información sobre el estado del negocio: § 666 del BGB. Para nosotros, entre las obligaciones del mandatario se encuentra la de dar cuenta de su administración: art. 1636, inc. 4º cód. civ. También debe tenerse en cuenta

(171) Trat. de D. Civ., vol. I, Parte general, § 34, IV, 1), a), p. 390 y ss.

que si se interroga sobre determinadas cualidades no deben negarse los vicios que existan.

LEHMANN (172), al considerar el dolo como la voluntad dirigida a producir el resultado antijurídico, advierte que el BGB no contiene la definición del término dolo, razón por la que su concepto ha sido muy discutido.

Sintéticamente, expresa que conforme a la doctrina de la voluntad el dolo es la voluntad encaminada a producir el resultado antijurídico; y que según la teoría de la representación el dolo es la previsión del resultado.

Estas ideas sobre el dolo las vierte Heinrich LEHMANN en el capítulo de su Tratado en que se ocupa de "Culpa y responsabilidad", expresando que la culpa consiste en un comportamiento anímico del agente, que es reprobado por el Derecho y que le puede ser imputado. La culpa, agrega, tiene dos formas o modalidades que son: dolo o negligencia.

Como para este trabajo examinamos el dolo como vicio de la voluntad, teniendo en cuenta la unidad de la noción del dolo, consideramos que lo que expresa este autor germano del dolo como uno de los elementos de culpa, es aprovechable.

Anota LEHMANN que tanto la teoría de la voluntad como la teoría de la representación consideran que el acto que produce el resultado antijurídico es querido por el agente; y que en lo que difieren ambas teorías es en la conducta anímica del agente con respecto al resultado antijurídico. En todo caso, el agente deberá conocer las circunstancias de hecho sobre las que descansará la antijuridicidad o inmoralidad de su acción. Explicando la teoría de la representación dice que existirá dolo en todo resultado que el agente se hubiere representado como seguro o como posible. Si el resultado sólo fuere posible existirá el dolo eventual. En la teoría de la voluntad existirá dolo si el agente ha pensado que el resultado se produciría de modo seguro o posible y, sobre todo, lo ha deseado, o se ha mostrado indiferente ante la posibilidad de que se produjese dicho resultado, o también si ese resultado lo habría considerado como una consecuencia poco deseada pero indisolublemente unida con el resultado que se proponía. No habría dolo para la doctrina de la voluntad si previó el resultado como posible, pero deseaba y esperaba que no ocurriera y procuraba ante todo evitarlo. Esta es, dice la llamada "*luxuria*".

(172) Trat. de D. Civ., vol. I, Parte general, § 41, I, p. 494 y ss.

Expresa LEHMANN (173) que la teoría de la voluntad ha recibido la preferencia, porque con aquélla se resuelven adecuadamente los supuestos en que el agente se ha representado sólo como posible el resultado dañoso. Para la teoría de la representación si el autor se representó como posible el resultado, se trataría de un caso de *dolus eventualis*. Considera LEHMANN que esta calificación sería excesiva, ya que el autor obró con la esperanza de que el resultado que se representa como posible no se ha de producir en la realidad, sobre todo si el autor adoptó medidas para evitar dicho resultado.

Es indispensable, en todo caso, que el autor conozca las circunstancias de hecho sobre las que descansa la antijuridicidad o inmoralidad de su acción. V.g., el deudor debe conocer la existencia de la deuda si se pretende responsabilizarlo por dolo en caso de incumplir el pago de ella. Y en cuanto a calificar como doloso el daño producido por el agente en las cosas, se requiere que dicho agente conozca que el derecho de propiedad sobre dichas cosas corresponde a otro.

Se requiere también que el agente conozca que su acción es antijurídica. Así, debe conocer la existencia de una norma jurídica prohibitiva, pero no es requisito indispensable que conozca que se le impondrá una pena. No precisa conocer que su conducta es moralmente reprobable.

Sólo el error de derecho excluye el dolo. En derecho civil debe equipararse el error de hecho al error de derecho. Pero el error de derecho excluye el dolo, pero no —lisa y llanamente— la culpa. La culpabilidad se excluye cuando el error de derecho sea disculpable. Quien causó el daño tenía la concepción jurídicamente errónea de que su acción dañosa estaba permitida, pero siempre que se acredite que utilizó la diligencia exigible en el tráfico.

Sin embargo, cuando se vulneran bienes jurídicos que están protegidos de modo absoluto, como son la vida, la libertad, el honor, la salud, la propiedad y otros derechos, deberá suponerse siempre la concurrencia del dolo, porque todo sujeto imputable ha de conocer tales prohibiciones. La jurisprudencia penal es constante en declarar que el error sobre la ley penal no excluye el dolo (error "*iuris nocet*"), pero sí el error sobre normas correspondientes a otras áreas del derecho. Sin embargo, la doctrina penal última exige en Alemania que el agente tenga conciencia

(173) Trat. de D. Civ., Parte general, vol. I, § 41, p. 495.

de la ilicitud; y este criterio se ha abierto paso también en la jurisprudencia.

No es necesario, para considerar al agente incurso en dolo, que éste conozca todas las consecuencias perjudiciales que su conducta antijurídica puede producir. Producido el resultado antijurídico, el agente responderá de todas las consecuencias perjudiciales que su acción haya ocasionado y la indemnización debe comprender esos extremos (§§ 280 y 283 BGB).

LEHMANN cita a FRANK (defensor de la teoría de la representación), quien niega el dolo si el autor se hubiera abstenido del acto si hubiere considerado el resultado como seguro, pero hace notar que FRANK recurre a la formación de la voluntad, o sea que en parte se abandona la teoría de la representación.

Aún dentro del acto ilícito la responsabilidad por dolo o por negligencia es en derecho civil igual, ya que sólo se indemniza en ambos casos, el daño. Sin embargo, para nosotros existe alguna diferencia en la cuantía dineraria de la indemnización si se comprueba el dolo del demandado. Véase el art. 1323 del cód. civ. del Perú, que previene que el deudor negligente sólo responde de los daños y perjuicios previstos, o de los daños y perjuicios que él hubiere podido prever; y en caso de dolo responde de los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato.

Para inferir cuándo existirá dolo por parte del deudor, debe comprobarse, en derecho civil alemán, si dicho deudor se representa el resultado de su acción y, sin embargo, lo admite, aún conociendo la infracción de la obligación que aquel resultado importa (174). No basta la mera representación del resultado; sino que el deudor, al admitir el resultado, contaba seriamente con la posibilidad de realización de dicho resultado y, sin embargo, no desistió por ello de obrar. Esta es la teoría de la voluntad, que hoy impera en Alemania, en contraposición con la teoría de la representación.

LARENZ (175) ejemplifica: un taxista contrae la obligación de realizar un viaje a las 12 en punto y una hora antes acepta otro viaje del que es difícil que regrese a las 12. Será responsable por dolo porque voluntariamente se arriesgó a no cumplir, o

(174) LARENZ Karl, D. de obligaciones, t. I, § 19, p. 284.

(175) D. de obligaciones, t. I, § 19, p. 284. LARENZ hace notar que antes la teoría de la representación fué parcialmente defendida con el agregado que el autor aprobaba el resultado (n. 5 de la p. 284).

sea que incurrió en "dolus eventualis". Empero, no habrá infringido dolosamente la obligación si se olvidó del próximo viaje contratado; o si incurrió en error al calcular el recorrido del segundo viaje, por lo que aceptó éste. Estos dos últimos casos son de negligencia. Este estudio débese a la unicidad del dolo.

Quien actúa ignorando su obligación no comete dolo, porque éste, en derecho civil germano, importa la "conciencia de la infracción del deber", como exige nuestro art. 81 del cód. penal.

El dolo es lo contrario de la *bona fides*.

En otro lugar, LARENZ (176), al ocuparse del deber de prestación del deudor y de la buena fe como exigencia (§ 242 del BGB), importando ésta fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, dice que el §. 242 lo aplica el juez de oficio, aunque la parte no lo haya invocado, por ejemplo como excepción de dolo. El juzgador puede no obstante el texto literal de la ley, desestimar la acción, si aprecia la situación según la buena fe, aunque el demandado no haya ni siquiera alegado esto. En otro caso, se impide el ejercicio del derecho, por el deudor, mediante la *exceptio dolis generalis*. Con ella se abre camino a la *bona fides* frente al *strictum ius*.

Obviamente, dolo y buena fe son excluyentes en la misma persona al mismo tiempo y para el mismo negocio.

11.—*Concepto del dolo en las leyes penales.*— Es de utilidad conocer lo que sobre dolo dicen las leyes extranjeras, muchas de las que ahora están sustituidas o, simplemente, derogadas.

El antiguo cód. penal de San Marino, redactado por ZUPETTA, en su art. 16 define así el dolo:

"Para la existencia del delito se requiere el concurso simultáneo de la cognición de la acción, de la voluntad del agente y de la libertad de querer del agente".

En el cód. penal democrático de Checoslovaquia, se dice en su inc. 1º del § 3º:

"El resultado establecido en la ley es dolosamente culpable cuando el autor: a) quiso producirlo, o b) cuando supo que podía producirlo y en tal caso, que él estuvo de acuerdo con que se produjera".

(176) D. de obligaciones, t. I, I), p. 143 y ss. y II), p. 156.

El § 242 del BGB declara:

"El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico".

En el cód. penal suizo: Párrafos 1º y 2º del art. 18:

“Cuando la ley no dispone expresamente lo contrario, sólo es punible quien comete dolosamente (intencionalmente, o con intención) un crimen o un delito. Comete dolosamente un crimen o un delito quien lo ejecuta con conciencia y voluntad”.

Cód. penal de Yugoslavia; inc. 2º del art. 7º:

“La acción punible se comete dolosamente cuando el autor ha sido consciente de su acto y cuya ejecución ha querido; o cuando ha sido consciente de que a consecuencia de su comisión u omisión, el resultado prohibido, puede sobrevenir y ha consentido en que sobrevenga”.

Cód penal de Grecia; de 17 de agosto de 1960; art. 27,:
“1. Obra dolosamente (según designio) quien ejecuta con voluntad las circunstancias fácticas que conforme a la ley constituyen el concepto de una acción punible; o quien reconoce que posiblemente se realicen por su acto y, en caso de tal realización, está de acuerdo con ello. 2. Cuando la ley exige el conocimiento de una circunstancia fáctica, no basta el dolo condicional. Cuando la ley exige la producción del acto como fin para el logro de un determinado resultado, debe el autor proponerse la ejecución de ese resultado”.

En conclusión, el dolo necesita de la conciencia y de la voluntad.

El Proyecto de cód. penal alemán de 1919 sobre dolo decía en su § 11:

“Obra dolosamente quien realiza el tipo legal de la acción punible con conocimiento y voluntad, o quien teniendo sólo como posible la ejecución del tipo legal, está sin embargo de acuerdo con ella, para el caso de que se produzca”.

JIMÉNEZ DE ASÚA (177) expresa que el cód. penal del Perú exige, como en las viejas definiciones, voluntad y conciencia.

La noción del dolo la contiene el cód. penal del Perú en el 2º párrafo del art. 81: “La infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente y voluntaria”.

El cód. polaco antes del comunismo, definía el dolo en su art. 14 § 1º:

“Existe infracción intencional no solamente cuando el autor

(177) JIMENEZ DE ASUA L., *Trat. de D. Penal*, V, B. Aires 1956. No. 1546 p. 345.

quiere cometerla, sino cuando prevé la posibilidad del efecto delictivo o del carácter delictivo de la acción, y consiente en realizarla.

En Argentina SOLER busca el concepto de dolo en el art. 34, inc. 1º del cód. pen. de ese país.

12.—*Dolo cometido por los incapaces.*— Los incapaces en sus declaraciones de voluntad y, en especial, al prestar su consentimiento en los contratos, pueden incurrir en dolo. Sean los menores de edad, o sean los mayores incapaces.

En general, el menor con más de 16 años puede contraer una obligación o renunciar un derecho, pero siempre que el tutor autorice expresa o tácitamente el acto o lo ratifique, dice el art. 512 del cód. civ. peruano. Y no existiendo ratificación, el menor queda sometido a la restitución de la suma que se hubiere convertido en su provecho. Además, si el menor ha cometido dolo, responde del daño que cause a tercero: art. 513 del cód. civ. peruano. Asimismo, el menor con discernimiento responde de sus actos ilícitos: art. 515 del cód. civ. peruano. Finalmente, el menor puede ejercer una industria si es autorizado, sea por su tutor, sea por el juez, y como tal es obvio que las declaraciones de voluntad que emita lo obligan: art. 514 cód. civ. peruano; y en el ejercicio de la industria el menor administrará los bienes que se le hubieren dejado y los que hubiere adquirido con su trabajo: art. 518 del cód. civ. peruano. El ejercicio de esta actividad lo autoriza a celebrar contratos de compra-venta de bienes muebles, sobre todo; contratos que son válidos, no obstante su incapacidad.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el que tiene sólo 18 años y no ya 21, es plenamente capaz, conforme al D.L. No. 21994, de 15 de noviembre de 1977.

Lo mismo ocurrirá con el incapaz mayor de edad pero con incapacidad no absoluta, sino relativa. Sobre quienes son incapaces absolutos véase art. 9º del cód. civ. peruano. Los demás incapaces mayores de edad, son incapaces relativos. Por ejemplo el incapaz por prodigalidad puede celebrar contratos anteriores a la demanda de declaración de prodigalidad, los cuales son válidos y eficaces según el art. 580 del cód. civ. peruano. Lo mismo ocurre con los incapaces por mala gestión o por ebriedad habitual: art. 586 del cód. civ. peruano. Los contratos que celebren antes de la demanda para que se les declare incapaces son válidos: art. 586 del cód. civ. peruano. La incapacidad requiere de una resolución judicial, que se inscribe en el Registro Personal: art. 1069,

inc. 1º del cód. civ. peruano (178). La no inscripción motiva que esta incapacidad no afecte a terceros que celebren contratos onerosos con los incapaces: así lo declara el art. 1073 del cód. civ. peruano, a no ser que se trate de una incapacidad absoluta (por enajenación mental, v. g.), en que los contratos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se verificaron: art. 573 del cód. civ. peruano.

En derecho francés, véase lo que expresan PLANIOL-RIPERT y Esmein (179). Si un menor simula tener la capacidad necesaria, o sea que afirma ser mayor, ello no importa dolo: art. 1307 del cód. civ. francés.

Debe también tenerse en cuenta que la parte que celebró un contrato con un incapaz, no puede aprovecharse de la incapacidad de su co-contratante, para librarse de las obligaciones que por dicho contrato hubiere asumido. El art. 1078 cód. civ. peruano dispone: "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio".

13.—*La violencia como vicio de la voluntad.*— Existirá vicio de la voluntad si la violencia es ilegítima. Por consiguiente, la amenaza del ejercicio regular de un derecho no importa violencia, ya que en ello no existe algo ilegítimo. V. g., el ladrón no puede conseguir la declaración judicial de anulabilidad de un reconocimiento de deuda que firmó bajo la amenaza de una acción penal por el delito cometido contra el patrimonio de su acreedor.

Conviene tener en cuenta que en todas aquellas hipótesis en las que el art. 1137 del C.C., declara que no son actos ilícitos, existe la obligación en quien los practica, de reparar el daño que hubiere causado. Esto es lo que hasta ahora no entiende nuestra jurisprudencia.

Para la doctrina francesa la violencia importa la utilización de una fuerza irresistible para arrancar el consentimiento; o intimidación existirá cuando se inspira a quien se le hace consentir un fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su

(178) No puede nombrarse curador al incapaz sin que se le declare previamente interdicto. Para internar al incapaz por enajenación mental, se necesita autorización del juez, quien para expedirla no oye al curador, sino al consejo de familia: arts. 556 y 569 del cód. civ. del Perú.

(179) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. VI, Cultural S.A., Habana, 1940, No. 209, p. 281.

persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes; y tratándose de otras personas, corresponderá al juzgador decidir sobre la anulabilidad según las circunstancias (texto del art. 1090 del cód. civ. peruano). En realidad, es útil en este campo el estudio de la extorsión y el *chantage* legislados, respectivamente, en los arts. 249 y 250 del cód. penal peruano.

La amenaza es conducta que inspira temor. Violencia e intimidación importan delito contra la libre determinación de la voluntad de la persona y contra su patrimonio. Tanto en el área civil como en el área penal debe existir ventaja pecuniaria.

La intimidación carece de actividad física. Es nada más que compulsión moral.

Violencia e intimidación que configuran la extorsión, hacen de este delito contra el patrimonio algo menos grave que el robo. La intimidación no está comprendida dentro del delito de robo, sino dentro del delito de extorsión en el art. 249 del cód. penal peruano.

La violencia y la intimidación deberán ser causa del *minus* que en su patrimonio sufre el sujeto. Por tanto, para que el vicio de la voluntad aparezca y el delito se consume es que la violencia o la intimidación hayan atemorizado al sujeto y lo hubieren obligado a disponer de sus bienes con desventaja patrimonial. Debe existir pérdida patrimonial. La parte consiente o evacúa la declaración de voluntad porque la amenaza o la intimidación han producido efecto en su ánimo (en su voluntad).

La doctrina penal es en estos casos un auxilio necesario para el civilista (180). Empero, para nosotros existen hipótesis de acción dolosa (y hasta omisión intencional) que anulan el negocio jurídico, pero que no se tipifican como estafa o, en general, defraudación.

Nuestra ley civil distingue la intimidación de la violencia y sólo se refiere al consentimiento, que, como se ha dicho, es elemento constitutivo del contrato, pero no a que esos vicios afectan toda declaración de voluntad. Así, el art. 1089 dispone: "Será

(180) Para el delito de extorsión consúltese Sebastián SOLER, Derecho Penal Argentino, t. IV, § 115, p. 261 ss. B. Aires, 1963; Ricardo C. NÚÑEZ, Derecho Penal Argentino, Parte especial, V, Bibliográfica Omeba, B. Aires, 1967, p. 249; Juan F. RAMOS, Curso de Derecho Penal (2a parte), compilado por Argüello y Frutos, VI, ed. 1944, B. Aires, No. 47.

ineficaz el consentimiento prestado por violencia o por intimidación". Y el art. 1090 define la intimidación en los siguientes términos:

"Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes".

"Tratándose de otras personas, corresponderá al juez decidir sobre la nulidad, según las circunstancias".

Asimismo, la violencia o la intimidación anularán el negocio, aunque se hubiesen empleado por un tercero que no intervenga en él: art. 1093 del cód. civ. del Perú. Lo mismo ocurre con el dolo de un tercero, pero el art. 1087 del cód. civ. peruano declara que el negocio sería anulable por dolo del tercero, siempre que alguna de las partes tuviere conocimiento de dicho dolo. Si no lo conoce, no prosperaría la acción de anulabilidad.

Con la violencia se produce en la persona que la sufre un temor tal que presta su consentimiento, aún contra su voluntad.

La violencia destruye en quien la sufre la libertad con que debiera haber procedido para otorgar el negocio jurídico (el contrato).

La víctima sabe que no debe contratar, porque existen una serie de razones que se lo impiden. Empero, tiene otras razones derivadas del temor que la violencia le ocasiona, que determinan su voluntad a prestar consentimiento. Este es un consentimiento viciado.

Propiamente, el vicio de la voluntad no lo constituye la violencia, sino el temor que la violencia origina.

El que sufre la violencia tiene el temor de un mal; y es para impedir ese mal que da su consentimiento.

El § 123 del cód. civ. alemán llama "amenazas". El art. 29, 1º y 2º del cód. civ. de Suiza se refiere a quien celebra el contrato "bajo el imperio de un temor" y también utiliza el vocablo "amenazas".

El mal que produce el temor puede ser un mal físico: la muerte; la privación de la libertad; las lesiones. Puede ser también un mal moral, como el de difundir hechos que atentan contra el honor de la persona. En este caso, habría extorsión (delito previsto y sancionado por los arts. 249 y ss. del cód. penal).

Para determinar cuál es el efecto que produce la violencia

en el sujeto, se atiende a la edad, sexo y demás circunstancias de la persona que la sufre: art. 1091 del cód. civ.

La violencia que ocasiona la anulabilidad debe presentar un carácter grave. Sólo así se le tendrá como vicio de la voluntad (vicio del consentimiento).

La violencia no sólo puede ser ejercitada contra el contratante, sino también contra su cónyuge, ascendientes y/o descendientes.

También la violencia puede provenir de un tercero no interviniente en el contrato (art. 1093 del cód. civ.) y constituye vicio de la voluntad que lo anula.

Existe una violencia legítima, que es la que se da cuando alguien advierte que va a utilizar las vías de derecho. Empero, sólo se trata del uso regular de las vías de derecho; no del uso abusivo de esas vías. Ej., quien compra al peso mercancías descubre al vendedor en flagrante delito sobre el peso ya que su balanza no sólo está descompuesta, sino que descubre que en su interior se le ha manipulado para el engaño. El comprador puede exigir el reembolso de lo entregado de menos, pero no puede reclamar una cantidad considerable para silenciar este fraude. También podría conseguir la anulabilidad del contrato de compra-venta con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En la violencia debe existir algo inmoral. Sólo si la violencia es injusta anulará el contrato y constituirá vicio del consentimiento.

El contrato sería válido aunque no se hubiere perfeccionado con entera libertad de las partes. Y al decir contrato nos estamos refiriendo a todo negocio jurídico en el que una de las declaraciones de voluntad haya sido emitida mediante coacción o amenaza.

PLANIOL-RIPERT y Esmein (181) hacen notar que no siempre la violencia es causal de anulabilidad, sino cuando la violencia es ilegítima. La presión o coacción puede utilizarse para reclamar un derecho, o para obtener la satisfacción de un interés legítimo. Al igual que en el dolo, la violencia afecta la voluntad del sujeto que la sufre, pero se castiga porque importa un acto ilícito. Citan en su apoyo lo dispuesto en el art. 1114 del cód. civ. de NAPOLEÓN, que contiene casi la misma declaración de nuestro art. 1092, el cual reza: "La amenaza del ejercicio regular de un de-

(181) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. VI, Cultural S. A., Habana, 1940, No. 196, p. 267 s.

recho y el simple temor reverencial, no anularán el acto (negocio)", Es evidentemente legítima y respetable la autoridad que ejerce el ascendiente, por más que atemorice al descendiente. (182)

Lo legítimo o ilegítimo de la coacción lo decidirá el juzgador, como cuestión de hecho sometida a su conocimiento y decisión.

No existiría ilegitimidad si quien ejerce la coacción o la violencia pura pretende con ellas obtener que se le pague un derecho. En este caso, es lícito hacerse justicia por sí mismo, a no ser que el medio empleado importe la comisión de un delito (de lesiones, v.g.).

Al igual que el dolo, la violencia necesita de prueba.

Esta anulabilidad de negocio jurídico desaparecería si se opera la confirmación: art. 1132 cód. civ. del Perú, que puede ser documentaria, o resultar de la ejecución del negocio jurídico susceptible de ser anulado: arts. 1133 y ss. del cód. civ. peruano.

Estos vicios (error, dolo, violencia, intimidación, simulación y fraude), no sólo atentan contra los contratos al afectar el consentimiento que los hace nacer, sino que atentan contra cualquier declaración de voluntad evacuada en cualquier negocio jurídico.

Sobre la violencia BONNECASE (183) escribe que es una coacción que se ejercita sobre la voluntad de una persona y que neutraliza dicha voluntad hasta obligar a la persona a suscribir el contrato. Y la cuestión de saber si existe o no violencia es cuestión de hecho. Asimismo, el juez francés debe seguir las directrices que le marca su cód. en los arts. 1111 a 1115. Así, el juez debe comprobar que en ese caso sujeto a su decisión, la violencia era capaz de impresionar a una persona razonable y esta persona no corresponde a una noción abstracta, ya que en cada caso deberá tenerse en cuenta la edad, el sexo y la condición de las personas. Lo mismo exige nuestro art. 1095. Asimismo, el juez debe tener en cuenta que la violencia debe engendrar en la persona que la sufre el temor de un mal considerable e inminente, ya sea para la persona, o para su patrimonio. Y la amenaza será

(182) El artículo del cód. francés dice: "El simple temor reverencial hacia el padre, la madre u otro ascendiente, sin que se hubiere ejercido violencia, no bastan para anular el contrato". Anotemos que la fuerza siempre es ilegítima, cuando se quiere conseguir una renuncia u obtener una obligación.

(183) BONNECASE Julien, Elementos de D. Civ., t. II, Derecho de las Obligaciones, de los contratos y del crédito, Editorial Cajica, Puebla, México, No. 277 ss., p. 299 ss.

también eficaz si se refiere a los parientes de la víctima, que la ley enumera. Lo mismo hace el art. 1090 del cód. civ. del Perú en su primer párrafo. Pero esta enumeración en ambos códigos es sólo enunciativa, ya que la amenaza puede comprender a los hermanos, hermanas, novio o novia. El art. 1114 del cód. civ. francés declara inoperante el temor reverencial hacia los padres o ascendientes, o sea el temor que origina el respeto que se tiene hacia la autoridad moral de los ascendientes.

No existirá violencia si la amenaza no está justificada. En derecho francés la violencia es causa de anulabilidad del contrato sea que provenga del otro contratante o de un tercero.

Sobre violencia debe también consultarse a COLIN y CAPITANT (184), para los que la violencia constituye presión sobre persona normal. Distingue entre violencia física y violencia moral. Ej. de la primera: forzar al hombre a firmar llevándole la mano. En este caso no existirá consentimiento y el contrato sería nulo. La violencia como vicio de la voluntad es sólo violencia moral, porque se trata de amenazas dirigidas contra quien sufre con esas amenazas un temor insuperable. Esta violencia no destruye la voluntad, porque el amenazado puede elegir entre varias determinaciones. Si elige aceptar es evidente que su declaración de voluntad es aparente y se encuentra viciada por el temor que la amenaza le ha producido. La víctima de la violencia no puede sustraerse a ella; en cambio, la víctima del dolo, si procede con más cuidado y perspicacia, puede percatarse de las maniobras dolosas de la otra parte. La violencia moral sólo produce la anulabilidad del negocio.

Acerca del temor mismo y su graduación, el art. 1112 del cód. civ. francés previene que habrá violencia "cuando ésta es de tal índole que pueda causar impresión en una persona razonable"; y por otro lado, el mismo precepto declara que se tendrá en cuenta "la edad, el sexo y la condición de las personas". Este extremo está señalado en el art. 1091 del cód. civ. peruano, cuyo texto es más completo, ya que dice:

"Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad". Por ejemplo, si la violencia se ejerce sobre una persona debilitada por la edad o por la enfermedad, sin llegar a la demencia. Quien pide

(184) Curso Elemental de D. Civ., 2a. ed. T. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 174.

la anulabilidad debe encontrarse atemorizado por la violencia o intimidación.

Es necesario, asimismo, tener en cuenta el tiempo y el lugar. El temor puede aparecer porque se encuentra el que lo sufre aislado, o se actúa de noche.

No hay necesidad de que el que sufre el temor haya perdido la sangre fría, a fin de conseguir la anulabilidad. El daño que promete la otra parte es de tal índole que obliga al amenazado a aceptar el sacrificio que se le exige, con tal de evitarlo.

"La violencia o la intimidación anularán el acto, aunque se hubiesen empleado por un tercero que no intervenga en él", establece el art. 1093 del cód. civ. peruano.

La violencia es más reprobable que el dolo, según se dice desde los romanos. Ahora, se ejerce más sobre el espíritu que sobre el cuerpo.

Es violencia que alguien obligue a otro a pagarle una cantidad considerable, aprovechándose del trance de vida o muerte en que se encuentra. Por ejemplo, quien se encuentra en un buque que está yéndose a pique. Sin embargo, sólo se establece, en estos casos, por la jurisprudencia francesa, una remuneración equitativa, apoyándose o en la gestión de negocios o en el enriquecimiento sin causa (185).

Para el derecho peruano, no cabe distinguir si existió violencia o sólo intimidación, para determinar si el negocio jurídico es nulo o anulable. Siempre habría de declararse la anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho. Violencia e intimidación son causales de anulabilidad, conforme al inc. 2º del art. 1125 del cód. civ. No existe nulidad radical por violencia física. En este caso, existirá sólo causal de anulabilidad.

Habrà violencia, dicen PLANIOL-RIPERT y Esmein (186), cuando se presta por el sujeto su consentimiento bajo el imperio de un sufrimiento actual o por el temor de un sufrimiento futuro. El temor y no el mal mismo deberá ser presente. Amenazas verbales pueden constituir violencia. No es necesario que el mal sea próximo, sino que la realización del mal sea admitida como amenaza inevitable. Sin embargo, la amenaza de un mal lejano no tendría carácter inevitable para forzar la voluntad del amenazado.

(185) PLANIOL-RIPERT y Esmein, *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. VI, No. 195, p. 265.

(186) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, t. VI, Cultural S. A., 1940, No. 191, p. 260 ss.

El mal puede ser contra la persona y/o contra los bienes y contra la persona y/o los bienes del cónyuge o de los ascendientes o descendientes del amenazado: art. 1090 del cód. civ. Agrega el precepto que tratándose de otras personas, corresponderá al juez decidir sobre la anulabilidad según las circunstancias.

El mal debe ser considerable según el art. 1112 del cód. civ. de NAPOLEÓN. Este carácter puede estar comprendido en la frase final del art. 1091 del cód. civ. peruano: "... debe atenderse a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad" (a fin de calificar la violencia o intimidación).

De la violencia JOSSEAND LOUIS (187) dice que evoca la idea de un constreñimiento que se ejerce sobre el deudor, a fin de hacerlo aceptar la obligación. Actúa la violencia sobre la voluntad de una persona. Que no es la violencia misma la que vicia el *consensus*, sino el constreñimiento, el estado de necesidad que de ella resulta. El negocio que se perfecciona con esa presión no resulta de una voluntad libre y espontánea; no se puede decir que ha sido querido por la persona que sufre el constreñimiento. Agrega que lo que se estudia es la violencia moral; no es la violencia física. La presión no actúa sobre el cuerpo de la víctima, sino sobre su voluntad. Es por eso que no existiendo violencia física (que daría lugar a que el negocio jurídico fuere nulo de pleno derecho), lo que produciría su inexistencia, el negocio habría de considerarse subsistente en tanto no se consiga la declaración judicial de anulabilidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Hace notar este autor que los jueces penales se inspiran en las reglas contenidas en el cód. civil francés para interpretar el texto lacónico del art. 64 de su cód. penal. Después analiza las condiciones para que la violencia exista; y ellas son una cuantitativa y positiva y una cualitativa y negativa. La violencia debe ser intensa, grave. La violencia debe ser suficiente para impresionar a una persona razonable (art. 112 del cód. civ. de NAPOLEÓN. No se atiende a la personalidad del sujeto en cada caso, pero en realidad ello no es exacto, ya que el art. 1212 en su ap. 2º se refiere a la edad, al sexo y a la condición de las personas. Esta es una noción subjetiva y, por tanto, no será lo mismo apreciar la violencia que actúa sobre un hombre que sobre una mujer. En cuanto al segundo criterio que es cualitativo y negativo la violencia no debe estar justificada. Es decir, la violencia debe ser injusta. Por ejemplo, el consentimiento

(187) D. Civ., t. II, vol. I, No. 80 y ss., p. 61 y ss.

to prestado por el descendiente es legítimo y no vicia dicho consentimiento, porque el art. 1114 del cód. civ. francés dice que el sólo temor reverencial respecto al padre, la madre u otro ascendiente, con que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato. Además, si se pretende que se le pague lo que se le debe, la presión ejercitada contra el deudor es legítima y el pago sería irreprochable. Las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral pueden también ser viciadas por la violencia. La violencia debe producir un temor injusto y que el temor haya generado el consentimiento. La violencia atenta contra el libre albedrío y si éste no existe obviamente el negocio jurídico no podría ser válido. La violencia puede ejercerse con malos tratos, o, simplemente, con amenaza o intimidación y el mal con que se amenaza puede ser físico o moral.

En otro lugar, JOSSELAND (188) expresa que sólo estudia la violencia moral; no la violencia física, porque ésta es difícil de concebir. El constreñimiento no ha obrado sobre el cuerpo de la persona, sino sobre su voluntad. Esta última expresión es objetable.

Se requiere que la violencia tenga cierta intensidad; determinada gravedad; que sea capaz de doblegar a un hombre normal; que produzca efecto sobre una persona razonable, como reclama el art. 1112 del cód. civ. francés. No será violencia que acarrea la anulabilidad la que se ejercita sobre un hombre pusilánime; que se doblega fácilmente con cualquier bravata.

Para calificar la violencia debe el juez tener en cuenta la edad, el sexo, la condición de la persona y las demás circunstancias que puedan influir en su gravedad.

Para CARBONNIER (189) la violencia no es el empleo de la fuerza. Ej., la violencia física utilizada para guiar la mano del sujeto y obligarlo a firmar contra su voluntad el instrumento privado de obligación pasiva no importa vicio del consentimiento. Aquí el consentimiento no existe por lo que el contrato es nulo de pleno derecho y no sólo anulable. La violencia importa amenaza. Es violencia moral que ejerce presión sobre la voluntad, pero que no destruye la voluntad: "*Coacta voluntas, tamen voluntas*". El vicio del consentimiento aparece con el temor.

CARBONNIER (190) examina los elementos constitutivos de la violencia:

(188) D. Civ., t. II, Teoría gral. de las ob., vol. I, No. 81, p. 61.

(189) D. Civ., t. II, vol. II, No. 104, p. 207 ss.

(190) D. Civ., t. II, vol. II, No. 104, p. 208.

Debe existir una amenaza, en la que se dan los siguientes elementos:

Elemento material: el hecho que produce un efecto psicológico suficiente. Es amenaza de un mal considerable ("mal inminente y grave" dice el art. 1090 del cód. civ. peruano). No es amenaza lejana. Trátase de un mal presente, que haría efecto en una persona racional; en un hombre "standard". La intensidad de la amenaza se mide en relación con el sujeto a la que va dirigida; a la capacidad de resistencia de éste (para nosotros, debe tenerse en cuenta el art. 1091 del cód. civ., que se refiere a la edad, al sexo y a la condición de la persona que la sufre).

En cuanto al elemento psicológico, la violencia supone intención, o sea que existirá dolo. Se pretende con la amenaza obtener la firma del contrato. CARBONNIER hace saber que la jurisprudencia ha anulado por violencia (o ha reducido el pago) cuando el capitán de un buque a la deriva fué obligado a prometer una suma cuantiosa a los salvadores, ante el peligro del hundimiento.

La coacción que ejercita el acreedor cuando quien va a ser su deudor se encuentra en estado de necesidad, evidentemente que altera la declaración de voluntad y debería constituir un vicio de la voluntad. Empero, en nuestra ley no es causa de anulabilidad del negocio jurídico. Es evidente que debe sancionarse a aquel que conociendo ese estado de necesidad se aprovecha de él y hace otorgar al deudor una prestación considerable. Toda cifra elevada debe ser negada o, por lo menos, sensiblemente disminuída pese a la importancia del trabajo realizado, que salvó de una situación de peligro a quien la debe.

Es en el derecho marítimo en donde se presentan con frecuencia estas situaciones. Contratos que fijan una retribución desmedida a fin de salvar a un buque en peligro de naufragar, o de destrucción total por encallamiento. La jurisprudencia francesa ha declarado anulados estos contratos que contenían remuneraciones exorbitantes (191). Para nosotros, dada la magra actividad judicial estos casos jamás se han presentado.

Dentro de esta área se encuentra el médico que a sabiendas cobra por la operación de urgencia un precio considerable, ya que todo retardo importa peligro mortal para el enfermo. Precepto específico no existe en nuestro cód., pero es evidente que

(191) Véase RIPERT y BOULANGER, *Trat. de D. Civ.*, IV, I, No. 201, p. 142.

tales pactos violan las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres: art. III del T.P. del C.C.

En lo que respecta a la violencia, el italiano BARBERO (192) también excluye de ella a la vis absoluta, o sea a la coerción física, por cuanto ésta no constituiría vicio de la voluntad. La violencia entonces la entiende como *vis compulsiva*, es decir, como presión que se ejerce sobre la voluntad del otro contratante a fin de inducirlo para que declare su voluntad en un cierto sentido predeterminado. No sería violencia la acción física utilizada contra el contratante a fin de compelerlo a declarar lo que su voluntad no quiere. La *vis compulsiva* es *non corpore, sed animo illata*, que quiere decir "inferida no al cuerpo, sino al ánimo".

La violencia constituye una amenaza susceptible de producir efecto en una persona sensata, atendida su edad, su sexo, su condición. Y esa amenaza surtirá efectos porque el amenazado teme el daño contra sí mismo, o contra sus bienes, o contra su cónyuge, ascendientes y descendientes, o sobre otras personas para las que el amenazado guarda especial estima y deferencia.

La violencia debe ser relevante jurídicamente y ello queda librado al prudente arbitrio del juez, quien forma su criterio en virtud de las pruebas aportadas.

En otro lugar, BARBERO (193) opina que existen casos en que la amenaza del ejercicio regular de un derecho puede configurar violencia; y pone este ejemplo: Se amenaza al deudor con una ejecución judicial que podría conducirlo a la declaración de quiebra dolosa, si no le paga al acreedor intereses usurarios disimulados, con un nuevo préstamo. Así se le obliga a consentir en este pago penalmente sancionado. Empero, la prueba resultaría difícil, si no imposible.

El sujeto que experimenta violencia o sufre el mal que se le promete, o declara contrariamente a su voluntad.

La violencia probada anulará el contrato, aunque la utilice un tercero sin conocimiento del otro contratante a quien beneficia: art. 1093 del cód. civ.

No puede anularse el contrato (el negocio jurídico, en general, como lo sería el testamento, o un reconocimiento de la paternidad ilegítima) por el temor reverencial que se tiene respecto a los ascendientes, porque se supone que esa coacción que ejerce el ascendiente no es inmoral y más bien redundaría en benefi-

(192) Sistema del D. Priv., I, No. 247, p. 528.

(193) Sistema del D. Priv., I, No. 247, p. 529.

cio de aquel que experimenta tal temor. Sin embargo, puede existir no sólo temor reverencial sino, al mismo tiempo, violencia ejercitada por el ascendiente, en cuyo caso sí habrá razón para declarar la anulabilidad del contrato, porque el precepto sólo declara que el temor reverencial no es violencia.

También el art. 1092 del cód. civ. dispone que no sólo el temor reverencial sino la amenaza del ejercicio regular de un derecho podrían anular el contrato. Por ejemplo, se obliga al deudor comerciante a una cesión de bienes dentro de ciertos extremos, bajo la amenaza de declararlo en quiebra fraudulenta o, por lo menos, culpable; o se obliga a una persona a reparar el daño que ha ocasionado con el hecho que importa delito bajo la amenaza de denunciarlo al juez instructor. Existen hipótesis, empero, que la anulabilidad del contrato consentido bajo la amenaza de emplear las formas legales de coacción debe declararse porque con ella se quiere obtener una ventaja excesiva e inmoral. Por ejemplo, se le obliga al coaccionado con el empleo de la vía judicial a consentir en un contrato que económicamente lo arruina.

Veamos seguidamente, el derecho alemán sobre esta figura:

Para Ludwig ENNECCERUS y Hans Carl NIPPERDEY (194) la declaración de voluntad de una persona se emitió por una amenaza proferida contrariamente a derecho. Para que la intimidación existe se anuncia, aunque fuere embozadamente, un mal futuro cuya realización depende, de algún modo, del poder con que cuenta quien amenaza o intimida.

Advierten que no importa una amenaza en el sentido del § 123 del BGB, que alguien niegue un auxilio a que no se encuentra obligado para quien se halla en un estado de necesidad, a fin de determinar a éste a una compensación. Sin embargo, si la compensación que se solicita para auxiliarle es desproporcionada, esta exigencia cae dentro del § 138, ya que se trataría de la explotación inmoral de una situación de necesidad. Tampoco importa intimidación si se indica un mal que tendría necesariamente que sobrevenir aunque no se anunciare.

Quien está obligado a prestar ayuda al que se encuentra en estado de necesidad, como el médico que se ha encargado de la operación de urgencia, aunque todavía no la hubiere comenzado, si infringiendo su deber no realiza la operación, o sea que se niega a prestar la ayuda o auxilio, será considerado como causante

(194) *Trat. de D. Civ.*, t. I, D. Civil (Parte general), vol. II, § 161, I, 1, 2, 211 ss.

de los daños y perjuicios que sobrevengan; y si amenaza con negar el auxilio incurre en el § 123 del BGB (195).

Se requiere que la amenaza haya determinado la emisión de la declaración de voluntad; que exista entre ambas una relación de causalidad. Si no existe esa relación, o sea si se prueba que el amenazado habría emitido esa declaración de voluntad también sin amenaza, no existirá este vicio de la voluntad.

No se requiere que la amenaza sea especialmente grave. Basta amenazar con un mal que el intimidante sabe que producirá efecto en el amenazado.

La amenaza está constituida por un acto contrario a derecho. Así, el que me amenaza con un arma de fuego es evidente que me obliga, me coacciona a hacer algo contra derecho, aunque quien me amenaza tuviera derecho a aquello a que me fuerza u obliga.

Es claro que el deudor que paga ante la amenaza de una paliza que le daría el acreedor, no podría impugnar el pago. Lo fundamental es que el ordenamiento jurídico no reconoce eficacia a la declaración de voluntad proferida por intimidación, de un modo contrario a derecho.

Hacen notar ENNECCERUS-NIPPERDEY (196) que puede amenazarse con algo en sí lícito, pero que la influencia operada sobre el intimidado por medio de algo en sí lícito, puede ser contraria a derecho. Por ejemplo, se le amenaza con el suicidio, o con denunciarlo al juez instructor (vía penal).

La intimidación para que sea ilegal debe estar constituida por una coacción destinada a llegar a un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral.

Asimismo, también la intimidación es antijurídica si importa un medio de presión contra una persona, a fin de conseguir cierto resultado que conforme a la buena fe siempre debe existir, es un medio de presión que no es adecuado y que, por el contrario, es injusto e intolerable.

(195) BGB 123.— "Quien ha sido inducido a la emisión de una declaración de voluntad por engaño doloso o antijurídicamente por intimidación, puede impugnar la declaración".

BGB 138.— "Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo".

"Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación".

(196) *Trat. de D. Civ., t. I, D. Civil (Parte general)*, vol. II, § 161, 2, a) y b), III, p. 214 s.

No es necesario que el intimidante tenga el propósito de obtener una ventaja patrimonial.

Quien profiere la amenaza debe sí tener conciencia de que la intimidación que hace limita la libertad.

La amenaza de denunciar al que ha cometido un delito si no paga una cantidad (aunque fuere a la beneficencia), debe reputarse contraria al derecho.

Casi siempre existirá culpa en el intimidante, pero ésta no es un requisito indispensable.

Es indiferente quien es el que amenaza. Así, en un contrato de compra-venta puede amenazar el vendedor, o un tercero. Hasta las amenazas anónimas pueden dar lugar a pedir la anulabilidad por intimidación.

Para OERTMANN (197) la intimidación es la amenaza de cualquier mal a la persona, o a su honor o a su patrimonio o de sus allegados. [No es necesario que el mal con que se amenaza sea especialmente grave, si se refiere a un mal y no a una simple molestia. El mero hecho de aprovecharse de una situación de apuro no es intimidación; pero sí lo sería la usura (art. 138 del BGB, que es el cód. civ. alemán). Adviértase que la usura en el derecho alemán es el negocio "mediante el cual una persona, aprovechando la situación apurada, la escasez de facultades o la inexperiencia de otra, hace que ésta prometa o dé a la primera o a un tercero, a cambio de determinada prestación, ventajas patrimoniales que excedan de tal manera el valor de esa prestación que, en relación con las circunstancias, estén en enorme desproporción con ella". Así, § 138, II, BGB. Como se comprueba, la usura no está limitada en el derecho civil alemán al contrato de préstamo y a los intereses, lo que si ocurre en el derecho penal peruano. Se da por ejemplo, en el médico que aprovechándose de la necesidad urgente de una operación cobra honorarios excesivos; o quien vende víveres a precios exorbitantes porque han desaparecido del mercado; o quien paga al obrero un salario de hambre. No es necesario que el que comete la usura sea profesional o habitual en este negocio. La nota esencial de la usura es la inmoralidad objetiva y, además, el aprovechamiento consciente de la situación anormal de la parte contraria, con fin de lucro.

La intimidación es vocablo más significativo y preciso que "violencia". Es amenaza ilícita. No basta alegarla; hay que pro-

(197) Introducción al D. Civ., § 44, 2, a), p. 251.

barla y la prueba comprende el hecho de que dicha amenaza es la causa de la declaración de voluntad.

Anota OERTMANN (198) como característica del derecho alemán que la amenaza también se da aunque el acto que constituye su objeto sea lícito y permitido, ni que el resultado perseguido sea también lícito y que sea susceptible de coacción jurídica por otros procedimientos. Aunque se den ambos hechos conjuntamente, ello no libra a quien utiliza a la amenaza de haber viciado la declaración de la voluntad del contrario. Hay intimidación, por ejemplo, no obstante que la denuncia de un delito importa un hecho lícito (es el ejercicio regular de un derecho, según el inc. 1º del art. 1137 del cód. civ. peruano), y que para el pago de las deudas puede demandarse el auxilio judicial, si alguien amenaza a otro con denunciar el delito que, ciertamente, ha cometido, para obligarlo a pagarle lo que le debe, esto constituye intimidación. En nuestro derecho no sería ésta una amenaza capaz de viciar la voluntad del contrario.

La intimidación siempre anula el negocio, aunque provenga de un tercero. La misma solución la encontramos en el art. 1093 del cód. civ. del Perú.

Si A mediante las amenazas de B es constreñido a hacer una cesión de sus bienes a C, —que es su pariente—, aunque C hubiere obrado de buena fe y hubiere ignorado la amenaza de B, no podría oponerse a la declaración judicial de anulabilidad de la cesión alegando su falta de culpa.

LEHMANN (199) examina, para el derecho germano, como vicio de la voluntad, la amenaza o intimidación, en cuanto importa el anuncio de un mal que depende del poder del que formula la amenaza. No es necesario que el mal con que se amenaza sea grave; basta que el mal sea pequeño si es susceptible dicho mal de influir poderosamente en la determinación del otro. Debe también tenerse en cuenta el carácter psicológico del intimidado. Aunque fuere pusilánime. LEHMANN advierte: "... los de nervios más fuertes no merecen gozar de un privilegio". No existirá amenaza si alguien se aprovecha del estado de necesidad en que se encuentra un sujeto. V. g., el médico que se niega a atender a un enfermo en la noche, si no se le pagan honorarios demasiado elevados. Sin embargo, en Alemania, ese contrato de honorarios excesivos, puede ser calificado de usurario. O sea no es anulado por vicio de la voluntad, pero sí por el § 138, II del BGB, que

(198) Introducción al D. Civ., § 44, B), p. 253.

(199) Trat. de D. Civ., vol. I, Parte general, § 34, IV, 2, a), p. 392 ss.

reza: "Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación".

Un precepto semejante a éste contiene el nuevo cód. civ. italiano, dentro de la rescisión del contrato. Es el 1448, que declara:

"Acción general de rescisión por lesión.— Si hubiere desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato".

"La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato".

"La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda". "No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios".

"Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división".

También exige aquí LEHMANN que entre la amenaza y la declaración de voluntad exista una relación de causalidad. Además, la amenaza ha de ser contra derecho. La amenaza es anti-jurídica si el resultado que se persigue es antijurídico o inmoral.

Quien amenaza persigue que el otro haga precisamente esa declaración de voluntad que se impugna por el que la ha formulado.

LEHMANN (200) expresa que si el engaño doloso dió lugar a un error esencial, de acuerdo con el § 119 del BGB, cabe la impugnación por aplicación de este precepto, o sea que plantea la hipótesis de que el engaño doloso no causa error.

Agrega que la amenaza y el engaño doloso constituyen actos ilícitos que obligan a indemnizar a quien los comete, según los §§ 823 y 826 del BGB. Se le obliga al que intimida o engaña a restablecer la situación que existía antes de la intimidación o el engaño.

LEHMANN (201) anota que tratándose del contrato de compra-venta, el § 463 del BGB otorga al comprador contra el ven-

(200) *Trat. de D. Civ.*, vol. I, Parte general, § 34, IV, 3, a), y). p. 397.

(201) *Trat. de D. Civ.*, vol. I, Parte general, § 34, IV, 3, b), p. 399.

dedor que ha ocultado dolosamente un vicio de la cosa, una pretensión de indemnización por incumplimiento. Este precepto del cód. alemán obliga al vendedor que afirmó que la cosa vendida tenía una cualidad que el comprador comprueba que le falta, que dicho comprador pueda exigir, en lugar de la redhibición o de la reducción del precio, una indemnización de daños a causa del no cumplimiento del contrato, ya que le faltó a la cosa enajenada la cualidad que el enajenante afirmó que tenía. LEHMANN hace notar que la venta queda firme porque no es impugnada, pero en realidad este autor afirma que el § 463 no se plantea esa hipótesis sino la de que a la cosa vendida le falta una cualidad que el vendedor afirmó que tenía y esa afirmación comprobó el comprador que no era cierta.

Veamos un fallo de nuestros tribunales, que decide sobre el empleo de la violencia empleada para la aceptación de una letra de cambio. La excepción, por error de los jueces, se le da el carácter de común. Valga, sin embargo, la época en que se dictó.

Es un caso de negocio jurídico en que no existió coacción o amenaza, sino violencia física, o sea que no constituyó vicio del consentimiento para cierto sector de la doctrina, sino que hubo inexistencia de la declaración de voluntad, el que contiene la sent. de 5 de julio de 1906 (202). En verdad, aplicando el art. 664 del cód. de proc. civ., que todavía no existía porque la ley procesal sólo se promulga en 1912, y ahora con la nueva ley de títulos-valores No. 16587 (art. 20, apartado final), esa excepción es personalísima entre el aceptante y el girador, o sea entre el acreedor y el deudor originarios, pero no puede serle opuesta al endosatario, a no ser que se le pruebe mala fe a éste. Dicho fallo decide que el aceptante de una letra de cambio que se obligó por un acto de fuerza, puede deducir la excepción de ilegalidad de la letra que se le cobra y quedar libre de responsabilidad si la comprueba; y que el adquirente de la letra falsa o de origen delictuoso, sólo tiene acción contra el primer endosante emisor. En realidad en el derecho peruano vigente, aún la violencia física sólo causa anulabilidad, porque la ley no distingue y si no lo hace, a nadie le está permitido distinguir donde la ley no distingue.

14.—*Otras causas de ineficacia del negocio jurídico.*— Hemos considerado que es importante conocer otras causas de nulidad del negocio jurídico, distintas de los vicios de la voluntad. Se

(202) "A. J.", 1906, p. 186.

trata de causas que no existen en nuestro derecho civil, pero que pueden ser incorporadas a éste por la comisión encargada de la reforma de nuestro reciente cód. civil.

Estas causas existen en el derecho civil alemán, el cual ciertamente, es el derecho mejor elaborado; y también existen en el derecho civil italiano.

No parece haber dificultad en adoptar estas soluciones y, sobre todo, que quienes administran justicia concedan un valor superior y decisorio al principio de la buena fe, cuya jerarquía es tan notoria que cuando se comprueba que no existe en quien reclama un derecho, lo hace perder la litis, aún cuando exista disposición expresa que favorezca su pretensión.

Veamos estos casos:

En el BGB su § 138 dispone:

“Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo”.

“Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación”.

No constituye intimidación el que se niegue uno a prestar un auxilio a que no está obligado, al que se encuentra en un estado de necesidad. Caso contrario es el del médico que se ha encargado de la operación de urgencia y no la ejecuta, porque no le pagan. Será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan y si amenaza con no practicar la operación incurre en intimidación, quedando dentro del campo del § 123 del BGB (203).

Un negocio jurídico que la ley declara nulo es porque se le niega la consecuencia jurídica a que estaba dirigido. Y las causas son la incapacidad, los vicios de la voluntad, el defecto de forma si la ley exige ésta, la imposibilidad originaria objetiva de la obligación, o como en el caso del art. 138 § 1º del BGB, si su contenido es inmoral o reprobado por la ley.

Todo negocio jurídico que choque contra las buenas costumbres es nulo. No se admite una responsabilidad por el interés negativo, porque todos saben lo que es contrario a las buenas costumbres. Con mayor razón, es nulo el negocio que no sólo es con-

(203) Consúltense ENNECCERUS-LEHMANN, *Trat. de D. Civ.*, t. II, D. de Oblig., vol. I, Doctrina gral., Bosch, ed., Barcelona, 1954, § 30, II, p 161.

trario a las buenas costumbres, sino a una ley. Nosotros, tenemos en nuestro cód. civ., en su título preliminar, el art. III, que previene: "No se puede pactar (contratar tan sólo) contra las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres".

Del § 138 del BGB sólo interesa a nuestro estudio su 1er. apartado: "Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo".

LEHMANN (204) explica qué debe entenderse por "buenas costumbres". No es referida a un uso social y tampoco a los principios morales que toda persona debe tener internamente y que norman su comportamiento externo; su conducta, sino que es la moral jurídica que tiene la nación; es una moral media que constituye la llamada "conciencia nacional dominante"; es el parecer o juicio de las gentes que juzga los hechos con conocimiento de ellos y observando un criterio de equidad y de justicia. Ese sentido moral cambia con el tiempo y también con el lugar. No se trata de un pensamiento ético elevado, que tienen los menos en el país, sino de un criterio moral medio, el cual deberá aplicar el juez y no el criterio que dicho juez tuviere.

Las consecuencias de un negocio jurídico que va contra las buenas costumbres, son las de la nulidad absoluta. Las obligaciones que se hubieren cumplido, son repetibles invocando el enriquecimiento ilícito (§ 817, I BGB).

Sin embargo, como derivado del estado de necesidad quien se encuentra en esa situación, puede asumir una obligación excesiva con respecto a tercero. Este precisamente tiene que haberse percatado de la gravedad de la situación en que se encuentra quien va a convertirse en su deudor a fin de conseguir que se le dé una prestación considerable.

Sobre lo que es el estado de necesidad en cuanto permite el deterioro o la destrucción de la cosa ajena y esa actitud no es antijurídica, sino que se encuentra admitida, véase ENNECCERUS-NIPPERDEY (205) y Heinrich LEHMANN. El § 228 del BGB dis-

(204) *Trat. de D. Civ.*, vol. I, parte gral., § 29, IV, 288 ss.

(205) *Trat. de D. Civ.*, t. I, Parte gral., vol. II, § 222, II, p. 542 ss. Ponen este ejemplo: no tengo por qué admitir que mi perro de caza sea muerto por el dogo del vecino, aunque éste sea más valioso. Esta es una situación de violencia.

Sobre estado de necesidad en derecho penal el art. 85, inc. 3º del cód. penal, eximen de pena al que "obra por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si en las circunstancias en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado".

Si penalmente el evento dañoso está exento de pena en estado de necesidad, con mayor razón en derecho civil no será acto ilícito, aunque existe la obligación de indemnizar.

pone: "Quien deteriora o destruye una cosa ajena para apartar de sí o de otro un riesgo que por dicha cosa amenaza, no actúa antijurídicamente si el deterioro o la destrucción son necesarios para el alejamiento del riesgo. Si el agente ha tenido la culpa del riesgo, está obligado a la indemnización del daño". Véase en nuestro cód. civ. el art. 1137, inc. 3°. Además, el § 904 del BGB dice: "El propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la intromisión de otro sobre la cosa, si dicha intromisión es necesaria para evitar un riesgo actual y el daño que amenaza es desproporcionadamente grande en relación con el daño causado al propietario por la intromisión. El propietario puede exigir indemnización del daño causado a él".

Faltando los extremos del estado de necesidad, la intromisión sería antijurídica aunque no siempre punible.

En J. W. HEDEMANN (206), al ocuparse de lo inmoral advierte que el derecho de obligaciones no puede estar al servicio de propósitos inmorales y que debe atender a un sentido humano y social, razón por la que en la práctica se debe evitar la explotación de la parte económicamente débil y que es a causa de este fin que el legislador ha dedicado el apartado II del § 138 del BGB a combatir la usura. Hay que informar que en derecho alemán la usura es un concepto amplio y no restringido al cobro de intereses que exceden la tasa legal permitida, como ocurre en el Perú. Por ejemplo, la usura vulnera las buenas costumbres y existirá esta vulneración cuando, v. g., la minoría en una sociedad no puede subordinarse ilimitadamente a la mayoría en virtud de un pacto contractual. Asimismo, no se puede admitir que mediante contrato en el que se promete un beneficio patrimonial uno de los cónyuges se obliga a considerarse culpable en un proceso de divorcio, en contra de la verdadera situación, o sea que existiría una transmisión de la culpabilidad en cambio de un beneficio patrimonial. Otro caso sería el de una empresa eléctrica monopolista que impone a sus clientes duras condiciones bajo amenaza de cortarles la luz en caso de negarse a aceptar dichas condiciones.

También trata HEDEMANN (207) de la posibilidad de reducir las prestaciones de intereses, por ser usurarias, basada en el § 138 del BGB, aunque también informa que la reducción de la

(206) Derecho de Obligaciones, vol. III, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 5, I, c), 1, p. 60.

(207) D. de Obligaciones, vol. III, § 9, III, c), 3, p. 97.

obligación de intereses puede conseguirse a través del instituto del amparo judicial de la revisión de los contratos, que el BGB desconoce y que aparece a raíz de las graves consecuencias que siguieron a la primera guerra mundial, reproducidas en la segunda guerra mundial con caracteres más graves. Así, hay legislación sobre concesión de plazos de pago; suspensión de procesos judiciales; o disminución del diez por ciento de las deudas. En casos como éstos el negocio jurídico (contrato) no es nulo, como ocurre cuando es contrario a las buenas costumbres, sino que el contrato mantiene su vigencia, pero se prevén medios que atenúan su exigibilidad, que pueden consistir no sólo en prórrogas, sino en quitas y hasta modificaciones de carácter material en las obligaciones. Con esta medida el juez adquiere lo que llaman "facultad judicial de configuración jurídica", o también "derecho judicial de formación". Aún la misma sentencia judicial puede ser suavizada en su ejecución por el juzgador, concediendo al deudor, v. g., una prórroga. Y teniendo en cuenta la equidad, el rigor ejecutivo no puede, en ningún caso, atentar contra los medios de subsistencia del deudor. De otro lado, se amplía la lista de bienes inembargables, por lo que muchas acciones ejecutivas resultan a la postre ilusorias.

En otro lugar, HEDEMANN (208) expresa que la superioridad económica de uno de los contratantes, por ejemplo, del comprador, o la habilidad o astucia de otra, por ejemplo, del locador, no les proporciona un predominio jurídico dentro de la esfera del BGB. Así, en el derecho germano se concibe también la usura como el ilícito aprovechamiento de la superioridad económica de una de las partes; pero también si hay astucia en el contratante se invocará el fraude o el dolo, lo que acarrea la nulidad (anulabilidad) del contrato, conforme al § 138 del BGB. Evidentemente, existiría una razón de impugnación basada en engaño doloso conforme al § 123 del BGB, cuyo primer apartado reza:

"Quien ha sido inducido a la emisión de una declaración de voluntad por engaño doloso o antijurídicamente por intimidación, puede impugnar la declaración".

Si bien a nosotros nos falta el § 138 del BGB, podíamos ensayar la solución aplicando el art. III de T. P. del cód. civ.

En especial, J. W. HEDEMANN (209) trata de la resolución

(208) D. de Obligaciones, vol. III, § 2, I, c), p. 28 y s.

(209) HEDEMANN, D. de Obligaciones, vol. III, § 17, V, a), b), c) y e), p. 148 y ss.

(rescisión) de un negocio jurídico (contrato) por alteración de las circunstancias, o sea la desaparición de la base del negocio, en los términos que siguen: Expresa que se trata de un recurso jurídico muy importante, que si se le utiliza en demasía atentaría contra la eficacia de un contrato determinado y, en general, contra todas las relaciones jurídico-económicas, ya que el deudor siempre estaría dispuesto a alegar que se han alterado las circunstancias por las que se obligó y ello lo mueve a pedir la resolución judicial del contrato, de donde resultaría que no podría serle reclamado aquello que con anterioridad prometió y expresó documentariamente. Obviamente, esta posición del deudor originaría la desconfianza en la eficacia de los contratos, lo cual significaría que se encontraría en peligro todo el tráfico comercial. Es por eso que la resolución del contrato por alteración de las circunstancias es un instituto jurídico peligroso, por lo que resulta difícil determinar el límite hasta donde debe ser permitido y desde dónde debe ser negado, ya que así lo exige la prudencia en el juzgador. HEDEMANN manifiesta que la guía para esta fijación del límite es el principio de la buena fe, cuya importancia en este campo es decisiva. En general, el principio a observar es el de *Pacta sunt servanda*. Con respecto a la buena fe el § 242 del BGB previene: "El deudor está obligado a cumplir la prestación como lo exija la buena fe y la consideración de los usos del tráfico"; y en este precepto se apoyan muchos fallos de la justicia alemana. Es así que todo el derecho de obligaciones tiene en cuenta el principio de la buena fe. HEDEMANN (210), en otro lugar, insiste en que con este principio de la buena fe han nacido una serie de nuevos conceptos jurídicos en el derecho civil, como son la doctrina de la base del negocio y de la cláusula *rebus sic stantibus* y su derivado en la jurisprudencia que es la pretensión de equilibrio, por la que judicialmente se pide restablecer la equivalencia perturbada entre prestación y contraprestación; y también las doctrinas de la caducidad (cláusula casatoria) y de la culpa in contrahendo (culpa al tiempo de perfeccionar el contrato). La doctrina de la caducidad se basa en la desconfianza del acreedor, quien asume el riesgo de que el deudor no cumpla la prestación que le incumbe, por lo que se cubre con la cláusula de que en la hipótesis de que el deudor incumpla, "pierde los derechos derivados del contrato" (211). Dicha cláusula se

(210) D. de Obligaciones, vol. III, § 5, 1, 2, p. 75 y s.

(211) HEDEMANN, D. de Obligaciones, vol. III, § 17, V, a), p. 147.

aplica, según la intención de los contratantes, si existe o no culpa en el deudor. HEDEMANN anota que ofrece serias dudas si en un contrato de préstamo de dinero el mutuante instala una cláusula por la que en caso de que no se observen por el mutuatario los plazos para el pago de los intereses, procede la devolución de lo que se hubiere dado en préstamo, sin necesidad de preaviso (212).

Señala HEDEMANN lo que debe probarse en la litis por la que se pide la resolución por alteración de las circunstancias: a) Que la prestación debida se encuentre tan objetivamente desplazada que se advierta notoria desproporción con la prestación originariamente pactada; b) Que la prestación sea también subjetivamente desplazada, a tal punto que no le pueda ser exigida al deudor; c) Que la alteración de las circunstancias no hubiere sido previsible para el deudor; y d) Que si los contratantes al celebrar el pacto no tuvieron en cuenta la posibilidad de una cierta alteración de las circunstancias como riesgo contractual y si en esa época en que se perfeccionó el contrato no asumió ese riesgo en forma expresa o tácita.

Hace notar Hedemann (213) que un juez consciente actuará con función niveladora y reparadora, pero que la resolución es de carácter negativo y no constructivo. No debe tenderse sólo a resolver el pacto.

Esta doctrina de la resolución contractual no está legislada en el BGB (Código Civil de Alemania). Tiene, según HEDEMANN (214), un leve punto de apoyo en el § 779, cuando para determinado contrato los dos litigantes han acordado una transacción que suprime el litigio, dicha transacción deberá declararse ineficaz, si la situación tomada como base firme no corresponde a la realidad; y, además, se comprueba que el litigio o la incertidumbre no habrían nacido si las partes hubieren conocido la verdadera situación. También lo tiene cuando el § 610 concede al acreedor el derecho de revocar el préstamo, si el patrimonio del que va a ser deudor ha disminuído en tal proporción que corra peligro la pretensión de restitución. Y, por último, también debe tenerse en cuenta el § 321 del BGB, que para el contrato de prestaciones recíprocas autoriza a quien debe cumplir la prestación en primer lugar a rehusar su ejecución hasta que la otra parte rea-

(212) D. de Obligaciones, vol. III, loc. cit.

(213) D. de Obligaciones, vol. III, § 17, V, d), p. 151.

(214) D. de Obligaciones, vol. III, § 17, V, e), p. 152.

lice la contraprestación o dé seguridad suficiente, si existe un empeoramiento notable de las relaciones patrimoniales en quien debe cumplir la contraprestación, por lo cual se corra peligro por quien debe ejecutar su prestación antes. Este precepto corresponde al art. 1343 de nuestro cód. civ.

En lo que respecta a Karl LARENZ (215), este autor alemán, refiriéndose al amparo judicial para la revisión de los contratos, expresa que la situación económica del país por la guerra y la posguerra; los daños enormes causados por la guerra; el desmontaje de fábricas por el Soviet; y las pérdidas monetarias, privaron a muchos deudores de su base económica de subsistencia y no pudieron pagar sus obligaciones. Sin embargo, los acreedores reclamaban la totalidad de sus acreencias, lo cual amenazaba nuevamente la situación económica de los deudores, que era trabajosamente mantenida. Fué entonces que intervino el legislador para impedir la ruina de estos deudores; pero las soluciones que se dieron hace notar LARENZ, a cada caso en forma singular, tuvieron en cuenta la capacidad económica de trabajo del deudor; el *quantum* de las cargas que dicho deudor soporta; la medida en la que acreedor y deudor hubieren sido afectados por la situación. Considera LARENZ que se podía haber limitado el juzgador a aplicar los §§ 157 y 242 del BGB, los que respectivamente declaran "Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico"; y "El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico" (216). Cita como medidas de amparo judicial un Decreto de 30-11-1939, por el que se favorece a los deudores que tienen que cerrar o disminuir sus industrias; o se ven constreñidas a abandonar su domicilio. También menciona la ley de conversión monetaria que concede quitas o esperas a las deudores de obligaciones nacidas antes de la conversión; y una ley federal de amparo judicial que permite al deudor de ciertas obligaciones solicitar prórrogas o disminución de sus obligaciones pasivas; y el procedimiento de esta ley es el de jurisdicción voluntaria.

En LARENZ (217) se transcribe este párrafo:

"... no es defendible por razones de seguridad jurídica y

(215) D. de Obligaciones, t. I, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 20, III, p. 319.

(216) El § 157 del BGB es semejante al art. 1328 de nuestro cód. civ. Para nosotros los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe; para los germanos los contratos deben interpretarse conforme a la buena fe. En realidad, se trata de lo mismo, ya que la ejecución supone la interpretación. En el peor de los casos, la incluye.

(217) D. de Obligaciones, t. I, § 20, III, p. 320.

para mantener la confianza en los contratos, un amparo judicial independiente de la realización de ciertos sucesos revolucionarios producidos a consecuencia de guerras o mutación del sistema monetario base de la relación obligatoria". El amparo judicial en la revisión de los contratos está en contra del derecho de obligaciones y de toda ordenación contractual y sólo puede funcionar en épocas anormales económicamente ruinosas. Es por eso que no puede justificarse el amparo mediante la invocación del § 242 del BGB, ya que este precepto no le concede al juzgador tener en cuenta la cuantía de la obligación ni su término para el pago. Se trata de un precepto objetivo. El amparo judicial importa una configuración del derecho. Por el contrario, la ejecución de la prestación por el deudor debe ser hecha de buena fe, aplicando el § 242 del BGB; y esto no es creación jurídica sino aplicación del derecho escrito.

También Karl Larenz (218) sobre la desaparición del negocio, o sea si en las relaciones que son necesarias para que el contrato subsista se produce una alteración total e imprevista, que en ninguna forma fué considerada en el contrato. En tal caso si invoca los §§ 157 y 242 del BGB, para expresar que no sería conforme con la buena fe exigir a la parte desproporcionadamente perjudicada por la alteración, el cumplimiento del contrato que fué concertado bajo presupuestos diferentes de los que han sobrevenido. En cuanto a la llamada "base del negocio", puede ser entendida como la base subjetiva del negocio y en este caso sólo se trataría de un error en los motivos, lo cual es error indiferente. Recomienda LARENZ que en la aplicación de los §§ 157 y 242, hay que precaverse de aplicar fórmulas generales demasiado vagas así como contra una ilimitada jurisprudencia basada en la equidad. Todo contrato debe en principio ser cumplido, aunque importe ello sacrificios, por desmesurados que éstos sean. Sólo así existirá la fidelidad contractual y la seguridad de tráfico jurídico. La desaparición de la base del negocio es una fórmula vagarosa e inconsútil, que de aplicarse por el juez en cada caso, según su falible criterio, conduciría a una absoluta inseguridad jurídica. La desaparición de la base del negocio sólo puede comprobarse con vista a cada contrato. Por ejemplo, si la relación de equivalencia entre prestación y contra-prestación ha desaparecido, v. g., por una depreciación monetaria, o porque se ha modificado la legislación. Hay entonces una perturbación en la

(218) D. de Obligaciones, t. I, § 20, II, p. 314 y ss.

equivalencia de las prestaciones y la justicia debe tender a su restablecimiento aumentando una de las prestaciones, pero si la otra parte rehusa se puede desistir del contrato, o si ésta ha comenzado a cumplirse, se puede rescindir. En otros casos, el fin objetivo del contrato es irrealizable, pero sin que la prestación del deudor resulte imposible. En este caso, se rehusará la prestación y quien la formula se negará a hacer la contraprestación.

En el derecho francés, el estado de necesidad puede alterar el consentimiento, pero no es causal de nulidad del contrato. Todos tenemos dentro de la sociedad en que vivimos, necesidad de contratar, pero lo que ocurre es que alguien, al saber el estado de necesidad en que nos encontramos, se aprovecha de él en forma inmoral. En el derecho primitivo, aquel que se hallaba en la situación de caer en manos de una banda de asaltantes, podía obligarse a entregar una suma cuantiosa a quien lo librara de esa situación. Se entendía que quien recibía tan gruesa suma tenía un título justo. Pero en el derecho moderno, desde POTHIER, se ha decidido que toda suma pagada en exceso por quien se encuentra en estado de necesidad, puede ser rebajada hasta un monto que equivalga al servicio prestado (219). En la actualidad, los acaecimientos en que se da este estado de necesidad ocurren en derecho marítimo y se dan con la ayuda prestada a un navío en peligro a cambio de una remuneración muy alta. Asimismo, quienes han consentido en actos de despojo durante la ocupación del enemigo durante la última guerra mundial.

Es evidente que los contratos concluidos en estado de peligro o en los que hubiere lesión, no podrían ser dejados sin efecto porque en los mismos existió el error como vicio que afectó la voluntad de una de las partes.

En el cód. civ. de Italia de 1942, dentro del capítulo que se ocupa de la rescisión de los contratos (que, por lo demás, distingue de la resolución de los contratos por incumplimiento), existe la siguiente disposición:

1447. "Contrato concluido en estado de peligro.— El contrato mediante el que una de las partes hubiese asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad conocida por la otra parte de salvarse a sí misma o salvar a otros del peligro actual de un daño grave a la persona, podrá rescindirse a instancia de la parte que se haya obligado.

(219) Consúltese para Francia, RIPERT Georges y BOULANGER Jean, *Trat. de D. Civ.*, t. IV, vol. I, ed. La Ley, B. Aires, 1964, No. 200, p. 141 s.

“El juez, al pronunciar la rescisión, podrá, según las circunstancias, asignar a la otra parte una retribución equitativa por la obra prestada”.

El otro caso de rescisión es por lesión, en el 1448, que no sólo juega como en nuestro cód. civ. dentro del contrato de compraventa de inmuebles y funciona para el vendedor por disminución del precio en cierta cuantía, sino cuando hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja.

El contrato contraído en estado de peligro aunque fuere aleatorio, es rescindible. La obligación es asumida por la necesidad conocida de la otra parte, de salvarse a sí misma o a otra persona del peligro actual de un daño grave. Trátase de un pacto en estado de necesidad y en que la obligación ha sido contraída en condiciones contrarias a la equidad (*iniquas*) (220).

MESSINEO (221) expresa que la lesión que hace rescindible el contrato es *patrimonial* y que aparece cuando existe desproporción entre la obligación que paga la parte o debe pagar y la obligación que debe recibir. Y esa desproporción valuable en dinero se ha obtenido por el estado de necesidad que experimenta la parte lesionada. Y es ese estado de necesidad el que disminuye la libertad de elección de la parte que ha sufrido la lesión. La ley italiana señala que la parte que invoca la lesión recibe una prestación de valor inferior al 50 por ciento de la prestación que debe o que ya pagó. Advierte MESSINEO que es dentro del contrato de enajenación inmobiliario (venta, permuta, suministro, etc.), en que existe un intercambio de prestaciones, en que aparece la lesión, porque la rescisión se aplica a todos los contratos salvo los aleatorios, la transacción, la venta forzosa, los contratos gratuitos y los contratos con prestación de una sola de las partes: arts. 1448, 4º ap., 1970 y 2922 del cód. civ. de Italia. Agrega MESSINEO (222) que dentro de la rescisión no deben comprenderse los contratos usurarios, que se dan cuando se imponen intereses exorbitantes al mutuuario, sino en aquellos otros contratos usurarios en los que existe desproporción entre las prestaciones. Hace notar que el remedio contra la lesión es en el cód. de Italia, la rescisión, y el remedio contra la usura es

(220) Véase F. MESSINEO, *Manual de D. Civ. y Comercial*, IV B. Aires, 1955, § 137, No. 5, A), p. 520.

(221) *Manual de D. Civ. y Com.*, IV, § 137, No. 6, p. 520.

(222) *Manual de D. Civ. y Com.*, IV, § 137, No. 6, p. 521.

la nulidad de la cláusula usuraria: art. 1815 del cód. civ. de Italia. Declarada la rescisión el contrato no podría ya ser convalidado, pero durante la secuela del proceso puede el demandado ofrecer su modificación a fin de establecer el equilibrio entre ambas prestaciones.

Considera MESSINEO (223) que la rescisión opera retroactivamente (*ex tunc*), pero excluye a los subadquirientes de inmuebles que hubieren inscrito su transferencia antes de la anotación preventiva de la demanda judicial de rescisión.

Francesco MESSINEO (224), después de dejar sentado al tratar de la violencia, que lo importante no es ésta sino el temor que ella produce en la persona objeto de la amenaza, se refiere al temor provocado por una fuerza natural o, en general, una fuerza no-humana, que crea un estado de peligro y que inclina la voluntad del que lo sufre a asumir obligaciones en condiciones inicuas, expresa que aquí se estaría fuera del área de la violencia. Aparece, en estos casos, lo que él llama "negocio necesitado", en el que pre-existe un estado de necesidad, que es conocido de la otra parte, y que lo impele al sujeto a obligarse. En estos supuestos, los contratos con prestaciones recíprocas son rescindibles. El motivo determinante para perfeccionar el contrato, aunque dicho contrato fuere aleatorio, fué la necesidad, que era conocida de la otra parte, para salvarse a sí misma o a otra persona, de un peligro actual de un daño grave, por lo que el contrato se celebra en estado de necesidad y se asume la obligación en condiciones contrarias a la equidad. Véase arts. 1447, § 1º y 2045 del cód. civ. de Italia (225). Otro caso que examina MESSINEO (226) es cuando se contrae por alguien una obligación pasiva, generalmente, dineraria, para pagar una obligación de hacer, pero se advierte desproporción entre ambas prestaciones. Ejemplo: El cirujano que al comprobar que el enfermo necesita una operación urgente, porque de lo contrario habrá de morir, hace saber que sólo operará si se le pagan honorarios excesivos. El juez puede asignar o no a aquel que se apro-

(223) Manual de D. Civ. y Com., IV, § 137, No. 6, p. 521.

(224) Manual de D. Civ. y Com., II, § 42, No. 10, p. 442.

(225) Art. 2045. "Estado de necesidad.— Cuando quien ha cometido el hecho dañoso ha sido constreñido a ello por la necesidad de salvar a sí mismo o a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él ni era evitable de otra manera, al perjudicado se le debe una indemnización cuya medida se deja a la equitativa apreciación del juez".

(226) Manual de D. Civ. y Com., IV, § 137, No. 5, p. 519 s.

vechó del estado de peligro, una compensación equitativa por la obligación que ha realizado.

Es útil conocer las siguientes disposiciones de la ley italiana sobre rescisión por lesión:

1450. Oferta de modificación del contrato.— El contratante contra quien se demandare la rescisión podrá evitarla ofreciendo una modificación del contrato, suficiente para reducirlo a la equidad”.

1451. Inadmisibilidad de la confirmación.— El contrato rescindible no puede ser confirmado”.

1452. Efectos de la rescisión respecto de terceros.— La rescisión del contrato no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de rescisión”.

También en la nueva legislación civil italiana, existe una rescisión titulada “De la excesiva onerosidad”, que contiene las siguientes disposiciones;

1467. “Contrato con prestaciones recíprocas.— En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1458 (el cual dispone que la resolución del contrato tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo los contratos de ejecución continuada o periódica, en los que el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas y que la resolución no afecta los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la inscripción (anotación preventiva) de la demanda de resolución, aunque se hubiese pactado expresamente dicha resolución)”.

“La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobreviniente entrara en el álea normal del contrato”.

“La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

1468. “Contrato con obligaciones de una sola de las partes. En la hipótesis prevista por el artículo precedente si se tratara de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, ésta podrá pedir una reducción de su prestación, o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad”.

1469. "Contrato aleatorio.— Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes"

MESSINEO (226) analiza esta dificultad de ejecución por ser excesivamente onerosas las obligaciones en dicho contrato convenidas.

El Anteproyecto de cód. civ. para Brasil, de Reale, Vianna, Marconde, Moreira, Arruda, Couto y Castro, tiene un precepto sobre el estado de peligro, que dice:

Art. 158.— "*Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade da salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.*"

"*Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.*"

Este precepto se encuentra instalado dentro de un capítulo denominado "De los defectos del negocio jurídico", al lado del error, del dolo, de la coacción, de la simulación, de la lesión (amplísima) y del fraude contra los acreedores.

El mismo Anteproyecto, en su art. 173, inc. II, declara anulable el negocio (no el acto) jurídico, entre otras causas, por el estado de peligro que fué causa de que quien lo sufría se obligó en cuantía excesiva. Hay evidentemente un tope que no se puede exceder y resulta insensato pagar más de ese tope, por más valioso que sea lo que se quiere salvar del peligro. (227)

Nada contiene nuestro cód. civ. vigente sobre estas obligaciones excesivas, que se ha constreñido al deudor a asumirlas, atendido su estado de necesidad. Consideremos, sin embargo, que esas obligaciones son susceptibles de ser declaradas inexigibles aplicando el art. 1328 del cód. civ., el cual previene que los contratos deberán cumplirse de acuerdo con las reglas de la buena fe, siendo patente que no existe buena fe si el acreedor

(226) Manual de D. Civ. y Comercial, IV, § 137, No. 14 ss., p. 527 ss.

(227) Brasil tiene otro Projeto de Código de Obrigações, anteriormente elaborado por la comisión revisora que integraron Orosimbo Nonato, Calo Mario da Silva Pereira, Theophilo de Azevedo Santos, Orlando Gomes, Nehemias Guelros y Francisco Luiz Caval. cantil Horta. Fué editado en el año de 1965, por el Departamento de Imprensa Nacional. Es el art. 66 (p. 8 de la publicación): "A declaração de vontade considera-se defeituosa se quem a emite, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, do perigo de dano grave conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa"

"Parágrafo único.— Tratando-se de pessoa não pertencente a família, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".

aprovechándose de la necesidad de quien le es deudor, coactó su voluntad a fin de que asumiera una prestación excesiva y abrumadora, cuyo pago después reclama. Más clara resulta la disposición del art. III del T. P. del cód. civ.: "No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres".

La buena fe es un principio ético que tiene resonancia en todo nuestro cód. civ.

Por tanto, pese a que nosotros carecemos de dispositivos específicos, los jueces pueden declarar la ineficacia de obligaciones semejantes a las que se reproduce en los códigos alemán e italiano.

Veamos el instituto de la lesión:

Para nosotros, la lesión sólo funciona dentro del contrato de compra-venta de inmuebles y no para toda clase de inmuebles, sino para inmuebles urbanos, porque en la venta de predios rústicos sólo habría en hipótesis de excepción, pero no se concibe que la tierra agraria pueda ser revendida porque el Decreto-Ley No. 17716, que contiene el nuevo derecho agrario, no prohíbe expresamente la enajenación de los suelos agrícolas. Asimismo, la acción de lesión sólo está reservada al vendedor y dura sólo 6 meses computados desde la celebración de la compra-venta. La existencia de la lesión da derecho al vendedor a pedir la rescisión de la venta y habría de declararse si se vendió el predio en menos de la mitad de su valor, apreciado ese valor al tiempo en que se efectuó la venta. Se establece un plazo no de prescripción sino de caducidad, ya que no se suspende ni interrumpe y es susceptible de ser aplicado por el juzgador aunque la parte a quien favorece ni siquiera lo alegue. No se da la lesión en las ventas judiciales. El comprador demandado por lesión puede ponerle término a la acción pagando lo que dió de menos, o sea hasta completar la mitad del precio. Si se declara la rescisión o resolución de la venta por lesión, se devolverá por el comprador la cosa pero no los frutos percibidos y, correlativamente, el vendedor devolverá el precio pero no el interés legal que hubiere descursado durante el término del juicio. Véase los arts. 1439, 1440, 1441 y 1442 del cód. civ. peruano. Conviene advertir que la lesión no sólo se declara por una diferencia de cantidad en el precio, porque también el juez debe tener en cuenta para declararla "apreciar todas las circunstancias del contrato", frase que emplea el art. 1439. Sin embargo, nuestra jurisprudencia sólo se contenta con comprobar la diferencia entre el precio real de la cosa y el precio pagado, para declarar fundada la demanda de lesión.

El instituto de la lesión tiene otro sentido en el nuevo derecho civil de Italia. Reproducimos los preceptos sobre lesión, que se encuentran instalados dentro de un capítulo que se denomina "De la rescisión del contrato", pero debe tenerse en cuenta que el mismo cód. civ. de Italia tiene otro capítulo que se titula "De la resolución del contrato".

De la rescisión trata el capítulo XIII del título II denominado "De los contratos en general", que está en el libro IX llamado "De las obligaciones".

En el capítulo "De la rescisión del contrato" se ocupa en el art. 1447 ya reproducido, del contrato concluido en estado de peligro, y siguen después los dispositivos relativos a la lesión:

1447. Acción general de rescisión por lesión.— Si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, del que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato".

"La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato".

"La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda.

"No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios.

"Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división".

1449. Prescripción.— La acción de rescisión se prescribe al año desde la conclusión del contrato; pero si el hecho constituyera delito, se aplicará el último párrafo del art. 2947".

"La rescindibilidad del contrato no podrá oponerse por vía de excepción cuando la acción hubiese prescrito".

BIBLIOGRAFIA

- BARBERO, Domenico.— Sistema del Derecho Privado Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires 1967.
- BEVILACQUA, Clovis.— Código Civil dos Estados do Brasil, VI, Rio de Janeiro.
- BONNECASE, Julien.— Elementos de Derecho Civil, II, Editorial Cajica, Puebla, México.
- CARVALHO SANTOS J.M.— Código Civil Brasileiro interpretado, II, Libr. Freitas Bastos, 4a. ed., Rio de Janeiro Sao Paulo, 1952.

- COLIN A. y CAPITANT H.— Curso Elemental de Derecho Civil Tomo I, Madrid, 1941.
- CARBONNIER, Jean.— Derecho Civil, tomo II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971.
- ENNECCERUS-L. NIPPERDEY.— Tratado de Derecho Civil, Parte general, tomo I, vol. 2, Lib. Bosch, Barcelona, 1933.
- ENNECCERUS L.-LEHMANN.— Tratado de Derecho Civil, tomo II, Vol. 1, Derecho de Obligaciones, Doctrina general, Edit. Bosch, Barcelona, 1933.
- HEDEMANN J.W.— Tratado de Derecho Civil, vol. III, Derecho de Obligaciones, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis.— Tratado de Derecho Penal, tomo V, Buenos Aires, 1956.
- JOSSERAND, Louis.— Derecho Civil, tomo II, Teoría General de las obligaciones, vol. I, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1950.
- LARENZ, Karl.— Derecho de Obligaciones, tomos I y II, trad. española.
- LEHMANN, Henrich.— Parte general, vol. I, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- MARTY G.— Derecho Civil, vol. 3, Teoría general de las obligaciones, 2da. edición.
- MESSINEO, Francesco.— Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Buenos Aires, 1954.
- NUÑEZ, Ricardo C.— Derecho Penal Argentino, 5 tomos, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1964-1967.
- OERTMANN, Paul.— Introducción al Derecho Civil, Edit. Labor S.A., Barcelona, 1933.
- PLANIOL M., RIPERT con Esmein. — Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, VII, "Cultural S.A." La Habana.
- RAMOS, Juan P.— Curso de Derecho Penal, t. V, B. Aires, 1938.
- RIPERT BOULANGER.— Tratado de Derecho Civil, t. IV, vol. 1, La Ley, Buenos Aires, 1964.
- SOLER, Sebastián.— Derecho Penal Argentino, IV, Buenos Aires, 1963.
- TUHR, Andreas von.— Derecho Civil, vol. III 2, Los hechos jurídicos, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948.