

# COMENTARIOS AL TÍTULO PRELIMINAR

*Mario Castillo Freyre\**

## SUMARIO:

1. Introducción • 2. Título Preliminar 2.1. La doctrina ya no es fuente del Derecho 2.2. El final de los principios 2.3. Enmendando ningún error 2.4. Una verdad de Perogrullo 2.5. ¿Buena fe? 2.6. La peligrosa teoría de los actos propios 2.7. ¿Iguales o diferentes? 2.8. Ni nulo, ni válido, sino todo lo contrario... 2.9. Un fraude 2.10. Sin trascendencia 2.11. Peligroso 2.12. Sin novedad en el frente 2.13. Cuidado con lo que se plantea derogar

## 1. INTRODUCCIÓN

En realidad muchas veces me he preguntado a mí mismo, el porqué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es que cuando desde 1994 me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente, a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho Peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho pensáramos igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

Pero felizmente en el Perú el pensamiento jurídico es muy rico, y esta riqueza, estoy convencido, es fundamentalmente ajena a los intentos oficiales de reforma de nuestra legislación civil.

Este año se cumplen 11 años desde que empecé a sostener la inconveniencia de modificar el Código de 1984 de manera integral; y si hay algo de lo que no me podrá acusar nadie, es de haber sido inconsecuente, pues desde el primer día he sostenido lo mismo y, además, lamento haber vaticinado el devenir del proceso de reforma.

Muchas veces mis alumnos o los auditorios de Derecho que me han escuchado hablar sobre este tema, habrán podido pensar que he sido demasiado radical, hasta que he

sido injusto en lo que respecta a la idea de no reformar de manera integral el Código de 1984. Tal vez, incluso hayan pensado que exageraba.

Sin embargo, esos pensamientos sólo podrían provenir de personas que no conocían a fondo los entretelones de esta reforma y que no la habían seguido de cerca, como yo sí la he seguido.

Y hasta hace algunos meses, yo no tenía otra forma de convencer a mis lectores que la fe que les podían generar mis palabras.

Pero eso felizmente ha cambiado, en la medida de que en el mes de abril de este año fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia, la primera parte del Anteproyecto

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

yecto de Ley de Enmiendas al Código Civil. Esta primera parte comprende el Título Preliminar y los Libros de Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

Con esta publicación, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto (en adelante, la Comisión) debía demostrar a la opinión pública en general y al medio jurídico en particular, que había hecho un buen trabajo, un trabajo cuyos méritos justificaran las 85 sesiones que tuvo.

Además, dicho trabajo debía atestiguar consecuencia con los anuncios hechos por los integrantes de esa Comisión, en el sentido de que sólo se iba a modificar aquello que resultara urgente y necesario. La línea citada no constituye un invento mío, sino que fue manifestada públicamente por varios de ellos y además ha sido ratificada en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, por el propio Presidente de la Comisión.

Pero en realidad el Anteproyecto no recoge ni lo urgente, ni lo necesario, sino más bien un conjunto de reformas que no guardan coherencia teórica entre sí, además de regular diversos temas en que resulta superfluo hacerlo y contener un conjunto de disposiciones, que distorsionan diversos aspectos fundamentales de las áreas cuya regulación –en teoría– se intenta mejorar.

Me apena que éste haya sido el resultado de la labor de la Comisión. Me apena que no me haya equivocado en mis sombríos vaticinios sobre su trabajo. Pero otro no podía ser el resultado, cuando lo que motivó en realidad el proceso de refor-

ma del Código Civil, no fue la imperiosa necesidad de lograr un perfeccionamiento de la normatividad legal, sino las tentaciones académicas de muchos profesores de Derecho, que buscan permanentemente traducir en ley todo aquello que consideran como mejor doctrina.

Además, el proceso de reforma del Código Civil siempre estuvo herido de muerte, pero hoy lo está mucho más, en la medida de que el medio jurídico nacional se encuentra profundamente dividido a este respecto y, resulta claro que las figuras más representativas del Derecho Civil Peruano no están acompañando el proceso de reforma.

Lamento mucho que esto sea así, fundamentalmente porque existe una obstinación de llevar adelante un proceso, que se está cayendo por su propio peso.

Y el lastre está representado por la calidad de las propuestas publicadas; y el que éstas no resisten un riguroso análisis jurídico por parte de académicos y profesionales independientes, es decir ajenos al proceso de reforma y ajenos, obviamente a la Comisión.

Nadie, absolutamente nadie representativo del mundo académico y profesional peruano, ha elogiado el Anteproyecto publicado por la Comisión.

Ahora bien, tal vez sea yo el que más lamente esta situación, habida cuenta de que, siendo consecuente con mi línea de pensar y de actuar, debo proseguir mi labor con respecto a la defensa del Derecho Civil y de nuestro ordenamiento jurídico y, en tal virtud, no tengo la ventaja de poder quedarme callado.

Todas mis afirmaciones y comentarios se refieren, única y exclusivamente, a ideas, a planteamientos, al texto del Anteproyecto de Ley, publicado en la página web del Ministerio de Justicia.

No se piense que con mis críticas pretendo un absoluto inmovilismo legal, en lo que respecta al Código Civil. Lo que busco es estabilidad jurídica y que, si algún día se modificara el Código, dicha modificación realmente sólo abarque aquello que resulte urgente y necesario y, además, que dicha modificación sirva para que el nuevo texto sea sustancialmente mejor y, sobre todo, más útil que aquel que se encuentra en vigencia.

No podemos dar luz verde a un proceso de reforma en el que las normas que se proponen son, incluso, más defectuosas que las vigentes.

Creo que estoy realizando una especie de Servicio Cívico Obligatorio, dada mi condición de abogado en ejercicio y de profesor universitario. Guardar silencio sobre este particular implicaría no ofrecer resistencia a un despropósito legislativo.

## 2. TÍTULO PRELIMINAR

### 2.1. *La doctrina ya no es fuente del Derecho*

#### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

#### **Artículo I.- Fuentes del Derecho**

*Son fuentes del derecho peruano:*

1. *Las normas legales.*
2. *La costumbre.*
3. *La jurisprudencia con los alcances que establece la ley.*

El primer artículo del Anteproyecto, esto es, la propuesta de reforma al artículo I del Título Preliminar, es el mejor ejemplo de cómo no deben hacerse las cosas.

En el artículo propuesto, cuya materia no está regulada en el Código actual, la Comisión ha decidido que es *necesario y urgente* enumerar en una norma legal cuáles son las fuentes del Derecho peruano.

Estoy convencido de que dicha decisión es inapropiada por el simple hecho de que no es labor de un Código Civil el decir cuáles deben ser las fuentes del Derecho. A los alumnos de Derecho de primer ciclo se les enseña en la Universidad cuáles son; siendo también inapropiado que se realice una gradación de dichas fuentes.

Algo que siempre ha formado parte de la discusión teórica en el Perú es cuál es la valoración de las fuentes, lo que corresponde hacer a cada intérprete del Derecho y no al legislador, pues este último es parte interesada y, por ende, siempre va a señalar a la ley como la fuente más importante del Derecho, independientemente de que en realidad lo es, más allá de que una norma legal lo señale o no de forma expresa. No obstante, esto no significa que el legislador deba establecer un orden de prioridad entre tales fuentes.

Sin perjuicio de lo expuesto, el pecado mortal del proyectado artículo I va más allá de esa opción inapropiada, que ni es *necesaria* ni es *urgente*. Lo imperdonable de este artículo es, sin duda alguna, que se ignore por completo a la doctrina, intentando el despropósito de «despojarla», con ello, de su carácter de fuente del Derecho.

Decimos esto, pues se nombra únicamente a las normas legales, a la costumbre y a la jurisprudencia con los alcances que establece la ley, excluyendo –sin explicación alguna– a la doctrina. Qué, ¿caso aquélla ya no es fuente del Derecho porque así lo ha decidido la Comisión?

Y ni siquiera se arregla el tema con lo dispuesto en el artículo II del Anteproyecto de reformas al Título Preliminar, en el que se menciona que «Los principios del derecho, la doctrina de los autores y otros tipos de argumentación jurídica son utilizados para la aplicación del derecho y ameritados para la fundamentación de las resoluciones», pues ésta es materia distinta y no complementa –en lo absoluto– el tema de las fuentes del Derecho.

Simplemente, la Comisión decidió colocar a la doctrina en la categoría de *instrumento de argumentación jurídica*, de una clase de interpretación de las normas, desnaturalizando con ello las fuentes.

A decir verdad me sorprende tal decisión, habida cuenta de que incluso algunos miembros de la citada *Comisión* han escrito libros de Introducción al Derecho, donde dedican capítulos enteros para resaltar la importancia de la doctrina como fuente del Derecho.

Además, no puedo dejar de preguntarme qué autoridad tiene una Comisión, no sólo del Perú sino del mundo en general, para «enmen- dar» el Derecho –con mayúsculas– diciendo, en primer lugar, que una de sus fuentes no es tal; y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, negar la importancia que ha tenido y tiene la doctrina en nuestro país, sobre todo en los últi-

mos veinte años, en especial en lo que concierne al Derecho Civil.

Si algún esfuerzo serio ha habido en las dos últimas décadas en el Derecho Civil Peruano, aquél se centra en la doctrina.

Tales esfuerzos, por mucho, pueden calificarse como más serios y trascendentes que los puestos en la unificación de la jurisprudencia, la misma que sigue siendo pobre o, incluso, en los avances de nuestra legislación, que si algo nos ha legado en los últimos años son muchas normas criticables, bien por su inutilidad, bien por sus contradicciones y falta de sistemática.

Y arribaríamos a la misma conclusión, si comparásemos la importancia real que en nuestro medio tiene la doctrina con la importancia de la costumbre que, aunque debe valorarse con ponderación debido al pluralismo cultural de nuestro país, ella ha sido y es aún de aplicación limitada.

Así, resulta más que evidente que el artículo I del Anteproyecto de reforma constituye una deformación que nos informa y «prepara» para lo que vendría después. El artículo I nos pinta de cuerpo entero qué podría ocurrir con los demás artículos, en la medida de que constituye prueba clara de lo que se quiere hacer, que no es otra cosa que regular y normar todo lo que se pueda regular y normar, siempre de acuerdo a la conveniencia del *legislador*, aunque ello implique deformar el Derecho mismo.

Mi afirmación, lejos de ser temeraria, se encuentra apoyada en la constatación de que el Anteproyecto no recoge ni lo *urgente* ni lo *necesario*: pues no es necesario regu-

lar las fuentes del Derecho en una norma legal, no es necesario señalarlas, y mucho menos es urgente desnaturalizarlas, diciéndonos que son sólo tres y no cuatro.

## 2.2. El final de los principios

### ANTEPROYECTO DE REFORMA

#### Artículo II.- Aplicación y fundamentación del Derecho

*Los principios del derecho, la doctrina de los autores, la analogía y otros tipos de argumentación jurídica son utilizados para la aplicación del derecho y ameritados para la fundamentación de las resoluciones.*

Debo admitir que la lectura de este precepto ha provocado en mí diversas reacciones. En primer lugar debo reconocer mi perplejidad, pues simplemente no termino de creer que sea *urgente y necesario* introducir una norma como ésta.

El citado artículo, a pesar de no tener precedentes en los Códigos Civiles del Perú, no puede calificarse como novedad, simplemente porque no constituye novedad alguna el decir que quien alega algo debe fundamentarlo.

Existe consenso general en el Derecho en que en un proceso en el que se confrontan posiciones, debería vencer aquélla que tenga mejores argumentos. Ese consenso se manifiesta en todos los ámbitos de la vida y, por ende, en el Derecho, de allí que desde que existen dos abogados en el mundo, alguno tuvo que sustentar su posición para ganar un juicio.

Ello se ve reflejado en lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, precepto que dispone

que «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos».

Así las cosas, no puedo evitar preguntarme qué necesidad hay de aumentar una norma que nada nuevo dice, cuyo contenido es de conocimiento no sólo de todo aquel que tiene acercamiento con el Derecho, sino de toda persona con un mínimo de sentido común.

Para tratar de dar respuesta a mi interrogante recurrí a la Exposición de Motivos de la Comisión, dándome con la sorpresa de que allí se señala que el artículo II parte de la constatación de que la adecuada aplicación del Derecho requiere de fundamentación, de argumentos, pues no hay respuestas evidentes por sí mismas en el ámbito jurídico. Se sentencia en la misma Exposición que las soluciones tienen que ser explicadas.

Estoy de acuerdo con lo allí expresado, las soluciones tienen que ser explicadas; no obstante, considero que esta verdad resulta por sí misma evidente e incuestionable, al punto de que lo único no evidente y sí cuestionable es el por qué la Comisión juzga de *necesaria y urgente* su introducción en el Título Preliminar.

Argumenta la Comisión que el artículo II, además de inspirarse en esta verdad de Perogrullo, se inspira también en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, el cual exige la motivación de las sentencias, exigencia que constituye un principio esencial del concepto del debido proceso, según lo entiende el Tribunal Constitucional. Por lo que, ex-

plica, también debe haber motivación y argumentación en la aplicación del Derecho por los profesionales, por los funcionarios y por todos aquellos que tienen que exponer, solicitar o resolver asuntos jurídicos.

Claro que si partimos de la lógica de que el principio de la fundamentación del Derecho debe recogerse en el Código Civil por estar consagrado a nivel constitucional, debería recogerse en este Código todo aquello que dice la Constitución. Lo cual, además de resultar absurdo, contradice la posición de la propia Comisión que, como veremos más adelante, sustenta su decisión de retirar algunos artículos del Código por considerarlos reiterativos del texto constitucional.

Pero si su falta de *necesidad y urgencia* no fuera suficiente, este artículo presenta defectos alarmantes. Además y como señalara al comentar el artículo I, despoja a la doctrina de su carácter de fuente del Derecho, colocándola junto a los principios del Derecho como un medio más de argumentación jurídica.

A ello hay que agregar que en la redacción se menciona de manera expresa únicamente a la analogía, de modo tal que la interpretación teleológica, la histórica, la auténtica y cuanto método de interpretación existe, son agrupados en la denominación de «otros tipos de argumentación jurídica».

Pero, ¿por qué se privilegia a la interpretación analógica? ¿qué, acaso hay que entenderla como un método de primer rango y, entonces, por encima de los «otros tipos de métodos»?

En mi opinión resulta inapropiado que el Código Civil pueda o deba pronunciarse sobre los métodos de interpretación jurídica; el legislador no debe tener tal injerencia, no se debe atar al Derecho a todo lo que esté escrito, simplemente porque no todo puede o debe estar escrito, ya que el positivismo extremo acarrea siempre más problemas que soluciones.

### 2.3. *Enmendando ningún error*

#### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

**Artículo I.-** *La ley se deroga sólo por otra ley.*

*La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.*

#### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

**Artículo III.- Vigencia en el tiempo de las normas legales**

1. *La norma legal se deroga o modifica sólo por otra norma legal del mismo rango o de rango superior. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad.*
2. *La derogación o modificación se producen por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva norma legal y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.*
3. *Por la derogación de una norma legal no recobran vigencia las que ella hubiere derogado o modificado.*

El artículo III del Anteproyecto de

la Comisión corresponde al artículo I en vigencia, del Título Preliminar del Código. La estructura general es la misma pero, según afirma la Comisión en la Exposición de Motivos, se han realizado modificaciones tendentes a dar mayor precisión al lenguaje normativo.

De esta manera, la Comisión ha considerado *necesario y urgente* modificar el término «ley» por el de «norma legal» para evitar confusiones que, en la práctica, no se daban ya que la palabra «ley» era y es actualmente tomada en su acepción amplia, abarcando toda norma legal.

Pero este detalle no es el único digno de comentario, sino también el que con este proyectado artículo se establece que una norma queda sin efecto por «una sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad».

Sobre la primera parte, es evidente que una sentencia del Tribunal Constitucional puede modificar o derogar una norma. Sin embargo, nacen algunas dudas, ya que una sentencia de los Tribunales ordinarios también podría dejar de aplicar una norma legal por considerarla inconstitucional. Por otra parte, ¿a qué se refiere la Comisión cuando alude a una sentencia que declara la ilegalidad de una norma?

Me extraña que la Comisión, cuya línea tiene como uno de sus principios el purismo formal, no haya especificado nada en la redacción del artículo. Algún lector podría interpretar, válidamente, que este artículo está equiparando los efectos del control difuso a los del control concentrado, de modo que en ambos casos la norma se estaría derogando.

Esta confusión sólo es salvada en la Exposición de Motivos, en la cual se comenta que las sentencias a que se alude, se refieren a la acción de inconstitucionalidad y a la acción popular, así que la manera de evitar confusiones sería recurriendo a la interpretación auténtica, lo cual no suele ser común en la práctica y probablemente lo será menos por encontrarse en el grupo de los «otros tipos de argumentación jurídica».

### 2.4. *Una verdad de Perogrullo*

#### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

**Artículo IV.-** *La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.*

#### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

**Artículo IV.- Aplicación de las normas legales**

*Las normas legales que establecen excepciones a una regla general, que restringen derechos o que establecen sanciones, se aplicarán estrictamente a los casos previstos por ellas, sin que pueda realizarse interpretación extensiva ni aplicación analógica.*

Se señala en la Exposición de Motivos que el espíritu general del nuevo artículo IV es el mismo que tiene la norma vigente, pero se ha tratado de hacerla más precisa tanto en la descripción de los supuestos como en la determinación de las consecuencias. En otras palabras, se mantiene la misma idea pero se han agregado algunas líneas debido al reiterado propósito de decirlo todo en el Código.

Una revisión del nuevo texto del artículo IV me permite afirmar que las *buenas intenciones* que han

motivado a la Comisión, no se han cumplido. El efecto, más bien, ha sido el opuesto. Esta norma continúa en la misma dirección de los artículos ya comentados, de manera que lejos de dar claridad, logra hacer más turbio el ambiente.

El artículo IV, tal cual se encuentra redactado en el Código Civil vigente, es una norma clara que no necesita mayores precisiones, por lo que las modificaciones que pretende instaurar la Comisión no tienen razón de ser. De allí que no es de extrañar la motivación en la que se sustentan.

En primer lugar, modifican el término «ley» por el de «normas legales», lo cual –no me canso de reiterar– no es ni *necesario* ni *urgente*.

En segundo lugar, se *aclara* que las excepciones son a una norma general, motivando aquello en el hecho de que una «norma excepcional se define por relación con una regla de aplicación general». Si ya agregarlo era absurdo por resultar evidente, resulta más absurda aún la explicación que se da para justificarlo. Es como decir que alguien está muerto porque ya dejó de estar vivo.

En tercer lugar, se mantiene la referencia a las normas legales que restringen derechos, pero se especifica también como supuesto el que la norma imponga sanciones, lo cual, sin necesidad de dicha especificación, nunca estuvo tampoco en discusión. El principio *no hay crimen, no hay pena sin ley previa*, nacido en el Derecho Penal, informa todo el ordenamiento jurídico, de modo que no era necesario especificarlo en el Código Civil.

La propia Comisión concuerda conmigo al señalar en su Exposición de Motivos que las sanciones se encuentran incluidas en la situación de «restringir derechos», de modo que su inclusión no tiene otro objeto que el redundar. Ello, sin tomar en cuenta que, a la larga, lo único que se hace es posibilitar que la interpretación de la norma se vuelva equívoca, puesto que el término mismo de «sanción» se puede prestar a confusiones.

Decimos esto, pues el intérprete de la norma puede preguntarse en qué sentido se emplea; ¿incluye también la sanción que es consecuencia de la aplicación de las normas de responsabilidad civil? Podría serlo, pues la norma misma no lo aclara. Tal aclaración se hace únicamente en la Exposición de Motivos, al señalar que «cuando la Comisión tomó la decisión de que las normas que establecen sanciones estuvieran también consideradas expresamente en este artículo, se hizo referencia a sanciones *tipificadas* en distintos cuerpos legales. En este sentido, se creyó pertinente enfatizar que se hacía exclusión de las normas genéricas de responsabilidad (como por ejemplo las de responsabilidad civil), que no fueron consideradas como de sanción por la mayoría de la Comisión y por consiguiente, para ella, dichas normas genéricas de responsabilidad no están incluidas en este artículo».

Como sabemos, la Exposición de Motivos, aparte de no constituir ley ni tener carácter de interpretación y cumplimiento obligatorio, no es siempre leída o tenida en cuenta por quienes se acercan a una norma, la interpretan y aplican; y es en ellos que la Comisión enfatiza y sugiere el sentido del término *san-*

*ción*, sin perjuicio de que el texto de la norma permita interpretarla en sentido distinto al consignado por la Comisión, habida cuenta de que la interpretación auténtica no se encuentra por encima de los otros métodos de argumentación jurídica. Además, las normas –una vez que entran en vigor– tienen vida propia e independiente de la voluntad del legislador.

## 2.5. ¿Buena fe?

### ANTEPROYECTO DE REFORMA

#### *Artículo V.- Buena fe*

*Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.*

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Comisión, su proyectado artículo V contiene una nueva disposición que consagra la buena fe objetiva en atención a que se trata de un principio consustancial a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica. La Comisión pretende, con esta norma, que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho.

El efecto hermenéutico de este artículo consiste, según la Comisión, en introducir la buena fe en toda norma que contenga un derecho o un deber. Quien es el titular de ellos, siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir Derecho, también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable.

Aunque no cuestiono la buena intención de la Comisión al querer incorporar el principio de la buena fe en el Título Preliminar, no puedo dejar de cuestionar el que lo haga,

el que considere *necesario* y *urgente* hacerlo. ¿Cuándo el principio de la buena fe no ha sido invocado?; ¿qué, acaso toda la estructura del Derecho no se construye sobre la buena fe?; ¿acaso la protección de los derechos no se sustenta en este principio?; ¿acaso alguien alguna vez cuestionó aquello?

En realidad, la norma contenida en el artículo V proyectado nada quita ni nada agrega; tan sólo deja abierta la posibilidad de realizar una peligrosa interpretación, distinta y alejada de la intención del legislador.

La buena fe es una *fotografía* que se toma en determinados momentos que el Derecho considera importantes. Así, como ejemplo tomemos a la buena fe registral. Yo puedo comprar un inmueble con buena fe, y luego de esa adquisición de buena fe, enterarme de que el vendedor no sólo me lo vendió a mí sino también vendió el bien a otros sujetos antes que a mí. Para proteger mi derecho lo inscribo en Registros Públicos, lo cual es válido a pesar de que en el momento de la inscripción ya no contaba con buena fe. Así, como se observa, la existencia de buena fe en un caso como el planteado es importante en el momento de la adquisición, pero no es necesario que se mantenga, para ser válida la operación, en la inscripción ulterior.

El proyectado artículo V constituye, por consiguiente, un precepto innecesario, además de ser demasiado general, al punto de permitir interpretaciones maliciosas.

A lo dicho considero conveniente agregar que principios del Derecho hay varios; la buena fe es uno de ellos y como tal se encontraría, se-

gún la sistemática del Anteproyecto, en el artículo V. Entonces, por qué no plasmar también otros principios en el Título Preliminar. ¿Cuál ha sido la lógica de la Comisión para privilegiar este principio y descartar otros?

## 2.6. *La peligrosa teoría de los actos propios*

### ANTEPROYECTO DE REFORMA

#### **Artículo VI.- Actos propios**

*No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho.*

Se señala en la Exposición de Motivos que «El artículo VI contiene una norma nueva en nuestros Títulos Preliminares, introduciendo el principio de los actos propios, constitutivo del Derecho contemporáneo y que, *si bien no necesitaba formalización escrita* para ser aplicado, es bueno que conste en un Código actualizado». (El resaltado es nuestro).

Estoy de acuerdo en parte. Coincido en que dicha teoría no necesitaba formalización escrita para ser aplicada, pero juzgo de errada la decisión de incorporarla.

La teoría de los actos propios ha sido y es una doctrina utilizada de manera recurrente en procesos judiciales y arbitrales en los últimos diez años. No obstante, es una doctrina que hay que tomar con mucho cuidado, ya que difícilmente podrá ser calificada como un principio del Derecho.

En primer lugar se cuestiona si esta

doctrina rige o no en los temas de nulidad, anulabilidad y en los supuestos de ineficacia contemplados en la ley. De esta manera, se cuestiona –por ejemplo– que si alguien ha celebrado un acto nulo pero siempre se comportó como si no lo fuera (incluso ejecutando las obligaciones nacidas de él) y luego descubre la nulidad y la invoca, la contraparte pueda valerse de la doctrina de los actos propios para rechazar la nulidad.

Yo puedo haber creído que el acto jurídico que celebré es válido y, por ende, haberlo ejecutado, pero si descubro que adolece de nulidad por la configuración de alguna de sus causales, es razonable pensar que como la nulidad es de orden público, mi conducta, mis actos, no podrían ir en contra del orden público y validar el acto.

Un artículo como el VII generaría que la aplicación de la doctrina de los actos propios sea *erga omnes*, es decir, que sea de aplicación para todos los actos que conlleven realizar un comportamiento que pueda generar confianza en la contraparte. Toda conducta contraria a esa confianza generada, consciente o inconscientemente, podría ser atacada invocando la doctrina de los actos propios, con lo que los sujetos perderían su libertad de actuación.

La doctrina de los actos propios debe tomarse con pinzas; es un recurso para ser usado en determinadas circunstancias pero no de manera tan general como la que se quiere implementar en el Título Preliminar. Su aplicación requiere del cumplimiento de requisitos esenciales que vienen siendo delimitados paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Tal cual se encuentra redactada en el proyecto, su introducción no tiene razón de ser, dejando, además, la puerta abierta para que sea utilizada incluso en supuestos de nulidad, anulabilidad e ineficacia. Si ya es grave su introducción, más grave es su tremenda extensión.

Pese a que la Comisión señala en la Exposición de Motivos que ha decidido introducir la teoría de los actos propios sólo para los casos en los que alguien hace valer un derecho para sí y no en otros supuestos de hecho, esta lectura no se desprende de la norma. Además, debido a su inserción en el Título Preliminar, su aplicación no sólo se circunscribiría al Derecho Civil, sino que supletoriamente se aplicaría a cualquier ámbito del Derecho.

Pero eso no es todo, sino que además, la norma en sí misma no es clara. Quien la lee sólo la puede identificar a ciencia cierta como *doctrina de los actos propios* debido a la sumilla que la titula de esa manera.

Por otra parte, debemos recordar que tal vez más del 90 por ciento de los abogados de nuestro país no se encuentran familiarizados con esta doctrina. ¿Acaso la ley debe dar la pauta de lo que se tiene que introducir en un Código Civil, o es mejor dejar que tal teoría siga ingresando al Derecho Nacional como lo ha venido haciendo, por una puerta pequeña, y con una lenta maduración?

## 2.7. ¿Iguales o diferentes?

### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

**Artículo II.-** *La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos*

*de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.*

### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

**Artículo VII.-** *Abuso del derecho*

1. *La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.*
2. *La pretensión prescribe a los dos años de la ocurrencia del abuso.*

Al leer la Exposición de Motivos me he encontrado con la sorpresa de que allí se señala que el artículo VII es transcripción del artículo II del Título Preliminar vigente, manifestando –de modo categórico– que no se ha introducido cambio alguno en él.

Lo afirmado en la Exposición de Motivos resulta incoherente, habida cuenta de que, como se observa con facilidad al contrastar ambos textos, el artículo VII ha introducido un inciso en el que se establece un plazo prescriptorio para los supuestos de abuso del derecho.

En primer lugar podríamos preguntarnos por qué se ha colocado dicho plazo en ese artículo. ¿Ése era el lugar adecuado?; ¿Por qué no se ha respetado el lugar de los plazos prescriptorios, que es el artículo 2001?; ¿Por qué se ha preterido una adecuada sistemática? No lo termino de entender. La única explicación que me viene a la mente es que se pretenda eliminar el Libro dedicado a Prescripción y Cadu-

cidad. Después de todo, la eliminación de ese Libro ha sido desde hace mucho uno de los objetivos de las Comisiones de reformas, objetivo que, por supuesto, considero inapropiado pues estoy convencido de la utilidad práctica del mismo.

Y, además de no respetarse el lugar de los plazos prescriptorios, la Comisión ha obviado cualquier explicación sobre el por qué de los dos años.

2.8. *Ni nulo, ni válido, sino todo lo contrario...*

### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

**Artículo V.-** *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.*

### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

**Artículo VIII.-** *Nulidad*  
*Son nulos, total o parcialmente, los actos jurídicos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, salvo disposición legal distinta.*

El artículo VIII propuesto, corresponde a las normas previstas en el actual artículo V del Título Preliminar. No obstante, se le han introducido algunas modificaciones que resulta importante comentar.

Siguiendo el orden de la Exposición de Motivos, me enfocaré primero en la distinción que realiza la Comisión entre nulidad total y nulidad parcial, distinción que –como acepta la propia Comisión– está ampliamente reconocida en el Derecho Civil contemporáneo.

Según se indica en la Exposición de Motivos, la norma del artículo vigente, en una interpretación dema-

siado literal, puede conducir a que sólo haya nulidad total.

Sin embargo, como reconoce la propia Comisión, las reglas de conservación de los actos, presentes ya en el Libro de Acto Jurídico del Código vigente, pueden perfectamente permitir la nulidad parcial. Los requisitos para que ello ocurra son conocidos, por lo que la *necesidad y urgencia* –nuevamente– están ausentes.

Siguiendo la tónica que caracteriza al Anteproyecto del Título Preliminar, se está aclarando lo que no es necesario aclarar. Pero, ello no es lo más grave.

En efecto, lo más grave es el empleo de la frase «salvo disposición legal distinta».

El principio de siempre, que se encuentra en nuestro Código Civil, es que todo acto jurídico contrario al orden público o a las buenas costumbres es nulo, pues, en definitiva, equivale a decir que ese acto jurídico es contrario al ordenamiento jurídico. Sin embargo, de acuerdo al artículo VIII del Anteproyecto, el legislador puede autorizar tal acto y validarlo.

Es evidente que si el legislador lo autorizara, entonces ese acto ya no sería contrario a las normas legales y, por consiguiente, ya no sería contrario al orden público, por lo que esa salvedad resultaría, en este caso, redundante e inútil.

En el supuesto de que el acto jurídico fuese nulo por ir en contra de las buenas costumbres, esa salvedad resultaría peligrosa e injustificada. Se estaría sosteniendo que una norma del legislador podría validar un acto jurídico abiertamente

inmoral por ser contrario a las buenas costumbres. Resulta evidente, entonces, que para lograrlo, esa norma debería ser también abiertamente inmoral. Se estaría reconociendo –en texto expreso de la ley– que debe permitírsele al legislador validar lo inmoral.

## 2.9. *Un fraude*

### ANTEPROYECTO DE REFORMA

**Artículo IX.- Fraude a la ley**  
*Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.*

El fraude a la ley es una materia que ha generado siempre discusiones doctrinales y ha sido acogida legislativamente en algunos ordenamientos jurídicos.

El proyectado artículo IX –destaca la Comisión– es un dispositivo que no tiene precedente en nuestros Títulos Preliminares e introduce el principio del *fraude a la ley*, agregando –en posición que compartimos– que *no necesitaba* ser establecido positivamente para que fuera aplicado, porque corresponde a lo esencial de la justicia en el Derecho. No obstante, la Comisión ha considerado mejor incorporarlo explícitamente en el texto *para que tenga plena vigencia*.

Más que discutir la idea del fraude a la ley en sí, que como concepto busca rescatar la teleología de las normas y les da un valor específico muy importante cuando se trata de aplicarlas en casos de conflicto,

quiero centrarme en lo inadecuado del planteamiento propuesto en el Anteproyecto.

En la norma se establece que el acto fraudulento es nulo *salvo disposición legal distinta*. Ello equivale a decir que el legislador podría validar el fraude a la ley cuando lo crea conveniente, es decir, que una disposición, que una decisión del legislador hecha norma pueda hacer válido un acto que, en esencia, es nulo por ser fraudulento.

Una norma como ésta no hace sino desnaturalizar el principio del fraude a la ley, que –citando nuevamente a la Comisión– es un principio rector del ordenamiento jurídico. Un precepto como éste no puede ser más que rechazado por defectuoso.

Como puede apreciar el lector, esta norma constituye ya la segunda oportunidad en que la Comisión ha considerado *necesario y urgente* otorgar al legislador en el Título Preliminar la facultad de validar lo que la razón, las buenas costumbres, los principios que sustentan al ordenamiento jurídico y el Derecho en general condenan. Parece que se quisiera retroceder en el tiempo e investir al legislador con las facultades de un monarca absoluto, de modo que su palabra sea la única verdad.

## 2.10. *Sin trascendencia*

### CÓDIGO CIVIL DE 1984

**Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.**

**ANTEPROYECTO DE REFORMA****Artículo X.- Aplicación inmediata e irretroactividad**

*Las normas legales se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.*

El texto del artículo X es, en esencia, el mismo que el del actual artículo III del Título Preliminar. La modificación que se ha hecho es la de referirse a «normas legales» y no a «la ley», con el único fin —dice la Comisión— de evitar interpretaciones demasiado literales y confusiones que —repito por enésima vez— no se presentan en la práctica.

## 2.11. Peligroso

**CÓDIGO CIVIL DE 1984**

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

**ANTEPROYECTO DE REFORMA****Artículo XI.- Ejercicio de los derechos**

1. *Todos pueden actuar, dentro de la legalidad, para la tutela de sus derechos y legítimos intereses.*
2. *El interés moral se extiende a la familia del interesado, salvo disposición distinta de la ley.*

Esta norma viene a ser una nueva versión del actual artículo VI del Título Preliminar. En mi opinión, ver-

sión innecesaria, pues el artículo VI resulta bastante claro y no es objeto de discusiones y, mucho menos, problemas en su aplicación práctica.

Según la Comisión, en el proyectado artículo XI se ha hecho referencia a la más genérica «actuación dentro del Derecho», puesto que el actual artículo VI del Título Preliminar ingresa a la regulación de aspectos procesales que deben ser regulados por el Código correspondiente.

Argumenta que era *necesario y urgente* decir que el sujeto de derecho, además de poder acudir, demandar o denunciar en ejercicio de sus derechos, puede también negociar, conciliar, solicitar, reclamar, exigir y aun actuar por vías de hecho cuando el Derecho se lo permite. Este argumento no constituye sino otra de esas verdades de Perogrullo que parecen ser una constante dentro del Anteproyecto, pues simplemente están aclarando algo que no necesita aclaración, ya que nadie lo cuestiona.

Claro que eso no es lo único que resalta en esta nueva versión —se supone mejorada— del vigente artículo VI. Siguiendo la regla del interés moral extensivo a la familia, el segundo párrafo establece la norma pertinente; es decir, el inciso 2 del proyectado artículo XI dice lo mismo que el segundo párrafo del actual artículo VI.

Si se quería mejorar la norma, si se quería dar un paso adelante, en vez de decir lo evidente —como se hizo en el inciso 1— ¿por qué se limitaron al extender el interés moral únicamente a la *familia*?

Haciendo una interpretación literal —por la que la Comisión ha demos-

trado tanta preocupación a lo largo de la Exposición de Motivos— se podría negar el interés legal al cónyuge o al conviviente o al novio o novia, pues éstos no encajan, en estricto, en el concepto que el Código maneja de *familiares*.

La consecuencia más palpable la encontramos en lo que a responsabilidad civil se refiere. En este ámbito, la restricción es clara pues la ley asume que interés moral puede tener única y exclusivamente la familia del perjudicado. Cuando, a decir verdad y como la realidad lo demuestra, puede existir *interés moral* sin ser familiar y, siendo familiar, puede no estar presente dicho interés.

Si con la norma proyectada se pretendía solucionar un problema, tal objetivo no se podrá conseguir. En mi opinión no debería establecerse una restricción como la planteada a nivel legislativo, sino que debería dejarse a la doctrina y a la jurisprudencia la nada sencilla tarea de delimitar estos supuestos, en la multiplicidad de casos concretos que se presentan.

## 2.12. Sin novedad en el frente

**CÓDIGO CIVIL DE 1984**

**Artículo IX.-** *Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.*

**ANTEPROYECTO DE REFORMA****Artículo XII.- Aplicación supletoria**

*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas re-*

*gulas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.*

El texto del proyectado artículo XII es copia del actual y vigente artículo IX del Título Preliminar, razón por la cual –felizmente– no tenemos comentarios que formular.

### 2.13. *Cuidado con lo que se plantea derogar*

Además de las modificaciones reseñadas, la Comisión ha considerado oportuno derogar del Título Preliminar vigente los artículos VII, VIII y X.

No comprendo la *necesidad y urgencia* de la derogación de estas normas.

#### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

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

#### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

#### **Artículo VII.- Derogado**

La Comisión ha derogado el artículo VII pues piensa que constituye una norma de naturaleza procesal y, como tal, debe estar en el Código correspondiente. En lo personal no lo derogaría, pues al encontrarse en el Título Preliminar del Código Civil se convierte en un precepto de aplicación supletoria a todos los ámbitos del Derecho, incluso a aquellos que no tienen un Código Procesal en el cual ubicar una norma como ésta.

El deber de fundamentar las resoluciones y aplicar las normas pertinentes no se circunscribe al juez ci-

vil, sino que está presente en toda instancia. Esta norma no molestaba, sino, por el contrario, resultaba muy útil.

Si la Comisión ha visto por conveniente agregar normas que nada nuevo dicen y cuya utilidad es cuestionable, por qué eliminar una norma que sí sirve.

#### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

*Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.*

#### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

#### **Artículo VIII.- Derogado**

Así como no puedo contestar esta pregunta, tampoco termino de entender el por qué se ha considerado *necesario y urgente* derogar el artículo VIII, simplemente porque la norma se halla consignada en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución.

La Comisión aduce que no es necesario reiterarla, lo cual se contradice con su afán de instaurar el artículo II, inspirándose –justamente– en un artículo constitucional que no era necesario reiterar.

¿Cuál es el criterio de la Comisión para decidir qué principio consagrado en la Constitución se debe reiterar en el Título Preliminar y cuál no? ¿No se supone que donde hay la misma razón hay el mismo derecho?

Sorprende que el Anteproyecto de Enmiendas no tenga un criterio unificador que lo sustente.

En todo caso, sea cuál fuere el criterio que ha guiado la introducción del artículo II y la eliminación del vigente artículo VIII, ello me parece por demás inapropiado. Mientras el artículo II es innecesario a nivel práctico, pues toda persona con sentido común (para ello ni siquiera es necesario ser abogado) sabe que cualquier posición debe fundamentarse, el artículo VIII es una norma que se invoca a diario, ya que sirve para recordar al juez que es intérprete de las normas, y ante el defecto o deficiencia de la ley, es también una suerte de legislador.

#### **CÓDIGO CIVIL DE 1984**

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

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

#### **ANTEPROYECTO DE REFORMA**

#### **Artículo X.- Derogado**

Por último, la Comisión ha estimado *necesario y urgente* derogar el artículo X, por considerar –equivocadamente– que es una norma relativa a las atribuciones de los magistrados y que no corresponde a un Código Civil. Argumento desde ya errado pues, como se desprende incluso de una lectura superficial del mandato legal, la norma no se circunscribe a los magistrados.

El actual artículo X es un precepto que cuando se instauró se hizo con la mejor de las intenciones: proveer un mecanismo por el cual se lograra un perfeccionamiento normativo.

Sin embargo, es cierto que tal precepto ha sido y es criticado porque las instituciones allí mencionadas no hacen un uso adecuado de la propia norma y de las facultades que ésta les otorga.

A mi modo de ver, lo previsto en el artículo X constituye una aspiración pendiente que no debe abandonarse, sino que debe ser reglamentada, debe regularse de tal manera que las instituciones sí cumplan a cabalidad con el mandato dispues-

to. De esta forma, si bien el artículo X no ha alcanzado una aplicación real, esto no significa que en esencia no sea una buena norma que, por ende, debe conservarse. Se trata de una disposición pensada para mejorar las normas y la administración de justicia.

Su abandono, a mi modo de ver, implicaría perpetuar la ley del menor esfuerzo. En vez de procurar su cumplimiento, se le pretende eliminar.

Por otro lado, respecto al argumento esgrimido por la Comisión en el sentido de que una norma como la planteada no corresponde al Título Preliminar, no puedo sino contestar preguntando a qué lugar corresponde entonces. ¿Dónde ubicar, pues, una norma de perfeccionamiento normativo? ¿En la Ley de Títulos Valores?

Lima, noviembre del 2005.